

TRIBUNAL DE ARBITRAJE

**AFC INVESTMENT SOLUTIONS S.L., ARMANDO DELGADO
RODRÍGUEZ y CÁNDIDO RODRÍGUEZ LOSADA**

CONTRA

**FONDO DE GARANTÍA DE DEPÓSITOS Y PROTECCIÓN
BANCARIA – FOGADE**

LAUDO ARBITRAL

Bogotá, D.C., quince (15) de mayo de dos mil trece (2013)

El Tribunal de Arbitraje constituido para dirimir las controversias surgidas entre AFC Investment Solutions S.L., Armando Delgado Rodríguez y Cándido Rodríguez Losada, como convocantes, y el Fondo de Garantías de Depósitos y Protección Bancaria – Fogade, como convocada, profiere este laudo arbitral luego de que se surtieron en su integridad y con arreglo a la ley, las etapas procesales previstas para el arbitraje de carácter legal, con lo cual decide de fondo y en derecho el conflicto planteado en la demanda y en su contestación.

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES DEL LITIGIO

1.- Las partes y sus representantes:

La parte **convocante** está integrada por las siguientes personas:

a.- AFC Investment Solutions S.L., persona jurídica de derecho privado, constituida al amparo de la ley Española, representada legalmente por Javier Ardura Gómez, quien es mayor de edad y tiene su domicilio en Madrid (España), lo cual consta en

el certificado expedido por el Registro Mercantil de Madrid, debidamente apostillado y legalizado, que obra a folios 57 a 64 del Cuaderno Principal No. 1.

En adelante en este laudo arbitral se denominará AFC Investment Solutions.

b.- Cándido Rodríguez Losada, mayor de edad y domiciliado en la ciudad de Bogotá;

c.- Armando Delgado Rodríguez, mayor de edad y domiciliado en la República Bolivariana de Venezuela;

La parte **convocada** es el Fondo de Protección Social de los Depósitos Bancarios (antes Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria Fogade), persona jurídica de derecho público de la República Bolivariana de Venezuela, representada legalmente por David Alastre, quien es mayor de edad y tienen su domicilio en Caracas (Venezuela), todo lo cual consta en los documentos debidamente autenticados y apostillados que obran a folios 118 a 134 y 173 a 178 del Cuaderno Principal No. 1.

En adelante en este laudo arbitral se denominará Fogade.

2.- El pacto arbitral:

El pacto arbitral con base en el cual se convocó a este Tribunal de Arbitraje es el contenido en la cláusula vigésima séptima del Contrato de Compraventa de Acciones celebrado el 15 de febrero de 2010 en la ciudad de Bogotá por Fogade como vendedor y AFC Investment Solutions, Armando Delgado Rodríguez y Cándido Rodríguez Losada, como compradores, el cual obra a folios 321 a 355 del Cuaderno de Pruebas No. 1 y que es del siguiente tenor:

"Toda controversia o diferencia entre las partes que surja en relación con la celebración, ejecución, desarrollo, cumplimiento y liquidación del presente contrato, que no pueda resolverse directamente entre las partes durante un término de sesenta (60) días calendario desde la fecha en que una parte ponga en conocimiento de la otra parte dicha situación, se resolverá por un Tribunal de Arbitramento conformado por Tres (3) árbitros, ciudadanos colombianos y abogados en ejercicio, designados de común acuerdo por las partes, y a falta del mismo, por el Centro de Arbitraje y

Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. El Tribunal de Arbitramento sesionará en Bogotá en la sede del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá de conformidad con lo previsto en el Decreto 2279 de 1989, la ley 23 de 1991, la ley 466 de 1998, el Decreto 1818 de 1998 y demás disposiciones que las complementen, modifiquen o sustituyan.”

La existencia, validez y eficacia del pacto arbitral no se encuentra cuestionada por las partes.

3.- Convocatoria del Tribunal, designación de los árbitros y actuaciones iniciales del proceso:

La integración del Tribunal de Arbitraje convocado y las actuaciones surtidas en la etapa introductoria del proceso, se desarrollaron de la siguiente manera, con el respeto de las disposiciones que gobiernan el trámite del arbitraje legal:

3.1.- La demanda con la que se dio origen al proceso fue presentada en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá el 10 de enero de 2012 (fls. 1 a 53 Cdo. Ppal. No. 1).

3.2.- En cumplimiento de las previsiones incorporadas en la cláusula compromisoria, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, fijó como fecha y hora para la reunión de designación de árbitros, el día 25 de enero de 2012, la cual fue pospuesta, por solicitud de las partes, primero para el día 15 de febrero y luego para el 20 de febrero de 2012. En la reunión realizada en esta última fecha, los apoderados de las partes debidamente autorizados por sus poderdantes designaron como árbitros de común acuerdo a los integrantes del panel arbitral, quienes en forma oportuna manifestaron su aceptación (fls. 135 a 151).

3.3.- La audiencia de instalación se celebró el 14 de marzo de 2012, en la cual el Tribunal se declaró legalmente instalado y fijó como lugar de funcionamiento del mismo y de su secretaría el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Igualmente, se nombró Secretario, quien oportunamente aceptó la designación y tomó posesión de su cargo. En esta audiencia se admitió la demanda y, finalizada aquella, se notificó de la providencia admisorias personalmente a la apoderada del extremo convocado (fls. 169 a 172).

3.4.- En el término de ejecutoria del auto admisorio de la demanda la parte convocada interpuso recurso de reposición contra dicho proveído y luego de surtido el traslado de rigor a la parte convocante, se resolvió por auto del 28 de marzo de 2012, en el cual se decidió no reponer la providencia impugnada (fls. 234 a 236).

3.5.- En forma oportuna la parte convocada contestó la demanda, propuso excepciones de mérito, acompañó documentos y solicitó el decreto y práctica de pruebas (fls. 189 a 225).

3.6.- Por el sistema de fijación en lista previsto en el artículo 108 del Código de Procedimiento Civil, se corrió traslado de las excepciones de mérito a la parte convocante por el término de cinco (5) días, dentro del cual se opuso a las excepciones, aportó documentos y pidió el decreto y práctica de pruebas (fls. 229 a 248).

3.7.- Mediante auto del 2 de mayo de 2012, se fijó como fecha y hora para la audiencia de conciliación el día 30 de mayo de 2012. En dicha audiencia se formuló una propuesta de arreglo directo de esta controversia por parte del extremo convocante, para cuyo estudio las partes acordaron suspender aquella y continuarla el 19 de junio de 2012. Como quiera que la propuesta no fue aceptada por el extremo convocado y las partes manifestaron entonces no tener ánimo conciliatorio, el Tribunal declaró fracasada la etapa conciliatoria y fijó, en la audiencia del 19 de junio de 2012, las sumas correspondientes a honorarios y gastos al amparo de las disposiciones del Decreto 4089 de 2007, que fueron pagadas, dentro del término de ley en su totalidad por el extremo convocante.

4.- Primera audiencia de trámite, etapa probatoria y alegaciones finales.

4.1.- El 17 de julio de 2012 se celebró la primera audiencia de trámite (fls. 276 a 287), en la cual, el Tribunal, luego de analizado el pacto de arbitraje y contrastadas con los asuntos sometidos a arbitraje, el Tribunal se declaró competente para tramitar y resolver en derecho el litigio sometido a su conocimiento. En firme dicha providencia, el Tribunal decretó las pruebas

oportunamente pedidas por las partes en la demanda, en la contestación y en el escrito de réplica a las excepciones de mérito.

4.2.- Las pruebas decretadas se practicaron de la siguiente manera:

4.2.1.- En la audiencia del 29 de agosto de 2012 (fls. 301 a 306) se escuchó la declaración del testigo técnico Eduardo Jiménez Ramírez;

4.2.2.- En audiencia celebrada el 18 de septiembre de 2012 (fls. 325 a 328), se practicó el interrogatorio de parte del Doctor Emiro José Linares Vieras, apoderado general y representante legal del extremo convocado.

4.2.3.- En audiencia del 17 de octubre de 2012 (fls. 344 a 348), se escuchó el testimonio de Fernando Alexis Salinas Jiménez y el interrogatorio de parte del demandante Cándido Rodríguez Lozada.

