

## Laudo Arbitral

Cooperativa Nacional de Ahorro y Crédito Ltda., Crear Cooperativa

v.

Hernando

Horta Díaz

Junio 5 de 2002

Junio 5 de 2002

El tribunal arbitral (en adelante el “tribunal”) constituido para dirimir en derecho las diferencias presentadas entre Cooperativa Nacional de Ahorro y Crédito Ltda., Crear cooperativa, parte convocante, (en adelante “Crear cooperativa” o “convocante” o “demandante”) y Hernando Horta Díaz, parte convocada, (en adelante “convocado” o “demandado”<sup>(1)</sup>), profiere el presente laudo arbitral (en adelante el “laudo”), por el cual se resuelve el litigio objeto de estas diligencias (en adelante el “proceso”).

### I. Desarrollo del proceso

#### A. Fase prearbitral

1. Con el lleno de los requisitos formales y mediante apoderado el 30 de agosto de 2001 Crear Cooperativa presentó en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, (en adelante el “centro de arbitraje”) un escrito que contenía la convocatoria arbitral (en adelante la “demanda”), origen del proceso<sup>(2)</sup>.
2. La demanda fue admitida mediante auto del 4 de septiembre de mismo año, proferido por el director del centro de arbitraje<sup>(3)</sup> y, previo aviso de notificación, el 18 de septiembre de 2001 se enteró de la misma al demandado<sup>(4)</sup>.
3. El 28 de septiembre de 2001, estando en la oportunidad legal para ello, el convocado contestó la demanda<sup>(5)</sup> (en adelante la “contestación”), la cual se fijó en lista el 5 de octubre siguiente<sup>(6)</sup>.
4. El 10 de octubre de 2001 el apoderado de Crear Cooperativa recorrió el traslado de la contestación (en adelante la “Réplica”) y solicitó pruebas adicionales<sup>(7)</sup>.
5. Para llevar a cabo la audiencia de conciliación propia de la etapa prearbitral, por auto del 17 de octubre de 2001 el centro de arbitraje señaló la hora de las 9:00 a.m. del 7 de noviembre del mismo año<sup>(8)</sup>.
6. En tal fecha y hora, y bajo la coordinación del doctor José Octavio Zuluaga, se llevó a cabo la audiencia, en la que quedó clara la imposibilidad de alcanzar un acuerdo<sup>(9)</sup>.
7. Atendiendo lo anterior, es decir, que la etapa de conciliación fue surtida por el centro de arbitraje, el tribunal, por considerar cumplido el requisito legal y habida cuenta que el propósito de la audiencia de conciliación es buscar un acercamiento efectivo entre los interesados (cuya imposibilidad fue patente en este caso) y no agotar un formalismo, se abstuvo de realizar una nueva audiencia con esa finalidad.
8. Mediante sorteo público realizado el 20 de noviembre de 2001 la junta directiva de la Cámara de Comercio de Bogotá designó como árbitro único al doctor Nicolás Gamboa Morales<sup>(10)</sup>.
9. Una vez le fue notificada su designación, el árbitro manifestó, por escrito y en forma oportuna, que aceptaba la misma<sup>(11)</sup>.
10. Por auto del 5 de diciembre de 2001 el centro de arbitraje señaló como fecha para la audiencia de instalación del tribunal el 12 de diciembre siguiente a las 11:30 a.m.<sup>(12)</sup>.
11. En dicha audiencia se profirió el auto 1, en el cual se fijaron los gastos del proceso y los honorarios del árbitro.

Así mismo, se designó como secretario al doctor Antonio Pabón Santander<sup>(13)</sup>.

12. El secretario tomó posesión el 21 de enero de 2002<sup>(14)</sup>.

13. Las partes cancelaron oportunamente las sumas que le correspondían para cubrir los gastos y honorarios del proceso.

## B. Trámite arbitral

1. Se inició con el auto 2 proferido el 21 de enero de 2002, en el cual se fijó como fecha para la primera audiencia de trámite el 7 de febrero siguiente a las 9:00 a.m.<sup>(15)</sup>, la cual se desarrolló así:

a) Primeramente, el tribunal analizó el pacto arbitral, encontrándolo ajustado a las prescripciones legales, por lo cual se declaró competente para conocer y decidir las diferencias materia del proceso<sup>(16)</sup>, y

b) En esa misma oportunidad, y por auto 4, fueron decretadas las pruebas solicitadas accediéndose a la totalidad de ellas, a excepción del oficio a la convocante solicitado por el demandado<sup>(17)</sup>, que fue reemplazado por una exhibición de documentos<sup>(18)</sup>.

2. Sobre la práctica de las pruebas cabe señalar:

a) El 28 de febrero de 2002 se llevó a cabo la recepción de los testimonios de los señores Carlos Arturo Torres, Luz Amparo Guzmán, Ofelia Puerta y Myrian Rosalba Sabogal;

b) El 1º de marzo del mismo año se llevaron a cabo las declaraciones de parte decretadas, así como los testimonios de los señores Blanca Inés Chavarro, Heriberto Rojas y Cruz Buanerges Moreno;

c) En esta misma fecha tuvo lugar la exhibición de documentos a cargo de Crear Cooperativa;

d) En torno a la declaración rendida por la señora Blanca Inés Chavarro, el tribunal anota que con fecha marzo 4, 2002 tal declarante remitió una comunicación al tribunal con miras a “precisar” su testimonio, documento que no será tenido en cuenta toda vez que la oportunidad para llevar a cabo cualesquiera precisiones o aclaraciones era, con carácter exclusivo, la diligencia llevada a cabo en marzo 1º, 2002;

e) El 15 de marzo de 2002 se recibió el testimonio del señor Mario Enrique Rueda, y

f) Por último, todos los oficios solicitados y decretados fueron enviados y sus respuestas se encuentran incorporadas al expediente<sup>(19)</sup>.