4.2.4.- En audiencia del 30 de noviembre de 2012 (fls. 499 a 506), se recibieron los testimonios de Fernando Hernández Quijano y de Camilo Rafael Torres Navarro, y se realizó la diligencia de exhibición de documentos por parte de Vertex Resources Ltda y de Internacional Compañía de Financiamiento S.A., pruebas todas decretadas oficiosamente por el Tribunal.

4.2.5.- En audiencia llevada a cabo el 18 de enero de 2013 (fls. 515 a 517), se calificaron las preguntas incorporadas en el pliego cerrado presentado por el extremo convocado para que fuesen respondidas en interrogatorio de parte por el convocante Armando Delgado Rodríguez, quien no asistió a la diligencia programada al efecto ni se excusó por su inasistencia. El Tribunal calificó todas las preguntas contenidas en el pliego cerrado y declaró la confesión ficta de dicho demandante respecto de las preguntas frente a las cuales tal determinación resultó procedente.

Las declaraciones testimoniales y los interrogatorios de parte, así como algunas de las intervenciones de las partes en las audiencias de pruebas, fueron grabadas por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, quien oportunamente las transcribió. Estas transcripciones fueron puestas en

conocimiento de las partes en la forma y por el término consagrado en el artículo 109 del Código de Procedimiento Civil.

4.3.- Mediante auto del 8 de febrero de 2013, el Tribunal declaró finalizada la etapa probatoria y señaló como fecha y hora para celebrar la audiencia de alegaciones de que trata el artículo 33 del Decreto 2279 de 1989, el día 8 de marzo de 2013. En dicha audiencia, las partes alegaron de conclusión en forma oral respetando el tiempo previsto en la Ley y cada una de ellas entregó una versión escrita de sus alegaciones, las cuales se incorporaron al expediente.

5.- Término de duración del proceso.

El término de duración del presente proceso es de seis meses, como quiera que las partes no pactaron nada distinto al respecto, término cuyo cómputo inicia a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite, esto es, el día 17 de julio de 2012. (Folios 276 a 287 del C. Principal No.1). Es decir, que inicialmente el término para proferir el laudo era hasta el 17 de enero de 2013. A dicho término, por mandato de la norma en mención, deben adicionarse los siguientes días durante los cuales el proceso estuvo suspendido por solicitud expresa de las partes:

Auto que decretó la suspensión	Duración	Total días Suspendidos
Auto No 11 del 17 de julio de 2012	18 de julio de 2012 y 28 de agosto de 2012, ambas fechas inclusive.	42 días
Auto No 14 del 29 de agosto de 2012	30 de agosto de 2012 y 17 de septiembre de 2012, ambas fechas inclusive.	19 días
Auto No 15 del 18 de septiembre de 2012	26 de septiembre de 2012 y 16 de octubre de 2012, ambas fechas inclusive.	21 días
Auto No 17 del 17 de octubre de 2012	18 de octubre de 2012 y 6 de noviembre de 2012, ambas fechas inclusive	20 días
Auto No 19 del 7 de noviembre de 2012	8 de noviembre de 2012 y 29 de noviembre de 2012, ambas fechas inclusive.	22 días
Auto No 21 del 30 de noviembre 2012	1° de diciembre de 2012 y 17 de enero de 2013, ambas fechas inclusive.	48 días
Auto No. 25 del 8 de marzo de 2013	9 de marzo y 14 de mayo de 2013.	67 días
	TOTAL DÍAS SUSPENDIDOS	239 días

En consecuencia, al sumarle los 239 días durante los cuales el proceso ha estado suspendido por solicitud expresa de las partes, el plazo para proferir la decisión se extiende hasta el 13 de septiembre de 2013.

CAPITULO SEGUNDO

SÍNTESIS DE LA CONTROVERSIA

1.- Las pretensiones de la demanda.

Las pretensiones de la parte convocante fueron formuladas en el libelo en los siguientes términos:

Primera Principal.- *Que se declare que la reclamación o "indemnidad" sobre el denominado crédito "Unión Temporal Transvial", notificada por la parte Convocante a FOGADE, constituye una reclamación válida y procedente de conformidad con el contrato de compraventa de acciones suscrito entre las partes el 15 de febrero de 2010 (en adelante el "Contrato de Compraventa de Acciones" o el "Contrato".*

Consecuencial de la Primera Pretensión Principal.- *Como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la Parte Convocada a pagar a la parte Convocante la suma de Tres Mil Veintiocho Millones Doscientos Diecinueve Mil Trescientos Sesenta y Dos Pesos Colombianos (COL\$ 3.028.219.362) o la que resulte probada en el proceso.*

Subsidiaria de la Primera Pretensión Principal.- *De no prosperar la Primera Pretensión Principal, que el Tribunal declare que la parte Convocada incumplió el Contrato, por sus conductas contrarias a la buena fe contractual, antecedentes, concomitantes y subsiguientes al contrato de compraventa de acciones suscrito entre las partes el 15 de febrero de 2010.*

Consecuencial de la Subsidiaria de la Primera Pretensión Principal.- *Que, como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la Parte Convocada, al pago de los perjuicios causados a la Parte Convocante por concepto del daño emergente y del lucro cesante, en los montos que resulten demostrados en el proceso.*

Segunda Principal.- *Que se declare que la reclamación o "indemnidad" sobre el crédito SHATEX, notificada a la Parte Convocante a FOGADE, constituye una reclamación válida y procedente de conformidad con el Contrato de Compraventa de Acciones suscrito entre las partes el 15 de febrero de 2010.*

Consecuencial de la Segunda Pretensión Principal.- *Como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la Parte Convocada a pagar a la parte convocante la suma de Mil Sesenta y Seis Millones Novecientos Cincuenta y Ocho Mil Trescientos Treinta y Ocho Pesos Colombianos con*

Veinte Centavos (COL\$1.066.958.338,20) o la que resulte probada en el proceso.

Tercera Principal.- *Que se declare que la reclamación o indemnidad sobre los costos y gastos generados por y con ocasión de la venta de participación accionaria de FOGADE en Financiera Internacional S.A., notificada por la Parte Convocante a FOGADE, constituye una reclamación válida y procedente de conformidad con el Contrato de Compraventa de Acciones.*

Primera Consecuencial de la Tercera Pretensión Principal.- *Como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la Parte Convocada a pagar a la Parte Convocante la suma de Quinientos Ochenta y Ocho Millones Novecientos Setenta Mil Ciento Ochenta Pesos (COL\$588.970.080) o la que resulte probada en el proceso.*

Cuarta Principal.- *Que se condene a la Parte Convocada a pagar a favor de la Parte Convocante, a título de cláusula penal, una suma equivalente al cinco por ciento (5%) del valor del Contrato de Compraventa de Acciones.*

Pretensión Complementaria común a cualquiera de las anteriores que sea acogida.- *Que se actualicen los montos de cualquiera de las condenas que imponga el Tribunal, de acuerdo con el índice aplicable, y/o se condene a los correspondientes intereses moratorios capitalizados, liquidados hasta el momento en que el pago se verifique efectivamente.*

Costas. *Que se condene al demandado a pagar, a favor del Demandante, las costas y expensas –incluidas las agencias en derecho- del presente proceso arbitral. "*

2.- Los hechos de la demanda.

Los hechos que sustentan las pretensiones anteriormente transcritas son, en síntesis, los siguientes:

2.1.- El 24 de agosto de 2009, AFC Investment Solutions, Armando Delgado Rodríguez y Cándido Rodríguez Lozada solicitaron a la Superintendencia Financiera de Colombia, autorización para la compra de más del 90% de las acciones de la Financiera Internacional S.A.

2.2.- Mediante Oficio 2009065316-034-000 del 28 de octubre de 2009, la Superintendencia Financiera de Colombia autorizó a los aquí convocantes para adquirir hasta 16.996.689 acciones del capital social de Financiera Internacional S.A., que para la fecha representaban el 90.00038602% del capital de dicha compañía que estaba en poder de Fogade.

2.3.- AFC Investment Solutions, Armando Delgado Rodríguez y Cándido Rodríguez Lozada, suscribieron el 15 de febrero de 2010 el contrato de compraventa de acciones con Fogade, por medio del cual se materializó la mencionada venta de acciones, contrato en el cual se especificó que AFC Investment Solutions adquiriría el 80% de ellas, Armando Delgado Rodríguez el 10% y Cándido Rodríguez Lozada igualmente el 10%.