3. Así, pues, el trámite del proceso se desarrolló en nueve (9) sesiones, excluyendo la audiencia de fallo, en el curso de las cuales se practicaron las pruebas solicitadas por las partes y las decretadas de oficio y se recibieron las alegaciones finales, que fueron expuestas por los apoderados de las partes y resumidas mediante sendos escritos<sup>(20)</sup>.

4. Por las anteriores razones, amén de que el tribunal se encuentra dentro del término señalado en la ley para proferir su decisión, no encuentra obstáculo procesal para proceder a ello.

## II. Controversia

La síntesis de los hechos aducidos y/o refutados por cada una de las partes en la demanda y en la réplica y en la contestación, respectivamente, es como sigue:

### A. Convocante

1. El 21 de julio de 2000, Crear Cooperativa y Hernando Horta celebraron un contrato de prestación de servicios profesionales (en adelante el “contrato”), por medio del cual el segundo se obligó para con la primera a preparar un estudio para establecer la situación económica y financiera de Crear Cooperativa, así como a sustentarlo ante el Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas, Fogacoop (en adelante “Fogacoop”) con miras a su inscripción en tal entidad y ante la Superintendencia de Economía Solidaria.

2. En el contrato se estipuló —entre otros— un plazo de dos (2) meses para su ejecución, el cual podría ser prorrogado por mutuo acuerdo antes de su expiración; se acordó como precio del mismo la suma de \$ 15.000.000, más IVA; se incluyó una cláusula penal por incumplimiento equivalente al 10% de ese valor y se pactó una cláusula compromisoria en cuya virtud cualquier controversia relacionada con el contrato sería resuelta por un tribunal arbitral.

3. Igualmente en la § 7 del contrato se pactó que Crear Cooperativa podía formular observaciones con el fin de ser analizadas conjuntamente con Hernando Horta, el cual debía efectuar las modificaciones o correcciones correspondientes.

4. Hernando Horta no cumplió a cabalidad los términos del contrato por las siguientes razones:

a) El demandado se obligó a elaborar “... la propuesta de ayuda que Fogacoop le hará a Crear Cooperativa y el acompañamiento en los trámites ante la Superintendencia de Economía Solidaria y Fogacoop”<sup>(21)</sup>;

b) En septiembre 20, 2000, el convocado hizo entrega de un informe en el cual resumió la problemática de Crear Cooperativa y sugirió unas posibles acciones que debían emprenderse, así como unos procedimientos para presentar la solicitud de inscripción ante Fogacoop;

c) Ese documento fue estudiado por Crear Cooperativa, mereciéndole observaciones respecto de temas que no fueron incluidos en el informe, tales como la captación de ahorro programado, el desembolso de subsidios en cuentas de ahorro programado, la reactivación de programas de vivienda, aspectos que de mutuo acuerdo con el demandado debían modificarse o corregirse;

d) Con el fin de “establecer la real situación de crear (sic) y simular su desempeño futuro bajo las nuevas condiciones”<sup>(22)</sup>, mediante comunicación de noviembre 2, 2000 el convocado solicitó cierta información, que le fue suministrada por Crear Cooperativa con oficio del 19 de diciembre siguiente;

e) A pesar de lo anterior, Hernando Horta no efectuó las correcciones acordadas, razón por la cual, en febrero 28, 2001 Crear Cooperativa se vio obligada a presentar ante Fogacoop y ante la Superintendencia de Economía Solidaria el informe por ellos requerido, con “sus propias conclusiones y sin la presentación de trabajo alguno realizado por el contratista y mucho menos sustentación alguna por parte del señor Hernando Horta como se estableció en la cláusula tercera del contrato”<sup>(23)</sup>, y

f) Adicionalmente, hasta la fecha de presentación de la demanda, Crear Cooperativa no había recibido documento alguno que permita “establecer la real situación” de la convocante y “simular su desempeño futuro bajo las nuevas condiciones”<sup>(24)</sup> como se estableció con el demandado.

5. Por lo anterior, “resulta ilógico pretender el cobro de una suma tan importante”<sup>(25)</sup> cuando el convocado no cumplió con las obligaciones derivadas del contrato, en especial, el acompañamiento del informe y la inscripción ante el Fogacoop y la Superintendencia de Economía Solidaria.

6. Finalmente, en la réplica y tal como se indicó anteriormente Crear Cooperativa, se pronunció en torno a “los hechos formulados por el demandado”<sup>(26)</sup>, controvirtiéndolos, y solicitó la práctica de otras pruebas, adicionales a las pedidas con la demanda.

## B. Convocado

1. El demandado, aceptó íntegramente algunos hechos, aceptó parcialmente otros y rechazó un tercer grupo<sup>(27)</sup>.

2. En la respuesta a cada uno de tales hechos desarrolló los sustentos fácticos y jurídicos de su posición.

3. Igualmente empleó Hernando Horta la contestación para oponerse a la prosperidad de todas las pretensiones de la demanda y solicitó la práctica de pruebas en apoyo de su defensa.

## III. Asuntos sometidos a decisión del tribunal

Con fundamento en sus respectivas apreciaciones de la controversia las partes solicitaron lo que sigue:

1. Crear Cooperativa, que se accediera a las siguientes declaraciones:

“Primera. Que se declare por parte del tribunal que el contratista Hernando Horta Díaz, consultor financiero, incumplió el contrato suscrito con Crear Cooperativa el 21 de julio de 2000.

Segunda. Que como consecuencia de lo anterior se declare resuelto el contrato.

Tercera. Que igualmente y como consecuencia del incumplimiento del contrato se condene al contratista Hernando Horta Díaz, consultor financiero, al pago de la cláusula penal equivalente a un millón quinientos mil pesos mcte. (\$ 1.500.000).

Cuarta. Que se condene en costas en derecho (sic) al contratista Hernando Horta Díaz, consultor financiero.

Quinta. Daños y perjuicios”<sup>(28)</sup> .

2. Hernando Horta, que se rechazara todo lo anterior y, debido a su improperidad, se ordenara la condena al pago convenido en el contrato, se hiciera efectiva la cláusula penal y se condenara en costas y perjuicios morales a la convocante<sup>(29)</sup> .

#### IV. Consideraciones del tribunal

##### A. Anotaciones preliminares

1. Como punto de partida el tribunal estima pertinente dejar establecido que este proceso no entraña demanda y contrademanda (reconvención) como podría llegar a suponerse de una lectura superficial del capítulo “I-Pretensiones de la demanda”, integrante de la contestación.

2. En efecto, las “pretensiones” del demandado son consecuencia de la oposición a las súplicas de la demanda y no declaraciones “independientes”. A ello ha de agregarse que el apoderado del demandado en la parte inicial de la contestación indicó que su propósito era “contestar la demanda”<sup>(30)</sup> sin mención alguna de estar planteando demanda de reconvención en contra de Crear Cooperativa.

3. Por ende, el tribunal se ocupará de acceder o no a lo pedido por la convocante, en función de lo cual el demandado podrá o no accionar (demandar) en búsqueda de la satisfacción de sus pretensiones.

##### B. Naturaleza de las partes y del contrato

1. De conformidad con lo indicado en el certificado de existencia y representación legal de Crear Cooperativa expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá y adjunto a la demanda, esta tiene la característica de entidad sin ánimo de lucro<sup>(31)</sup> .

2. A su turno, el demandado, de acuerdo con lo mencionado en la declaración de parte llevado acabo en marzo 1º, 2002 tiene la condición de “administrador de empresas, especializado en finanzas”<sup>(32)</sup> .

3. En consecuencia, el tribunal no encuentra que las partes tengan la característica de comerciantes al tenor del artículo 10 del Código de Comercio, a lo que ha de agregarse que de acuerdo al artículo 23 (5) ibídem no se considera mercantil “la prestación de servicios inherentes a las profesiones liberales”, dentro de las cuales se puede encasillar la disciplina del demandado.

4. Así, entonces, ha de concluirse que el contrato pertenece a los reglados por los artículos 2063 a 2069 del Código Civil (“C.C.”), como que en el mismo “predomina la inteligencia sobre la mano de obra”, según establece el artículo 2063 ibídem.

5. Sobre la normatividad antes citada el tribunal destaca que, a voces del mencionado artículo 2063, sería aplicable a convenciones como lo que es materia del proceso el artículo 2059 del Código Civil en cuya virtud “Si el que encargo la obra alegare no haberse ejecutado debidamente, se nombrarán por las dos partes peritos que decidan”.

6. Tal disposición, sin embargo, y en desarrollo del principio de “autonomía de la voluntad”, fue superada por la § 14 del contrato, fundamento de la competencia de este tribunal, según la cual “toda controversia o diferencia relativa a este contrato, su ejecución o liquidación se resolverá por un tribunal de arbitramento ...” (énfasis añadido).

### C. Naturaleza de las obligaciones del demandado

1. Al tenor de la § 1 (objeto) del contrato el demandado se comprometió a “preparar un estudio pendiente (sic) a establecer la situación económica y financiera de Crear Cooperativa, de forma tal que permita tomar decisiones sobre el futuro y para cumplir (sic) si la cooperativa es viable con los requisitos establecidos por Fogacoop para su inscripción, con miras a obtener el seguro de depósitos para sus ahorradores”<sup>(33)</sup>.

2. Del texto transcrito, sobre cuya deficiente construcción gramatical se volverá un poco más adelante, fluye que el encargo profesional confiado al demandado era, sencillamente, preparar el estudio de marras, el cual debería ser adecuado para tomar decisiones sobre el futuro de Crear Cooperativa y cumplir con los requisitos fijados por Fogacoop para la inscripción de entidades cooperativas, como la convocante.

3. Ni por sus términos ni por su espíritu de convenio de “prestación de servicios profesionales”<sup>(34)</sup> puede el tribunal considerar que el compromiso del demandado llevaba consigo la obligación de “resultado”<sup>(35)</sup> de obtener la inscripción de Crear Cooperativa en Fogacoop. Por el contrario, lo que entrañaba la convención era la elaboración de un documento que permitiera a los órganos correspondientes de Crear Cooperativa “tomar decisiones” (énfasis añadido) y cumplir, en caso de viabilidad de tal entidad, con los requisitos para su inscripción en Fogacoop.

4. La § 2 (objetivo) de la propuesta sometida por el demandado a la convocante en junio 20, 2000 confirma lo anterior al indicar que el primero ofrecía preparar un estudio compuesto de un diagnóstico, una reestructuración, un pronóstico y las posibles medidas encaminadas a lograr la viabilidad económica de Crear Cooperativa. Así mismo, el trabajo materia de la propuesta incluiría “el acompañamiento en los trámites ante la Superintendencia de Economía Solidaria y Fogacoop”<sup>(36)</sup>.

5. Ninguna seguridad de éxito en los trámites fue ofrecida por el demandado ni exigida por Crear Cooperativa.

6. Por ende, pues, se impone concluir que el convocado comprometió su capacidad profesional para realizar el estudio encomendado, teniendo como parámetros el que, de una parte, fuera idóneo para tomar decisiones y, de otra parte, siendo “viable” Crear Cooperativa, sirviera para cumplir con las exigencias para su registro en Fogacoop.