2.4.- El precio pactado por la totalidad de las acciones enajenadas fue de USD \$23.333.333,33, precio que fue pagado en su totalidad en las fechas previstas.

2.5.- El 26 de febrero de 2010 se registraron en el libro de accionistas de Financiera Internacional S.A. las 16.996.689 acciones a favor de los compradores.

2.6.- En el contrato se pactó una garantía por la exactitud de las declaraciones, los pasivos ocultos y las contingencias allí previstas; así mismo, en el numeral 10.3. de su cláusula segunda, se pactaron los actos o hechos específicos que configuran una contingencia y que dan lugar al ajuste del precio de compra a favor de los compradores y con cargo al vendedor, entre los cuales se incluyó el de los costos y gastos derivados de la elaboración y ejecución del contrato de compraventa de acciones.

Así mismo, en la cláusula 10.4.3., se pactó que podrían presentarse reclamaciones de parte del comprador, que no necesariamente requieren de reclamación de parte de terceros para hacer efectivas las obligaciones por contingencias a cargo de Fogade.

De la misma manera, el contrato contempló todo lo relacionado con el procedimiento para hacer efectivos los ajustes por la inexactitud de las declaraciones y contingencias, así como los límites cuantitativos y temporales de las reclamaciones.

2.7.- En virtud de lo pactado contractualmente, Fogade se obligó a constituir un fondo de garantía equivalente al 10% del precio pactado de la compraventa, con el objeto de reconocer el pago de las contingencias, pasivos ocultos y demás gastos, conforme al régimen de indemnidades y garantías convenidas contractualmente.

Dicho fondo se constituyó el 15 de febrero de 2010 a través del contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración, garantía y fuente de pago, denominado "Fideicomiso Posibles Contingencias", celebrado entre Fogade y Alianza Fiduciaria S.A.

2.8.- El 14 de junio de 2010 los compradores notificaron por escrito a Fogade la reclamación de indemnidad en relación con el denominado "Crédito Unión Temporal Transvial" (en adelante, se hará referencia al crédito como UT Transvial), toda vez que cuando las partes suscribieron el contrato de compraventa de acciones, el vendedor no informó a los compradores sobre el incumplimiento del citado crédito, ni sobre la iniciación del proceso de caducidad del contrato de obra, ni sobre la cesión del contrato que garantizaba la fuente de pago.

Los Compradores no conocían ni pudieron haber previsto el incumplimiento de la Unión Temporal Transvial durante el proceso de verificación de la información (*due diligence*), ni pudieron prever la cesión del contrato de obra que garantizaba la fuente de pago, porque para la época de la debida diligencia no existían estas contingencias.

2.9.- Mediante comunicación del 23 de agosto de 2010, Fogade dio respuesta a la reclamación con base en que los hechos relacionados con la Unión Temporal Transvial no son un pasivo oculto ni una contingencia de acuerdo con los términos pactados contractualmente.

2.10.- El 14 de junio de 2010, los compradores formularon igualmente una segunda reclamación en relación con el denominado "crédito Shatex" (en adelante dicho crédito se denominará Shatex), frente al cual igualmente se dan las condiciones pactadas contractualmente para hacer efectivas las indemnidades, reclamación que fue negada por Fogade mediante comunicación del 23 de agosto de 2010.

2.11.- En la misma fecha (14 de junio de 2010) se presentó a Fogade una tercera reclamación por parte de los compradores, por concepto de los costos y gastos de conformidad con el numeral 10.3. de la cláusula décima del contrato, que afectan

a Financiera Internacional por hechos ocurridos con anterioridad a la fecha de suscripción del mismo, reclamación que no fue atendida por el extremo convocado.

3.- La contestación de la demanda.

La parte convocada, dio oportuna contestación a la demanda, oponiéndose las pretensiones, aceptando algunos hechos y negando otros. Propuso como excepciones de mérito las intituladas "Falta de Jurisdicción y Competencia del Tribunal de Arbitramento y, consecuentemente, Indebida Instalación del Tribunal"; "No existe inexactitud en las Declaraciones Efectuadas por la Parte Convocada con respecto al Crédito UT Transvial (Primera Reclamación)"; "No Existe Inexactitud con respecto a la Declaración Relacionada con las Garantías de los Créditos"; "No existe inexactitud con Respecto a la Declaración Relacionada con la Variación Significativa de Activos Materiales"; "El Crédito UT Transvial (Primera Reclamación), no constituye un Pasivo Oculto ni una Contingencia"; "Aplicación del Eximente de Responsabilidad a la Primera Reclamación (UT Transvial)"; "Inexistencia de la Obligación Contractual de Notificar a la Parte Convocante los Hechos alrededor del Crédito Otorgado a la UT Transvial"; "No existe una inexactitud en las Declaraciones Efectuadas por la Parte Convocada con respecto al crédito Shatex (Segunda Reclamación)"; "No existe inexactitud con respecto a la Declaración Relacionada con la Garantía de los Créditos"; "No existe inexactitud respecto a la Declaración Relacionada con la Variación Significativa de Activos Materiales"; "El Crédito Shatex (Segunda Reclamación) No Constituye un Pasivo Oculto ni una Contingencia"; "Aplicación del Eximente de Reclamación a la Segunda Reclamación (Shatex)"; "Inexistencia de la Obligación Contractual de Notificar a la Parte Convocante los Hechos alrededor del Crédito Otorgado a Shatex"; "Indebida Categorización de los Costos y Gastos de Fogade (Tercera Reclamación)"; "Inexistencia de Conductas Contrarias a la Buena Fe Contractual, Antecedentes, Concomitantes y Subsiguientes al Contrato de Compraventa de Acciones"; "Inexigibilidad de la Cláusula Penal"; y "La Pretensiones de la Demanda Exceden el Monto de Responsabilidad Máxima Establecida en el Contrato".

CAPÍTULO TERCERO

PRESUPUESTOS PROCESALES Y CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Síguese de cuanto queda expuesto que la relación procesal existente en este caso se ha configurado regularmente y que en su desenvolvimiento no se incurrió en defecto formal alguno que, por tener virtualidad legal para invalidar lo actuado en todo o en parte y no encontrarse saneado, imponga darle aplicación al Artículo 145 del Código de Procedimiento Civil, motivo por el cual corresponde ahora decidir sobre el mérito o fondo de la controversia sometida a arbitraje por las partes convocada y convocante, propósito en orden al cual son conducentes las siguientes **CONSIDERACIONES:**

1.- Planteamiento del problema

Con ocasión de la compra efectuada por AFC Investment Solutions y los señores Armando Delgado y Cándido Rodríguez a Fogade, de más del 90 por ciento de las acciones que esta última poseía en la sociedad Financiera Internacional S.A, se presentaron por los convocantes tres reclamaciones fundamentadas, en síntesis, en la existencia de problemas con dos créditos, y con los pagos de aquellos gastos relacionados con la venta por parte de Fogade que fueron pagados por Financiera Internacional S.A. (en adelante Financiera Internacional).

En las pretensiones principales de la demanda, la parte convocante solicita, en primer término, que el Tribunal determine si las reclamaciones formuladas a la convocada en relación con los pasivos denominados UT Transvial y Shatex fueron válidas y procedentes y, como consecuencia de ellas, que proceda a proferir las condenas correspondientes.

Como pretensión adicional, la actora solicita que se declare que la reclamación formulada en relación con los costos y gastos generados por y con ocasión de la compraventa de la participación accionaria de Fogade en Financiera Internacional es válida y por ende debe accederse a ella. La demandada, sostiene que se trata de una reclamación que no constituye una contingencia amparada por el contrato.

En caso de no encontrarse válidas esas reclamaciones, solicita de manera subsidiaria que se declare que la parte demandada incumplió el contrato por haber realizado conductas contrarias a la buena fe, y que igualmente, como consecuencia de ello, se le condene al pago de las sumas de dinero a que haya lugar.

A su turno la parte convocada se ha opuesto a la prosperidad de esas pretensiones argumentado, en síntesis, que esas reclamaciones son improcedentes y que su actuar estuvo siempre ajustado a lo previsto en el contrato y en la buena fe negocial.

Procederá en consecuencia el Tribunal a analizar, en primer lugar, la pertinencia y validez de las reclamaciones efectuadas respecto de los créditos mencionados, y partir de lo que allí se concluya, determinará las consecuencias y los efectos jurídicos que correspondan. Posteriormente, se analizará el reclamo concerniente a los gastos pagados con ocasión de la compraventa, a efectos de determinar su validez y sus efectos.

2.- Estudio de la validez y sustento de las reclamaciones.

2.1.- Los hechos probados en el proceso respecto de las reclamaciones.

Previamente a abordar el estudio de fondo de la controversia, el Tribunal, con fundamento en las pruebas obrantes en el expediente, procederá a establecer aquellos hechos que se encuentran probados respecto de cada una de las reclamaciones formuladas por la parte convocante.

2.1.1.- El crédito UT Transvial.

En relación con el crédito UT Transvial el Tribunal encuentra probado lo siguiente:

a.- El 26 de septiembre de 2.008, de conformidad con el extracto del Acta de Junta Directiva No. 349¹ de la Financiera Internacional, en el capítulo correspondiente a "Proposiciones y Varios", se sometió a aprobación de ese órgano, el desembolso de un crédito en favor de la UT Transvial por la suma de \$3.000.000.000,00. Como sustento de esa petición se realizó una detallada presentación de los miembros de la unión temporal y se explicó a la Junta Directiva cuál sería la garantía que habría de otorgarse y que consistía en la constitución de una fiducia como fuente de pago. Resultado de esa presentación se dejó constancia en el acta, que *"analizada la operación, la Junta la ratificó"*.

b.- El 14 de abril de 2008, por documento suscrito por las sociedades Condux S.A de CV, Tecnología e Ingeniería Avanzada S.A de CV, Megaproyectos S.A, Maquinaria, Ingeniería y Construcción S.A – MAINCO S.A, Bitacora Soluciones Compañía Limitada y Translogic S.A, miembros del denominado Consorcio UT Transvial, celebraron con la Fiduciaria de Occidente el contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración y fuente de pagos No. 3-4-2012 cuyo objeto fue, en síntesis, *"constituir un fondo fuente de pago ...para atender prioritariamente las OBLIGACIONES FINANCIERAS a favor de EL(OS) ACREEDOR(ES)..."* y *"... efectuar los pagos que instruyan LOS FIDEICOMITENTES..."*² .

c.- Los bienes entregados a título de fideicomiso fueron la suma de \$1.000.000,00 y los *"derechos económicos activos o de cobro derivados de EL CONTRATO DE OBRA, exceptuándose los correspondientes al pago del anticipo"*. De acuerdo con el capítulo de "definiciones" del contrato de fiducia, EL CONTRATO DE OBRA, era el contrato No. IDU 137 de 28 de diciembre de 2007, suscrito entre la UT Transvial y el Instituto de Desarrollo Urbano IDU.

d.- El 29 de septiembre de 2.008, conforme consta en la certificación del revisor fiscal de Financiera Internacional que obra en el expediente³, se desembolsó el crédito No. 6744 a nombre de la UT Transvial.

¹ Folios 433 a 437 del cuaderno de pruebas No. 1

² Folios 395 a 432 del cuaderno de pruebas No. 1

³ Folio 376 del cuaderno de pruebas No. 1

Para ese efecto, la referida Unión Temporal suscribió en esa misma fecha el pagaré No. 6744 por la suma de \$3.314.729.866,00, con obligaciones de pago trimestrales.

e.- El 5 de julio y el 5 de octubre de 2009 se realizaron oportunamente los primeros dos abonos a la obligación por parte de la Unión Temporal, por las sumas de \$283.225.479,00 cada uno.

f.- El día 5 de enero de 2010, la deudora entró en mora al no pagar los dineros correspondientes a la cuota prevista para esa fecha. De esa circunstancia dan cuenta tanto la copia de la demanda ejecutiva aportada al proceso⁴, como la certificación del revisor fiscal de la sociedad acreedora⁵ y el correo electrónico de fecha 25 de enero de 2010 dirigido por Diana Granados a Fernando Hernández⁶.

g.- El 27 de enero de 2010, la sociedad Financiera Internacional, presentó demanda ejecutiva en contra la UT Transvial conforme se evidencia en el acta individual de reparto aportada como prueba con la demanda⁷.

h.- Para el día 31 de enero de 2010, el revisor fiscal de la mencionada Financiera, certificó que el crédito de la UT Transvial se encontraba calificado en categoría "A - Riesgo Normal"⁸.

i.- El 1 de febrero de 2010, el Presidente de Financiera Internacional solicitó a la Presidente de Fiduciaria de Occidente "*adelantar todas las acciones legales pertinentes en defensa de nuestros intereses como acreedores beneficiarios y por consiguiente no permitir que se efectúe ninguna cesión del contrato de obra No. IDU-137, sin haber obtenido la autorización previa y expresa de los acreedores beneficiarios de los certificados expedidos...*"⁹.

⁴ Folios 449 a 454 del cuaderno de pruebas No. 1

⁵ Folio 30 del cuaderno de pruebas No. 2

⁶ Folios 36 del cuaderno de pruebas No. 2

⁷ Folio 448 del cuaderno de pruebas No. 1

⁸ Folio 462 del cuaderno de pruebas No. 1

⁹ Folios 464 a 465 del cuaderno de pruebas No. 1

j.- El 17 de febrero de 2010, la UT Transvial firmó con la promesa de sociedad futura Grupo Empresarial Vías de Bogotá, el contrato de cesión del contrato de obra No. IDU-137 de 2007¹⁰.

k.- El día 21 de mayo de 2010 se reunió la Junta Directiva de Financiera Internacional, según da cuenta el acta 372 de la fecha señalada¹¹. Anexo al acta obra en el expediente un cuadro titulado "20 principales clientes vencidos", en donde figura el préstamo 6744 de UT Transvial, con una altura de mora de 118 días y un capital adeudado de \$3.028.219.362,00 y sin garantías, con lo cual queda en evidencia un demérito del crédito Transvial por dicho valor.

l.- El 2 de noviembre de 2010 AFC Investment Solutions pagó por el crédito UT Transvial la suma de \$3.223.686.400,00¹².

2.1.2.- El crédito Shatex.

En lo que se refiere al crédito Shatex, el Tribunal encuentra probado lo siguiente:

a.- El 31 de marzo de 2.009, la Junta Directiva de Financiera Internacional aprobó a favor de la sociedad Shatex S.A un cupo de crédito, por 12 meses, para descuento de facturas, hasta por \$1.000.000.000,00, con un plazo de pago hasta de 120 días, con amortización al vencimiento de las facturas¹³.

b.- El cupo de crédito fue aprobado con el aval de Jacadi de Colombia y Alex Naim Saab Moran; las garantías con las cuales se aprobó el cupo fueron la firma institucional del representante legal, facturas y póliza de cumplimiento sobre las facturas de los almacenes de cadena¹⁴.

c.- El crédito fue desembolsado el 31 de agosto de 2.009¹⁵.

¹⁰ Folios 472 a 481 del cuaderno de pruebas No. 1

¹¹ Folios 511 a 513 del cuaderno de pruebas No. 1

¹² Folio 518 cuaderno de pruebas No. 1

¹³ Acta de Junta Directiva 356, folios 519 a 523 del cuaderno de pruebas No.1

¹⁴ Ibídem.

¹⁵ Hecho 4.70 de la demanda, aceptado por la convocada como cierto.

d.- El cupo de crédito fue empleado sin que Financiera Internacional hubiera recibido las facturas respectivas endosadas¹⁶.

e.- En septiembre de 2009 se cedieron los derechos económicos derivados de facturas por valor de \$1.016.000.000¹⁷.

f.- En noviembre de 2009, las facturas vencieron y el deudor no pagó los créditos en tiempo¹⁸.

g.- La deuda de la sociedad Shatex S.A. ascendía por lo menos a la suma de \$1.106.000.000,00, en septiembre de 2009¹⁹.

h.- El crédito fue prorrogado en los vencimientos de diciembre de 2009 y enero de 2010²⁰.

i.- Con fundamento en las prórrogas del crédito por Financiera Internacional, al 31 de enero de 2009 los créditos de Shatex presentaban vencimientos entre 53 y 38 días; sin embargo no fueron objeto de provisión ni de reclasificación de riesgo²¹.

j.- Las deudas de Shatex S.A., con corte al 31 de enero de 2010 ascendían a \$1.106.902.409,00, representaban el 3.5% del patrimonio neto, y a 21 de julio de 2010 sumaban en capital e intereses \$1.105.613.890,00²².

k.- No hay evidencia de que la póliza de garantía se hubiera hecho efectiva; la compañía de seguros argumentó que no hubo incumplimiento porque las facturas fueron pagadas a Shatex S.A. por el obligado²³.