7. Sobre este último aspecto el tribunal pone de presente que la muy deficiente redacción de la parte del contrato a que se está haciendo referencia, hace indispensable acudir a las reglas de interpretación de las convenciones contenidas en los artículos 1618 y siguientes del Código Civil, en virtud de las cuales ha de interpretarse que el vocablo “pendiente” que figura en la § 1 debe entenderse como “tendiente”, en tanto que la críptica y pobremente hilvanada frase “y para cumplir si la cooperativa es viable con los requisitos establecidos por Fogacoop para su inscripción ...” no permite deducir, observando su génesis, que figura en la § 2 de la propuesta del demandado, o cualquiera que sea el sentido que se le asigne, que este, como parte de sus compromisos contractuales, estaba obligado a obtener la inscripción de Crear Cooperativa en Fogacoop.

8. El artículo 1622 del Código Civil que consagra el criterio de interpretación armónica y contextual de los contratos sirve para confirmar la anterior aseveración, máxime si se pone de presente tanto que el contrato era de “prestación de servicios profesionales”, como que la propuesta del convocado aludía al “acompañamiento” en los trámites ante Fogacoop, no a la culminación exitosa de estos.

9. Es claro, entonces, que la obligación asumida por el convocado encaja con la caracterización de las obligaciones de “medio” formulada en laudo de abril 26, 1998 (citado en laudo de nov. 10/98, pág. 54), en cuya virtud estas son aquellas.

“... en que el deber del deudor es observar una conducta tal que mediante ella emplee todos los medios razonables

a su alcance —esto es, los conocimientos, la experiencia, los recursos materiales, la diligencia— para obtener el resultado esperado por el acreedor, pero sin garantizar su logro”. (Énfasis añadido)

10. Lo anterior, a su turno, es consistente con lo expresado en laudo de diciembre 14, 1995 en donde se consigna que:

“... las obligaciones de hacer se reputan como de resultado, pero solamente en cuanto que debe cumplirse por el deudor de ellas la conducta prometida, no en el sentido de que esta deba alcanzar, necesariamente, y en todos los casos, un cierto resultado, máxime cuando este depende de un tercero ...” (énfasis añadido)<sup>(37)</sup>.

11. Por otra parte, acorde con la arriba mencionada interpretación armónica y contextual, el tribunal considera pertinente extender su análisis a la § 7 del contrato, donde Crear Cooperativa percibe una obligación incondicional de incorporar las observaciones que llegaren a surgir de la supervisión del contrato allí pactado<sup>(38)</sup>.

12. Para el tribunal tal lectura no es consistente con la intención de las partes, que al tenor del artículo 1618 antes referido debe prevalecer, pues, en efecto, de aceptarse la interpretación que propone la convocante, el papel del convocado se reduciría al de simple escribano de la voluntad de Crear Cooperativa, en total contravía con la condición de “consultor” o “asesor” que fluye tanto de las caracterizaciones con que se presenta el propio demandado<sup>(39)</sup>, como de lo expresado sobre el particular en la demanda<sup>(40)</sup> y en la declaración de parte del representante legal de Crear Cooperativa<sup>(41)</sup>.

13. Así, entonces, más que una obligación irrestricta de adoptar incondicionalmente las observaciones de Crear Cooperativa, lo que prescribe la § 7 del contrato es una “concertación”, fruto de la supervisión del contrato por parte de la convocante, en cuya virtud las partes analizarían conjuntamente y durante “la ejecución del servicio” las observaciones para luego efectuar “las modificaciones o correcciones a que hubiere lugar”, esto es las resultantes de dicho análisis colectivo y concertado, no, simplemente, las que determinare Crear Cooperativa como se aduce, entre otros documentos, en la réplica<sup>(42)</sup>.

14. El artículo 1621 del Código Civil, según el cual, salvo la presencia de voluntad contraria “deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato”, constituye soporte normativo de la conclusión del tribunal.

15. A ello ha de agregarse lo dispuesto en la § 5 (b) del contrato donde, con referencia a las obligaciones de Crear Cooperativa, se establece que esta debería “Ejecutar el plan de reestructuración sugerido por la contratista (sic)”, estipulación que luce francamente contradictoria con la alegada incondicionalidad para adoptar las observaciones de Crear Cooperativa.

16. De ello fluye, acudiendo una vez más al artículo 1622 del Código Civil, que la estipulación que se comenta ha de entenderse —simétrica con la § 7 del contrato— dentro del margen de razonabilidad que tuviera el “plan de reestructuración” sugerido por el convocado. Ni una, ni otra disposición, pues, traen consigo deber ciego de acatar el “plan de reestructuración” (§ 5-b) o las “modificaciones o correcciones” (§ 7), como predicán, recíprocamente, convocado y convocante.

17. Bajo las condiciones y características antes descritas, el demandado, en fin, debía ejecutar el contrato en el término de dos (2) meses contados desde julio 21, 2000, término que por mutuo acuerdo podía ser extendido “mediante la celebración de un contrato adicional que deberá constar por escrito” (§ 2) (énfasis añadido).

18. No obra en el proceso evidencia alguna de la extensión prevista y sujeta a la formalidad escrita acordada por las partes.

#### D. Obligaciones de Crear Cooperativa

1. Si bien es claro que, como se indicó en parte anterior de este laudo, no se halla en debate el cumplimiento de Crear Cooperativa sino el del convocado, el tribunal considera que el análisis integral de la controversia hace necesario referirse a la obligación de pago a cargo de aquella que se consigna en la § 4 del contrato.

2. En virtud de tal estipulación el valor de los servicios contratados (\$ 15.000.000) había de pagarse en dos (2) cuotas iguales, la primera a la firma del contrato —y sobre cuyo cumplimiento no hay reclamo de ninguna especie— y la segunda “a la entrega (por el demandado) del informe sustentado ante Fogacoop” (énfasis añadido).

3. El texto resaltado plantea un interrogante que debe ser despejado por el tribunal:

¿Implica la expresión antes transcrita que el demandado, como parte de sus obligaciones, debía sustentar su estudio ante Fogacoop?