¹⁶ Correo electrónico del 8 de junio de 2010 remitido por Claudia Rodríguez, Gerente Nacional de Cobranzas de Internacional Compañía de Financiamiento S.A. dirigido a Felipe Herrera, folio 39 del cuaderno de pruebas No.2

¹⁷ *Ibídem.*

¹⁸ *Ibídem.*

¹⁹ *Ibídem.*

²⁰ *Ibídem.*

²¹ Comunicación del 25 de enero de 2019 dirigido por Diana Granados al Dr. Hernández y a Angela María Penagos, folios 36 y 37 del cuaderno de pruebas No.2.

²² Certificaciones del Revisor Fiscal del 22 de noviembre de 2011 a folio 686 del cuaderno de pruebas No.1 y del 25 de abril de 2012, a folio 34 del cuaderno de pruebas No. 2.

²³ Comunicación del 16 de diciembre de 2009 dirigida a Financiera Internacional por el gerente técnico de Mapfre Crediseguro. Folio 685 del cuaderno de pruebas No. 1.

l.- El día 21 de mayo de 2010 se reunió la Junta Directiva de Financiera Internacional, según da cuenta el acta 372 de la fecha señalada²⁴. Anexo al acta obra en el expediente un cuadro titulado "20 principales clientes vencidos", en donde figura el crédito 401256 de Shatex con una altura de mora de 84 días, con un capital adeudado de \$1.066.958.340,00, e intereses de \$20.773.679,00, sin que figure ningún valor en las garantías del crédito²⁵, con lo cual queda evidenciado un demérito en el crédito Shatex por dicho valor.

m.- El 15 de diciembre de 2010 AFC Investment Solutions S. pagó a Financiera Internacional la suma de \$1.105.613.890 por los créditos comerciales de la sociedad Shatex S.A.²⁶.

2.1.3.- Los costos y gastos generados para el contrato.

En relación con los costos y gastos generados por y con ocasión de la venta, el Tribunal encuentra probado lo siguiente:

a.- Acta 354 del 29 de febrero de 2009 de la Junta Directiva de Financiera Internacional.

El acta 354 de la Junta Directiva²⁷ da cuenta que la Junta Directiva de la Financiera Internacional estaba integrada en ese entonces por cuatro funcionarios de Fogade y contó con presencia del Presidente de dicha entidad.

En el punto "6.11 PROCESO DE VENTA DE ACCIONES DE FINANCIERA INTERNACIONAL S.A." se trató el tema de la venta de las acciones de Fogade en la Financiera Internacional, donde se leen los siguientes aspectos relevantes:

"Inicialmente y con la asistencia del Presidente de FOGADE, se concluyó que el proceso de venta de las acciones de la Financiera, el cual ha sido aprobado por el ministerio del Poder Popular para Economía y Finanzas, y una vez auditados los estados financieros a diciembre de 2008(...)

Debido a lo anterior se decidió que el proceso de valoración y venta de la Financiera debería realizarse con la misma empresa de Banca de Inversión

²⁴ Folios 511 a 513 del cuaderno de pruebas No. 1

²⁵ Folio 513 del cuaderno de pruebas No. 1

²⁶ Certificación del Revisor Fiscal de Internacional Compañía de Financiamiento S.A. del 24 de noviembre de 2011, folio 689 del cuaderno de pruebas No.1.

²⁷ Folios 49 a 54 del cuaderno de pruebas No. 2

que ha realizado las anteriores Valoraciones de la Financiera (VERTEX RESOURCES), puesto que por su conocimiento de la –financiera puede cumplir con el encargo de valoración y venta de 60 días, además de ser la propuesta económica más favorable ya que su conocimiento histórico de la Financiera le hace más sencillo el trabajo a realizar; esta empresa conoce muy bien el desarrollo de la Financiera, sus cifras, planes estratégicos, en los últimos 3 años, así como el sector financiero en Colombia, el subsector de Compañías de financiamiento comercial, el estado actual de la economía de Colombia, etc.

A continuación y teniendo en cuenta las sugerencias del Presidente de Fogade, quien debía ausentarse, La Junta Directiva se concentró en establecer un cronograma de trabajo para realizar la venta de las acciones en el menor tiempo posible, observando la legislación Colombiana aplicable a estos procesos, legislación acorde a concepto del área jurídica de Fogade resulta aplicable en este caso.

II. Proceso de venta acordado

(...)

2. Valoración Financiera Internacional (Marzo 18 a Abril 14)

2.1. Contratación Valoración.”

(...)“Teniendo en cuenta la conveniencia de realizar el proceso con la firma Vertex Resources, comparamos su oferta económica con la cotización de la firma COIFIN para conocer su razonabilidad (...)”

b.- En reunión del 18 de marzo de 2009, la Junta Directiva de Fogade, como consta en acta 1269²⁸ conoció sobre la contratación de Vertex Resources y conformó el Comité Ejecutivo para la Venta de Financiera Internacional con miembros designados por el Presidente de Fogade.

El mencionado comité creado en Fogade autorizó contratar el servicio de la banca de inversión Vertex Resources, así como otros servicios de asesoría jurídica, entre otros, a cargo de Fogade.

c.- En el capítulo de antecedentes del contrato se lee:

*"4. Para ello, se contrató por parte de **EL VENDEDOR**, una Banca de Inversión a efectos que ésta desarrollara los procesos y procedimientos para determinar el valor de la compañía emisora de las acciones y por tanto, **EL VENDEDOR** pudiera determinar el valor de su participación dentro del capital social de **Financiera Internacional S.A.**" (...) " 9. Así mismo, la **Banca de Inversión, Vertex Resources Ltda.**, en el marco del contrato suscrito y las tareas asignadas, remitió a los Posibles*

²⁸ A esta acta se refieren Luz Marina Medina Leal, José Luis Colmenares y Jaime Rafael Timaure, miembros de la Junta Directiva, en comunicación del 15 de diciembre de 2010 dirigida al consultor jurídico de Fogade, a folios 742 a 745 del cuaderno de pruebas No.1

Oferentes, la Lista de Información Básica que debían acreditar a efectos de poder participar dentro del proceso de venta. (...)”²⁹”

e.- En reunión de Junta Directiva de Financiera Internacional del 30 de junio de 2009, la cual consta en el Acta 360³⁰, se aprobó la cuenta a cargo de Fogade para el pago de los gastos y costos relativos con el contrato de compraventa:

“La Junta Directiva autoriza crear una nota crédito a nombre de FOGADE, para que al momento de venderse la Financiera, el FOGADE reintegre los valores correspondientes a los gastos incurridos con motivo de la venta.”

La mencionada decisión se tomó antes de la celebración del contrato de compraventa y cuando la administración de la Financiera la ejercía Fogade.

f.- Mediante comunicación del 28 de julio de 2009 el Presidente de Fogade le informó a la Superintendencia Financiera de Colombia que procedió a contratar a la firma Vertex Resources para la valoración de las acciones de su propiedad en Financiera Internacional³¹.

g.- El 15 del diciembre del 2010 los miembros del Comité Ejecutivo para la venta de acciones, dieron respuesta a comunicaciones enviadas por Fogade relativas a *“la solicitud de información o copia simple de cualquier documento en el cual se evidencie, la existencia de cualquier autorización por parte del extinto Comité Ejecutivo para el Proceso de Venta de Financiera Internacional S.A. o de la extinta Junta Directiva de FOGADE, a los fines que ese Organismo pague los gastos en que pudiera incurrir la Financiera con ocasión al proceso de venta de dicha compañía.”*³².

En los puntos más relevantes de la misiva en mención se encuentra lo siguiente:

“(…) es de destacar, que siendo el Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria (FOGADE) el interesado en enajenar el paquete accionario que poseía en la Financiera Internacional S.A., procedió a solicitarle a ésta por cuenta de FOGADE, la valor (sic) de las acciones a enajenar y el acompañamiento para la venta del paquete accionario hasta la etapa final. En este sentido siendo el Instituto el único beneficiario de esa enajenación, no puede pretender que los costos

²⁹ Folio 324 cuaderno de pruebas No.1

³⁰ Folios 694 a 695 del cuaderno de pruebas No.1

³¹ Folio 696 del cuaderno de pruebas No.1.

³² Comunicación del 15 de diciembre de 2010 dirigida al consultor jurídico de Fogade, a folios 742 a 745 del cuaderno de pruebas No.1

asociados a dicho proceso se trasladen a terceros, incluidos los accionistas minoritarios a los nuevos accionistas, traspasadas como fueron las acciones (...)

Sobre la base de las consideraciones precedentemente expuestas, resulta pertinente reiterar lo siguiente:

1. El Proceso de Enajenación del Paquete Accionario de FOGADE en FISA, se efectuó en estricto cumplimiento de las Instrucciones de la Junta Directiva de FOGADE, en su carácter de máximo órgano de administración y dirección de ese Instituto, para el momento de ejecución del Proceso en mención y de la Instrucción del ciudadano Ministro de adscripción.

2. La Contratación de la empresa Vertex Resources y de la Firma Rueda Mantilla Abogados Asociados, se realizó sobre la base del criterio de "Mejor Oferta" y por los montos indicados en sus ofertas o derivadas de los parámetros económicos indicados, los cuales correspondían sólo a Honorarios, esto es, no incluía ningún tipo de impuesto o tasas.

3. El Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria debe asumir los costos generados con ocasión al proceso de enajenación de las acciones que poseía en la Financiera Internacional S.A., pues todos ellos resultan intrínsecos al proceso de venta y único beneficiario."

h.- Adicionalmente existen declaraciones en el proceso que dan cuenta que Financiera Internacional asumió los gastos que le correspondía asumir al vendedor (Fogade), para una posterior devolución.

Es así como el señor Fernando Hernández, Presidente de la Financiera Internacional para la época de los hechos, en su testimonio, ante la pregunta de si Financiera Internacional fondeó los gastos mencionados, afirmó:

"(...) por un manejo práctico para que Fogade no tuviera que estar girando unas divisas porque los procesos en Fogade eran bastante complicados de poder hacer ese tipo de erogaciones, entonces lo que se hizo fue que la financiera asumiera esos gastos y posteriormente de que los asumía, Fogade los redimía.

Al ser interrogado sobre "¿Cuando ustedes asumieron esos gastos lo hicieron en el entendido de que Fogade iba a reembolsar esos dineros a la Financiera?", El Señor Hernández respondió:

"Si, así fue como se planteó en Fogade, inclusive esto fue en Caracas que se habló en las oficinas de Fogade que nosotros la Financiera Internacional asumía los gastos y que posteriormente el Fogade reembolsaba los gastos del proceso de venta."

Ante la pregunta de la parte convocante "¿En alguna oportunidad los señores de Fogade le manifestaron que tenían que hacer unas apropiaciones presupuestales para poder hacer esos pagos o nunca le manifestación (sic) eso? El Señor Hernández contestó:

"Personalmente nunca me dijeron que ese problema de pagar esa cuenta, si tenían que incluirla dentro de su propuesta y todo supongo que es lo normal que hace cualquier entidad estatal en nuestros países, pero que hubiera problema de giro o algo no, nunca, por lo menos no soy consciente de que esto se haya tratado."

Y finalmente se pregunta: "Tratándose de una cuenta por cobrar a un accionista del Fogade, recuerda usted si tuvo la precaución la administración de valorar si se cumplían los cupos individuales de crédito con accionistas?". Ante ello el el Señor Hernández contestó:

*"Realmente ese tema lo miramos en su momento pero la cifra era muy pequeña para que se pasara de esos topes."*³³

i.- Una vez realizados los pagos Financiera Internacional procedió a generar la cuenta por cobrar a cargo de Fogade; al no ser pagada, la Superintendencia Financiera ordenó provisionar la deuda, según se observa, en la comunicación del 1 de diciembre de 2010³⁴ de la siguiente manera:

"2. CUENTAS POR COBRAR – FOGADE

Se evidenció registro contable de agosto 5 de 2009 por valor de \$ 589 millones, a nombre del Fondo de Garantía de Depósito y Protección Bancaria- FOGADE originados en los gastos del proceso de venta de la Financiera a AFC Investment Solutions.

A este respecto, dado que transcurridos más de 365 días, no se ha recibido efectivamente el pago de los \$589 millones por parte de FOGADE, los mismos deben ser provisionados al 100%, adjuntando los soportes contables que así lo evidencian, una vez se transmitan los estados financieros a noviembre 30 de 2010, de conformidad con lo establecido en la dinámica de la cuenta 1698."

j.- AFC investment Solutions, procedió a hacer el pago del total de la deuda el 22 de febrero de 2011.

k.- De conformidad con los comprobantes y pruebas de los valores que obran en el proceso, están demostrados como pagados por Financiera Internacional los siguientes gastos y costos:

³³ Folio 55 cuaderno de pruebas No. 3

³⁴ Folio 791 cuaderno de pruebas No. 1

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE AFC INVESTMENT SOLUTIONS S.L., ARMANDO DELGADO
RODRÍGUEZ y CÁNDIDO RODRÍGUEZ LOSADA Vs EL FONDO DE GARANTÍA DE
DEPÓSITOS Y PROTECCIÓN BANCARIA -FOGADE**

Rubro	Valor
Honorarios Vertex Resources Ltda.	\$ 274.479.501.
Honorarios Torres Fernández Abogados	\$ 8.584.000
Honorarios Rueda Mantilla Abogados	\$ 52.200.000
Honorarios a Margarita del Rio	\$ 40.000.000
Honorarios de éxito de Vertex Resources Ltda.	\$ 132.673.428
Costos no incluidos en el contrato de Vertex Resources Ltda.	\$ 78.546.883
Honorarios Hernán Becerra.	\$ 390.000
Impuesto de timbre contrato Vertex Resources Ltda.	\$ 2.096.368
Total	\$ 588.970.180

2.1.4.- Las certificaciones del revisor fiscal de Financiera Internacional.

En el alegato de conclusión la apoderada de la convocada solicita que no se consideren las certificaciones del Revisor Financiera Internacional, porque a su juicio no cumplen con los requisitos jurisprudenciales para que sean tenidos como prueba en el proceso y cita como sustentación las sentencias del H. Consejo de Estado de junio 14 de 2002, Expediente 12480 y del 11 de septiembre de 2006, Expediente 14754.

Como quiera que varios de los hechos anteriormente reseñados, se tienen por demostrados con base en las certificaciones expedidas por el Revisor Fiscal de Financiera Internacional, el Tribunal expone a continuación las razones por las cuales le ha otorgado mérito demostrativo a dichas certificaciones:

Al respecto, la jurisprudencia no ha señalado unos requisitos formales para que las certificaciones de los revisores fiscales sean tenidas como prueba en los procesos, como lo entiende la apoderada de la Convocada; al respecto el H. Consejo de Estado ha señalado:

"Ha sido criterio de la Sala que para que estos certificados sean válidos como prueba contable deben llevar al convencimiento del hecho que se pretende probar, sujetándose a las normas que regulan el valor probatorio de la contabilidad. Además, de expresar que la contabilidad se lleva de acuerdo con las prescripciones legales o que los libros se encuentran registrados en la Cámara de Comercio; deben informar si las operaciones están respaldadas por comprobantes internos y externos y si reflejan la situación financiera del ente económico[1].

[1] Sentencias de 25 de noviembre de 2004 Exp.14155 C. P. María Inés

Ortiz Barbosa y de 30 de noviembre de 2006, Exp. 14846, C.P. Héctor Romero Díaz.

Se ha precisado que tales certificados deben contener algún grado de detalle en cuanto a los libros, cuentas o asientos correspondientes a los hechos que pretenden demostrarse; no pueden versar sobre las simples afirmaciones acerca de las operaciones contables de que dichos funcionarios dan cuenta, pues "en su calidad de profesional de las ciencias contables y responsable de la contabilidad o de la revisión y análisis de las operaciones de un ente social, está en capacidad de indicar los soportes, asientos y libros contables donde aparecen registrados las afirmaciones vertidas en sus certificaciones"[1].

[1] Sentencias de 14 de junio de 2002, Exp. 12840. C.P. Ligia López Díaz y de 11 de septiembre de 2006, Exp. 14754, C.P. Juan Ángel Palacio Hincapié.