4. No cabe duda que la presentación de Crear Cooperativa ante Fogacoop constituía objetivo de notable importancia para la contratación del informe materia del contrato. Sin embargo, no es menos cierto que la audiencia y presentación ante la entidad en comentario era del resorte de Crear Cooperativa, al menos en dos aspectos, el primero, tocante con la obtención de la oportunidad para dar a conocer el estudio y el segundo, obvio por lo demás, referente a la información al demandado sobre la fecha, lugar y hora de la presentación, a fin de hacerla posible participar en la misma.

5. El convocado, por su parte, debía cooperar razonablemente para llevar a cabo la presentación.

6. Esta conducta de apoyo mutuo, derivada directamente del principio de ejecución de buena fe de los contratos contenido en el artículo 1603 del Código Civil, es lo que se conoce generalmente como “deber de colaboración”, postulado que, por ejemplo, se recoge en el artículo 5.3 de los “Principios sobre los contratos comerciales internacionales” del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit), que respectivamente, reza y es explicado así:

“Una parte debe cooperar con la otra cuando dicha cooperación puede ser razonablemente esperada para el cumplimiento de las obligaciones de esta última”.

“Un contrato no debe ser visto simplemente como el punto de encuentro de intereses contrapuestos, sino en cierta medida como un proyecto común en el que cada parte debe cooperar. Este enfoque se encuentra íntimamente relacionado con el principio de la buena fe y lealtad negocial que inspira el derecho contractual”.

7. En la especie que ocupa a este tribunal, el “deber de colaboración” habría de manifestarse, por lo que a Crear Cooperativa se refiere, haciendo lo necesario para obtener la audiencia de Fogacoop para presentar el estudio del demandado informando a este sobre el momento correspondiente, y en cuanto al convocado se refiere, colocándose en disposición razonable para atender el llamado de Crear Cooperativa y llevar a cabo la explicación de su trabajo.

8. De ninguna manera es aceptable que Crear Cooperativa, a guisa de no haberse llevado a cabo la sustentación del estudio con presencia del demandado, argumente que no tuvo lugar la causación del segundo contado pactado en el contrato, pues, como se explicó líneas arriba, tal postura únicamente tendría cabida si hubiera estado precedida del cumplimiento al “deber de colaboración” impuesto a la convocante por el artículo 1603 del Código Civil y a pesar de ello el convocado hubiera omitido prestar su concurso para la referida sustentación.

9. Aceptar que la § 4 hace depender el pago de una presentación cuya realización dependía de la voluntad y empeño de Crear Cooperativa para lograr la oportunidad correspondiente y que, por ende, su omisión es suficiente fundamento para eximir a la convocante del pago estipulado, amén de insostenible a la luz del principio de buena fe contractual, podría conducir a catalogar la estipulación como contentiva de condición potestativa en los términos del artículo 1535 del Código Civil, tornando en puro y simple el compromiso de pago consignado en la mencionada disposición contractual<sup>(43)</sup>.

## E. Ejecución del contrato

1. Consecuente con lo establecido en la § 5 (a) del contrato, el convocado, mediante comunicación de julio 21, 2000 solicitó a Crear Cooperativa preparar la información relacionada en los 24 numerales que contiene tal documento y, además, como se desprende de testimonios como el del señor Heriberto Rojas<sup>(44)</sup>, la señora Ofelia Puerta<sup>(45)</sup> la señora Luz Amparo Guzmán<sup>(46)</sup>, y el señor Cruz Buanerges Moreno<sup>(47)</sup> se preocupó, directamente, o a través de sus colaboradores, por recabar elementos de análisis para atender su compromiso<sup>(48)</sup>.

2. A su turno, con fecha septiembre 20, 2000 —o sea dentro del término estipulado en la § 2 del contrato— el demandado, según documentación que obra en el expediente<sup>(49)</sup>, entregó a la convocante un estudio denominado “Crear: origen y evolución de la crisis y evolución de su futuro” (en adelante el “informe”).

3. En parte alguna del informe se indica o se da margen para inferir que se trataba de un documento “preliminar” o “provisional”. Todo lo contrario, tanto la redacción de su comunicación remisoría, como su contexto avalan la posición aducida por el demandado sobre carácter final del documento<sup>(50)</sup>, punto de vista que encaja con lo expuesto por el testigo Rojas<sup>(51)</sup> y en cierta forma con lo declarado por la señora Blanca Inés Chavarro, (representante legal de Crear Cooperativa para la fecha de entrega del informe)<sup>(52)</sup>.

4. Ciertamente es que más adelante la declarante señora Chavarro menciona que no podría caracterizar el informe como final<sup>(53)</sup>, que el declarante señor Carlos Arturo Torres anota que en su opinión este no reunía las condiciones de lo contratado con el demandado<sup>(54)</sup> y que la declarante señora Luz Amparo Guzmán puso de presente que en el desarrollo del contrato no tuvo lugar la presentación de uno o más documentos previos ni discusión sobre su avance que permitiera formular comentarios<sup>(55)</sup>.

5. Sin embargo, para el tribunal tales aseveraciones no permiten destruir la fuerza que fluye de la nota remisoría del informe y de la expresión de la propia representante legal de Crear Cooperativa en la época.

6. En efecto, dicen uno y otra:

“En cumplimiento de lo pactado en el contrato de consultoría celebrado con ustedes (Crear Cooperativa), tenemos el gusto de entregarle el estudio ...<sup>(56)</sup> .

“Le rogamos tener en cuenta el siguiente procedimiento a fin de continuar con el proceso tendiente a lograr la inscripción ante Fogacoop ...”<sup>(57)</sup> .

“Sobra recordarle que si ustedes lo desean estoy dispuesto a acompañarle en la sustentación del trabajo ante el consejo de administración ...”<sup>(58)</sup> .

“Por último con toda atención le solicito ordenar el pago del saldo de los honorarios pactados”<sup>(59)</sup> .