Lo anterior no significa que la Sala exija una fórmula sacramental en cuanto a la redacción del certificado del contador o del revisor fiscal, lo que se exige es que sea completo, detallado y coherente, del cual se pueda establecer que la contabilidad del comerciante evidencia la historia clara, completa y fidedigna de los asientos individuales y el estado general de los negocios (artículo 48 Código de Comercio).

Por la misma razón, la valoración del certificado del revisor fiscal o del contador se hace de acuerdo con la sana crítica. En virtud de este principio, el juez tiene la facultad de analizar el certificado y los elementos que se tuvieron en cuenta para expedirlo, de manera que si el juez no encuentra que esté bien fundamentado, tiene la facultad de separarse de él. Es decir, depende de la eficacia e idoneidad del certificado que el juez lo acepte como prueba contable."³⁵ (subrayas y negrillas no pertenecen al texto)

Se tiene entonces, que los certificados han de estar fundamentados y no pueden versar sobre simples afirmaciones del revisor fiscal. Las certificaciones del Revisor Fiscal de Financiera Internacional en todos los casos citan la fuente con base en la cual se expidieron, bien sea con base en los registros del aplicativo de cartera AS400 CORE, aplicativo de uso corriente en los establecimientos de crédito en Colombia, o con base en los auxiliares de contabilidad, o con base en una combinación de estas dos fuentes.

No se cuestionó en el debate probatorio la exactitud de la contabilidad de la Financiera Internacional; así mismo tiene en consideración el Tribunal que Financiera Internacional es una entidad vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia, cuya contabilidad está sujeta a normas y controles estrictos que

³⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 4, Sentencia del 27 de enero de 2011, MP Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, radicación 41001-23-31-000-2003-00788-01-17222.

hacen parte de la regulación prudencial del sistema financiero, por lo cual, en ausencia de tachas a la contabilidad de la entidad, resultan aceptables los fundamentos que tuvo el revisor fiscal para expedir las certificaciones con base en los registros contables y sistemas contables de la Financiera Internacional y aquellos que obran a los folios 686, 688 y 689 del cuaderno de pruebas No. 1 proporcionan un razonable grado de certeza para ser tenidos como prueba en el proceso.

Las certificaciones del revisor fiscal de Financiera Internacional no pueden ser consideradas como pruebas creadas por la Convocante, porque el revisor fiscal es independiente de los dueños y administradores, y no los representa. Así lo ha señalado la jurisprudencia constitucional en los siguientes términos:

"La revisoría fiscal es uno de los ámbitos donde se proyecta con mayor relevancia la actividad contable, considerada como una institución de orden público cuyo propósito es controlar la administración de una empresa y proteger tanto a los accionistas como a sus acreedores, al Estado y a la sociedad en general. Su actividad se enmarca dentro de los procesos de control y supervisión interna de las empresas, de manera que quien la ejerce no representa ni a los socios ni a la sociedad como tal, sino que sus funciones se proyectan en una dimensión mucho más amplia que constituye un medio para el ejercicio de la función pública de inspección y vigilancia de la actividad económica por parte del Estado, al punto que se le han atribuido al revisor fiscal responsabilidades en los ámbitos civil, disciplinario y penal, en éste último, cuando otorgan fe pública en materia contable, caso en que se asimilan a funcionarios públicos. El cargo de revisor fiscal sólo puede ser desempeñado por contadores públicos³⁶." (subrayas por fuera del texto)

Es cierto que los certificados del revisor fiscal tienen una discrepancia en las cifras de la deuda entre los días 31 de enero de 2010 y el día 21 de julio de 2010, y que la certificación del 11 de noviembre de 2010 fue reemplazada por la certificación del día 25 de abril de 2012, hechos que no fueron reprochados por la parte Convocada en el debate probatorio y aunque no hay una explicación contable en el expediente para esa situación, tampoco resulta razonable para el Tribunal poner en duda de una a otra fecha el valor de la deuda de Shatex S.A. en la contabilidad de Financiera Internacional, ni se conocen las razones por las cuales se corrigió el certificado del día 11 de noviembre de 2011, lo cual no le resta credibilidad a las certificaciones señaladas.

³⁶ Corte Constitucional, Sentencia C -788 del 3 de noviembre de 2009, MP Dr. Jorge Iván Palacio Palacio, Referencia: expediente D-7731

Finalmente, el cuestionamiento sobre la credibilidad y certeza de los certificados porque a juicio de la Convocada, "*la parte que se beneficia de los mismos los puede reemplazar a su conveniencia*", constituye una afirmación que no resultó probada en el proceso; tan sólo está demostrado que el revisor fiscal reemplazó una certificación suprimiendo parte de su contenido en relación con el estado de la calificación de la deuda en enero de 2010.

2.2.- Consideraciones jurídicas en relación con las reclamaciones.

Las pretensiones de la demanda se enmarcan pues, de modo inequívoco, en la ejecución del contrato de compraventa de 16.996.689 acciones de la Financiera Internacional, por un precio de USD \$23.333.333,33, suscrito el 15 de febrero de 2.010 entre Fogade como vendedor y AFC Investments Solutions, Armando Delgado y Cándido Rodríguez, como parte compradora.

Si bien las partes de este contrato, son todos sujetos extranjeros, lo cierto es que estipularon con apoyo en la ley venezolana de derecho internacional, la sujeción del contrato integralmente a la ley colombiana.

En ese contexto, a voces del artículo 20, numeral 5 del Código de Comercio, en la medida en que la enajenación de acciones de sociedades, a título oneroso, se reputa mercantil para todos los efectos, el contrato referido se rige, en principio, por las normas sobre la compraventa contenidos en el Código de Comercio, pero obviamente le resultan aplicables los principios referentes a la formación, de los contratos y obligaciones del derecho civil, sus efectos e interpretación, de conformidad con lo previsto en el artículo 822 *ibídem*.

Las consideraciones jurídicas que se han de formular en el presente laudo y la decisión que ha de proferir el Tribunal se harán con aplicación del régimen legal indicado, previas unas necesarias invocaciones a la teoría general de los contratos, dada la clara raigambre contractual de la controversia.

Así suene a lugar común, por razones estrictamente metodológicas, ha de destacarse, como punto de partida, que el contrato configura la máxima expresión

del principio de la autonomía de la voluntad, esto es, la potestad reconocida a ésta por el ordenamiento jurídico para la autorregulación de los intereses de las personas.

Por una reducción - que no por genérica resulta extrema -, podría decirse que el contrato, en últimas, no es nada diferente a una composición económica de relaciones de la misma índole entre dos partes y, en esa medida, su eficacia práctica y económica deriva de la circunstancia de que sus estipulaciones, en efecto, reflejen exactamente la regulación de intereses acordada por las partes.

A una prudente distancia de discusiones filosófico jurídicas que, en este escenario, no vienen al caso, vinculadas al racionalismo, al determinismo económico o al análisis económico del derecho, no cabe la menor duda de que el alcance y extensión de la específica regulación de las relaciones económicas que realicen las partes ha de ajustarse al marco que sobre el particular prevea la ley, lo cual al decir de STIGLITZ se hace por medio de disposiciones imperativas y dispositivas.

Las normas imperativas participan de la naturaleza de una restricción inmanente a la autonomía de la voluntad y como expresión de valores y principios superiores, asumen una condición preferente: *"...ese rango superior que le atribuye el ordenamiento legal, se traduce en su carácter coactivo, el cual se manifiesta a través de una prescripción dirigida al sujeto y consistente en un deber – hacer o en no poder – hacer incondicional, de suerte tal que el efecto que aparejan estas normas consiste en que el orden jurídico no tolera que el sujeto no haga lo que manda hacer o haga lo que prohíbe hacer"*³⁷

A estas normas imperativas, desde luego, se oponen las normas dispositivas, en cuanto es la misma ley la que presume que su contenido, *"es el que disciplina con mayor dosis de equidad, el principio de la máxima reciprocidad de intereses y el que mejor preserva el postulado de equivalencia de las prestaciones. Y si bien es cierto que no lo hace a través de criterios paradigmáticos, desde el momento en que es factible anteponerle un precepto privado que lo contradiga, lo cierto es que la regla de voluntad (condiciones generales) se halla sometida a su vez a*

³⁷ STIGLITZ Rubén, Derecho de Seguros, Tomo I, Editorial Abeledo Perrot, página 353.

limitaciones en punto a la observancia de la equidad, la buena fe, la funcionalidad, y la economía misma del negocio y a esa relación de equivalencia, cuya desnaturalización no habrá de tolerarse.²⁸

Esta distinción, entre normas imperativas y supletivas, como fácil es colegir, solo adquiere importancia o valor conceptual cuando se relaciona con la autonomía de la voluntad, a fin de establecer la jerarquía de las normas del contrato, de modo entonces que primero han de prevalecer las normas imperativas, luego las estipulaciones de las partes y, en silencio de estas, las normas dispositivas.