“Inicialmente se hizo un borrador que presentó el doctor Horta antes del 20 de septiembre, un borrador para que lo revisáramos, le hiciéramos algunos ajustes y algunas prevenciones. Efectivamente eso se hizo, ...<sup>(60)</sup> .

7. A lo anterior se agrega, por último, que el propio contenido que se enuncia del informe, que comprende capítulos sobre “diagnóstico” (3), “pronóstico” (4, que incluye “Plan de ajuste” y “simulaciones”) y “conclusiones” (5), amén de ser consistente con la propuesta formulada en junio 20, 2000, no deja duda sobre la naturaleza final del documento.

8. Planteado lo anterior sigue examinar si bajo los parámetros consignados en la § 1 del contrato, el informe era idóneo para cumplir su propósito, esto es servir para la toma de decisiones por parte de los órganos correspondientes de Crear Cooperativa.

9. Para el tribunal la respuesta positiva a este interrogante tiene apoyo en el informe mismo, que incluye, como se indicó, un “Plan de ajuste” con nueve (9) medidas al efecto, todas explicadas y con sugerencias específicas de acción, de las cuales obra síntesis en el alegato final del convocado<sup>(61)</sup>.

10. A ello ha de añadirse que el documento anuncia proyecciones sobre el comportamiento futuro de Crear Cooperativa para tres (3) años y con tres (3) escenarios, todos los cuales forman parte de sus anexos.

11. Así, entonces, el tribunal no encuentra fundamento para arribar a conclusión distinta de considerar que el informe cumplió tanto en el tiempo como en la sustancia con el parámetro exigido por la § 1 del contrato, esto es permitir la adopción de decisiones por parte de Crear Cooperativa en torno a su futuro y a la posible inscripción en Fogacoop que fue, acorde con la expresión del laudo de diciembre 14, 1995 atrás referido la “conducta prometida” por el demandado.



12. Frente a lo anterior, sin embargo, la tarea del juzgador de analizar la totalidad de la controversia impone ocuparse de los reparos que aduce Crear Cooperativa al informe, de los cuales da cuenta el representante legal de la convocante en su declaración de parte<sup>(62)</sup>.

13. Previo a ello, sin embargo, el tribunal hace claridad que siendo de “medio” y no de “resultado” la obligación a cargo del convocado, la carga de la prueba sobre el deficiente cumplimiento corresponde al acreedor (convocante).

14. Philippe Malaurie y Laurent Aynes (“Droit civil les obligations”) expresan al respecto en cita traída en La página 55 del laudo proferido en noviembre 10, 1998:

“... la carga de la prueba le corresponde al acreedor. Se plantea, entonces, la cuestión de saber cual era el grado de diligencia requerida del deudor es decir cuales eran los medios que debía utilizar para no ser juzgado en falta. Generalmente la diligencia impuesta al deudor sobre los medios que debía utilizar son apreciados en abstracto, es decir, por referencia a un modelo abstracto.

Durante mucho tiempo, este modelo fue “el buen padre de familia” (en derecho inglés the reasonable man). El deudor está en falta cuando ha sido menos diligente y menos hábil que un buen padre de familia.

Hoy en día, el buen padre de familia es entendido de manera más sociológica, es definido por su profesión. Se compara la conducta del deudor a aquella que ha debido tener un individuo de su profesión, diligente y avezado”.

15. Así, entonces, no existiendo en el expediente experticio profesional que contradiga con carácter científico las conclusiones del informe, es preciso acudir a la restante evidencia recaudada, a cuyo efecto se halla lo siguiente:

a) Es incuestionable que Crear Cooperativa no se halla inscrita ante Fogacoop. La declaración de parte del representante legal de la convocada consigna tal circunstancia<sup>(63)</sup>, y los certificados de Fogacoop correspondientes a las reuniones de su junta directiva de febrero 23, 2000<sup>(64)</sup>, mayo 23, 2001<sup>(65)</sup>, octubre 18, 2001<sup>(66)</sup> y noviembre 15, 2001<sup>(67)</sup>, reseña de los cuales aparece en la comunicación dirigida por tal entidad al tribunal en marzo 11, 2002<sup>(68)</sup>, ratifican con creces lo anterior;

b) A su turno, el informe sobre la visita conjunta practicada a Crear Cooperativa por las superintendencias de Economía Solidaria y Bancaria y por Fogacoop entre octubre 29 y noviembre 6, 2001 cuenta con una sección sobre “Conclusiones y recomendaciones”, de la cual destaca el tribunal las siguientes expresiones:

“En términos generales Crear Cooperativa ha utilizado el crédito externo para financiar los proyectos de vivienda de interés social que desarrollan las asociaciones y federaciones, que a su vez, a través de sus asociados, retornan a la cooperativa el capital financiado cuando estos liberan los recursos de subsidios otorgados individualmente tanto por el Inurbe como por las cajas de compensación.

Esta situación se ha traducido en un estancamiento y desfase en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por las asociaciones, lo que ha conllevado a que para su normalización, la cooperativa acepte y utilice como mecanismo de pago el recibir bienes en dación de pago, que en ocasiones sirven como medio para cancelar los créditos externos en cabeza de Crear Cooperativa.

Así las cosas, en el entendido de la existencia de interdependencia organizacional entre la cooperativa, las asociaciones y federaciones de vivienda; Crear Cooperativa se ha visto afectada negativamente por el incumplimiento de las obligaciones de sus relacionados conduciendo a un incremento de sus costos financieros que, al final, se resuelve con el recibo de daciones en pago que no pueden legalmente formalizarse dentro de sus activos y, simultáneamente, activación de nuevos créditos a favor de dichas asociaciones debido a la falta de cobertura de la dación, para finalmente retomar el mecanismo descrito como solución a la demora en el retorno del capital intermediado (recepción de subsidios). Lo anterior, permite concluir que en el desarrollo de la actividad financiera adelantada por Crear Cooperativa no se evidencian principios de prudencia, que permitan garantizar la seguridad de los depósitos de los ahorradores”<sup>(69)</sup> (énfasis añadido);

c) Es ilustrativo, por similar, el texto antes transcrito con los siguientes apartes del informe:

“No puede Crear seguir subsidiando a las asociaciones con recursos colocados al cero o sin que sirvan de manera regular y normal la deuda pagando capital e intereses. La concentración de crédito actual es una de las principales causas de la iliquidez de la cooperativa y no se avizora posibilidad alguna de normalización, pues por el contrario, cada día la situación se vuelve más crítica para ellas ...

Fenavip como organización y Crear como intermediario financiero no pueden confundir su misión institucional, ni colocar en riesgo todo el grupo por asumir posiciones paternalistas, ajenas a la realidad del negocio. Cobrar es una labor muy importante de los intermediarios y no ejercerla, es donar dineros ajenos, en este caso de ahorradores y asociados, decisión que puede tipificar un delito penal”<sup>(70)</sup> (énfasis añadido), y

d) A ello, por último ha de agregarse lo expuesto por el convocado quien preguntado sobre el alcance del contrato respondió:

“Yo tenía que hacer un diagnóstico de la cooperativa, es decir, establecer cuáles eran las causas de la problemática que tenía la cooperativa.

Dentro de las causas de la problemática de la cooperativa tenía que hacer una revisión por lo menos, de la parte contable, en ella encontramos que había todo tipo de irregularidades en el manejo, se causaban provisiones, no se cobraba la cartera, los intereses se causaban sobre créditos vencidos, en fin, una serie de cosas que yo consigné en el informe y que pedí que se corrigieran para que las cosas quedaran absolutamente claras para tener un punto de partida”<sup>(71)</sup>.

16. Todo lo anterior, amén de lo antes consignado sobre carga de la prueba en cabeza del acreedor de una obligación de “medio”, es base suficiente para concluir que, lejos de estar acreditado que la falta de inscripción de Crear Cooperativa en Fogacoop —compromiso que, se repite, no fue asumido por el convocado— provenga de fallas en el informe, lo que refleja el material probatorio es, por el contrario, que ello obedece a falencias de la propia convocante, algunas puestas de presente en el reporte que se evalúa.

17. Como aspecto final de esta parte del laudo atinente a la ejecución del contrato, el tribunal se refiere a la presencia física del convocado en la sustentación del informe ante Fogacoop y señala que, en línea con el “deber de colaboración” atrás aludido, era indispensable que Crear Cooperativa al menos le informara sobre la fecha y hora en que había de tener lugar la sustentación, circunstancia que no ocurrió, como se desprende de la respuesta dada por el representante legal de la convocante a la pregunta que sobre el particular le fue formulada<sup>(72)</sup>, la cual es consistente con lo aseverado por el convocado en su declaración de parte<sup>(73)</sup>.

18. Lo expresado hasta el momento es, suficiente para concluir, que no habrá prosperidad de la demanda con motivo del aspecto de ejecución contractual que ha sido analizado.

19. Resta, entonces, ocuparse de lo concerniente a los sucesos acaecidos con posterioridad a la entrega del informe, asunto que desarrolla el tribunal en la forma que sigue.

20. Obra en el expediente constancia no disputada por las partes, de que en octubre 2, 2000 tuvo lugar una reunión con participación de la administración saliente (Sra. Chavarro) y entrante (Dr. Cardona) de Crear Cooperativa y el convocado, y que el informe fue tema de la misma<sup>(74)</sup>.

21. El alcance de la reunión, por el contrario, es de divergencia:

Para Crear Cooperativa, esta reunión tenía como finalidad “discutir las observaciones planteadas por la gerencia que acababa de entregarle al nuevo gerente”<sup>(75)</sup>, en tanto que para el convocado se trató de “una reunión muy social de presentación en donde me conocí con la nueva administración”<sup>(76)</sup>.

22. Frente a estas concepciones opuestas el tribunal pone de presente las siguientes circunstancias:

a) Es evidente que en octubre 2, 2000 había cesado la vigencia del contrato, que era, como se ha consignado de manera repetida, dos (2) meses a partir de julio 21, 2000;

b) Por ende, pues, y armónico con el sentido final que le ha sido adscrito al informe, no es plausible que tal reunión

hubiera tenido por objeto atender lo establecido en la § 7 del contrato, estipulación que ciertamente alude al período de “ejecución del servicio” y no al posterior;

c) También es evidente que de la citada reunión de octubre 2, 2000 surgió algún tipo de colaboración por parte del convocado hacia Crear Cooperativa, circunstancia de la que da cuenta la comunicación de noviembre 2, 2000 dirigida por esta a aquella<sup>(77)</sup>;

d) Tal colaboración, que ha sido catalogada como “extracontractual” por el demandado<sup>(78)</sup>, tiene, en todo caso, la connotación de “cooperación” entre las partes a que se aludió en parte anterior del laudo.

En efecto, la parte final de la misiva del demandado reza:

“De la celeridad con la que ustedes preparen la información solicitada depende que nosotros podamos correr las proyecciones, para continuar con los trámites ante las entidades de vigilancia y control. Sobre el particular consideramos de vital importancia que la información solicitada sea cierta y confiable, así no este incluida en los estados financieros. Solamente si conocemos la situación real de la cooperativa, podemos tomar las medidas correctivas acertadas. Si continuamos engañándonos, nunca podremos lograr su recuperación efectiva” (énfasis añadido);

e) Por ende, pues, cualquiera que sea el alcance que se le otorgue a la interacción entre las partes iniciada en octubre 2 y seguida de la comunicación de noviembre 2, es patente que se requería un apoyo secuencial, en primer término a cargo de Crear Cooperativa;

f) La prueba del cumplimiento de tal deber no favorece a la convocante;

g) En efecto:

i) Mediante comunicación de diciembre 19, 2000<sup>(79)</sup> el nuevo representante legal de Crear Cooperativa, excusándose por el retraso en el envío de la documentación recabada por el convocado, anotó “una vez obtengamos y consolidemos la información pendiente se la haré llegar”.

ii) No aparece constancia de que el convocado hubiera recibido dicha información adicional. El declarante Carlos Arturo Torres, revisor fiscal de Crear Cooperativa, atestiguó que no sabía si ello tuvo lugar<sup>(80)</sup>, en tanto que la señora Luz Amparo Guzmán, jefe contable de la convocante, señaló que no se le envió documentación al convocado “porque tampoco el doctor Horta entregó más información ni entregó otro trabajo”<sup>(81)</sup>. El convocado, en fin, menciona que a partir de diciembre, 2000 se dificultó la comunicación con el representante legal de la convocante, quien no atendió sus comunicaciones y llamadas telefónicas<sup>(82)</sup>, mientras que este alude, sin precisión, a informaciones verbales y a inconvenientes en la relación con el demandado<sup>(83)</sup>, que no arrojan certeza sobre la efectiva remisión de la documentación ofrecida en diciembre 2000, una vez obtenida y consolidada por Crear Cooperativa.

iii) Más acorde con la ausencia de entrega de los documentos y, por ende, con la versión del convocado es la comunicación de abril 5, 2001, dirigida por este al representante legal de Crear Cooperativa, donde reclama el pago del segundo contado pactado en el contrato y se queja de “que en repetidas ocasiones he intentado comunicarme con usted vía telefónica y no he podido lograrlo, habida cuenta de que siempre recibo de su secretaria como respuesta que usted se encuentra en una reunión y que luego me devuelve la llamada, evento que desde luego no ocurre”<sup>(84)</sup>.

iv) La respuesta de Crear Cooperativa a este mensaje que obra en el expediente es una nota manuscrita del representante legal de la convocante<sup>(85)</sup> que ordena archivar la carta del demandado y recordarle en mayo siguiente.

v) El mencionado representante legal explicó la anotación en cuestión sobre la base de que para esa época Crear Cooperativa se hallaba en preparación de la demanda<sup>(86)</sup>. Tal punto, sin embargo, no es el relevante para esclarecer si el demandado contó con elementos para atender lo ofrecido en la comunicación de noviembre 2, 2000, y

h) De todo lo expuesto se sigue que la convocante no apoyó al demandado para que este hiciera realidad el establecimiento de la situación real de aquella y poder simular su desempeño futuro. Por ende, pues, cualquier argumentación por parte de Crear Cooperativa sobre incumplimiento contractual del demandado por el aspecto que se analiza está llamada al fracaso.

23. Corolario de lo anterior, que naturalmente será reflejado en la parte resolutive del laudo, es la falta de prosperidad de la petición resolutoria del contrato, planteada por Crear Cooperativa como consecencial de la declaratoria de incumplimiento por parte del convocado.

24. Igual consideración cabe, desde luego, respecto de la petición de condena al convocado al pago de la cláusula penal establecida en la § 8 del contrato.

25. Por último, en cuanto a la quinta petición de la demanda que simplemente reza “daños y perjuicios”, es apenas obvio que habiendo fracasado la primera petición no cabe resarcimiento alguno por tales conceptos, fuera de que en parte alguna del proceso se halla establecida razón o cuantía de dichos rubros.

## V. Costas

1. Siendo clara la dirección que adoptará el tribunal respecto de las pretensiones de la demanda, procede condenar en costas a la convocante, según dispone el artículo 392 (1) del Código de Procedimiento Civil.

2. Para tal fin, y teniendo en cuenta que las partes sufragaron en idéntica proporción las sumas establecidas para atender los gastos del tribunal y los honorarios de árbitro y secretario, se liquida el monto a cargo de la convocante, así:

a) \$ 790.000, correspondientes al 50% de la suma establecida en el auto 1<sup>(87)</sup>, y

b) \$ 710.000, por concepto de agencias en derecho a favor del convocado.

3. La suma de los anteriores guarismos, esto es, \$ 1.500.000, será incluida en la parte resolutive del laudo donde, además, se dispondrá la devolución a la convocante de la porción de la partida “Protocolización, registro y otros” que no fuere utilizada de acuerdo a la liquidación definitiva de tales rubros.

## VI. Parte resolutive

En mérito de lo expuesto, el presente tribunal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### RESUELVE:

1. Denegar la primera petición de la demanda, esto es la declaratoria de incumplimiento por parte de Hernando Horta Díaz al contrato suscrito en julio 21, 2000 con Cooperativa Nacional de Ahorro y Crédito, Ltda., Crear Cooperativa.

2. Denegar la segunda y tercera peticiones de la demanda, formuladas por Cooperativa Nacional de Ahorro y Crédito Ltda., Crear Cooperativa, como consecenciales de la anteriormente resuelta primera petición.

3. Denegar la cuarta y quinta peticiones de la demanda.

4. Condenar a Cooperativa Nacional de Ahorro y Crédito Ltda., Crear Cooperativa, a pagar a Hernando Horta Díaz, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de este laudo, la cantidad de \$ 1.500.000 por concepto de costas del proceso, suma que incluye las agencias en derecho fijadas por el tribunal.

5. Disponer la protocolización del proceso en una de las notarías de Bogotá.

6. Disponer la devolución a Cooperativa Nacional de Ahorro y Crédito Ltda., Crear Cooperativa, del monto de la partida “Protocolización, registro y otros” que no se llegare a utilizar de acuerdo a la liquidación final de tales rubros.

Esta providencia queda notificada en estrados.

---