En una primera instancia, la controversia puesta en conocimiento de este Tribunal convoca al análisis de sí las partes, al decir de STIGLITZ, proveyeron o no en el contrato celebrado el 15 de febrero, la máxima reciprocidad de sus intereses, en procura de preservar el postulado de la equivalencia de las condiciones, cuya desnaturalización, ha de señalarse, como dice dicho autor, no tolera el ordenamiento.

Y, desde luego, el entendimiento de cómo las partes estructuraron en el contrato la equivalencia de sus prestaciones ha de pasar por la cabal comprensión de cuál fue la "*economía del contrato*" que, en la teoría general, es un concepto que tiene como puntos de referencia (i) la relación de equilibrio planteada por las partes entre los derechos y las obligaciones que surgen del contrato en su gestación y en su ejecución que, naturalmente, se aprecia frente al objeto y los efectos del contrato; y, (ii) la finalidad o propósito perseguido por las partes con la celebración del contrato, que alude a los móviles o causa del mismo entendidos, en esta faceta económica, como la realización o composición de intereses de ese carácter³⁹.

En el acercamiento a la "*economía del contrato*" ha de tenerse siempre presente que es inherente al contrato bilateral, que cada parte obtenga por su prestación un equivalente considerado así por quien realiza la prestación.

La onerosidad se expresa en términos de provecho, beneficio o sacrificio. Los beneficios que obtienen las partes se hallan en relación de causalidad o

³⁸ STIGLITZ Rubén, op cit, página 355

³⁹ STIGLITZ, Rubén, Contratos Civiles y Comerciales, Tomo I, Editorial Abeledo Perrot, Página 62.

equivalencia con los sacrificios que realizan y esa equivalencia es subjetiva, en razón de que la noción excluye toda referencia a igualdad objetiva

Como lo ha dicho ALESSANDRI:

*"Lo que caracteriza al contrato conmutativo es que las prestaciones de las partes se miran como equivalentes: lo que cada una da se considera, en concepto de ella, como que corresponde en valor a lo que de la otra recibe. Y, por lo mismo, los contratantes pueden apreciar, desde la celebración del contrato, el beneficio o pérdida que éste les significa."*⁴⁰

En idéntico sentido, lo ha reiterado la Corte, entre otras, en Sentencia de Casación Civil de 1 de junio de 1.952. LXXII, 503.

En suma, de modo inicial el Tribunal procederá a revisar cómo en el contrato de compraventa suscrito el 15 de febrero de 2.010, las partes dispusieron la máxima reciprocidad de sus intereses, en procura de preservar el postulado de la equivalencia de las condiciones, para lo cual habrá de analizarse el equilibrio dinámico entre derechos y obligaciones en la gestación del consentimiento y en la ejecución del contrato, y la finalidad o intención perseguida por las partes en la composición de esos intereses. Todo lo anterior, en orden a establecer, en primer lugar, el sinalagma del contrato, esto es, cómo cada una de ellas conoció y apreció, al momento de celebrar el contrato, en palabras de la Corte, en el fallo citado *"el gravamen que se impone en beneficio de la otra y lo que recibe en cambio y de determinar, en consecuencia, la utilidad o la pérdida que el contrato le reporta."*

2.2.1.- Los antecedentes del contrato. El iter de la formación del consentimiento.

Los antecedentes mencionados en el propio texto del contrato dejan en evidencia el *iter* de su gestación, cuya determinación deviene necesaria, a fin de evidenciar no solo la intención de las partes, sino de encuadrar y valorar jurídicamente las reclamaciones que sustentan las pretensiones de la demanda.

⁴⁰ ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo, DE LOS CONTRATOS. Editorial Jurídica de Chile. Página 27.

Así, encuentra el Tribunal que los 19 Antecedentes contenidos en el contrato, para los efectos de la controversia que ocupa esta providencia, pueden resumirse en la siguiente cronología:

- El **18 de marzo de 2009**, la Junta Directiva de Fogade, como propietario de 16.996.692 acciones de Financiera Internacional ordenó la ejecución de todas las actuaciones orientadas a su venta.

Dentro de estas acciones se contrataron los servicios de la banca de inversión Vertex Resources, que realizó la valoración de la compañía y organizó el proceso de Invitación Privada No 01-2009. El mismo contrato en sus antecedentes da cuenta de que, en efecto, dicha valoración para Fogade fue realizada por su banca de inversión.

- El **30 de marzo de 2009** se cursó a los posibles interesados la invitación correspondiente para participar en el proceso y se solicitó a la Financiera Internacional que permitiese revelar su información financiera, contable, fiscal y estratégica empresarial, para lo cual esta entidad suscribió con los posibles participantes en el proceso, los convenios de confidencialidad correspondientes.

La invitación, como en la misma se expresó, tuvo por objeto seleccionar el oferente que, cumpliendo todos los demás requisitos, presentase la mejor oferta económica.

- El **30 de abril de 2009**, Fogade, por conducto de la banca de inversión, reveló quienes, de acuerdo con la información básica exigida, se consideraban como compradores preclasificados y, como tales, tendrían derecho a ingresar al cuarto de datos y conocer la información sobre Financiera Internacional allí vertida, a efectos de que previa valuación de la compañía formularen su oferta económica de compra.

- En **junio de 2009** se dio a conocer el Pliego de Condiciones del proceso para seleccionar a quien ofreciere las mejores condiciones para adquirir la participación de Fogade en la Financiera Internacional.

- El **23 de junio de 2009**, la banca de inversión abrió el cuarto de datos, por 10 días, a efectos de que los preclasificados pudieran analizar la información relevante de la Financiera Internacional y formularen sus inquietudes.

- El **8 de julio de 2009** venció el plazo para presentar ofertas económicas y, en efecto, AFC Investment Solutions, Armando Delgado y Cándido Rodríguez formularon su oferta económica.

- El **15 de julio de 2009**, se notificó a AFC Investment Solutions, Armando Delgado y Cándido Rodríguez que habían resultado ser los adjudicatarios, por cumplir su oferta todos los requisitos y resultar la más favorable económicamente.

- El **28 de julio 2009** se suscribió la carta de intención y se otorgó la garantía de seriedad de la oferta.

- El **29 de julio de 2009**, los compradores fueron “presentados” a la Superintendencia Financiera de Colombia.

- El **28 de octubre de 2009**, por Oficio 2009065316, la Superintendencia impartió a los compradores la autorización para adquirir las acciones de Financiera Internacional, necesaria para realizar la compraventa de conformidad con el artículo 88 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

- El **15 de febrero de 2010** se suscribió el contrato de Compraventa de Acciones.

Este *iter* contractual, para una mejor comprensión del tema, ha de enmarcarse en el hecho de que el mismo tuvo, como un punto significativo de referencia, los Estados Financieros definidos en las cláusulas 19.10 y 19.11 del contrato así:

"19.10. "Estados Financieros" Son los estados financieros de Financiera Internacional S.A. con corte a 31 de diciembre de 2008, debidamente auditados, y todos los balances de prueba de Financiera Internacional S.A."

19.11 "Fecha de Corte". Es el 31 de diciembre de 2008, base de los Estados Financieros".

La formulación en el contrato de los antecedentes arriba enumerados, aunado a la fijación, como punto relevante de referencia de la situación patrimonial de Financiera Internacional a 31 de diciembre de 2008, indica al Tribunal que el móvil o finalidad perseguidos por el vendedor, al abrir el proceso de venta, fue el de vender las 16.996.689 acciones de la Financiera Internacional, por un precio igual o mejor al que estimó o calculó su banca de inversión Vertex Resources Limitada, con fundamento en su situación en el primer trimestre de 2009 y con referencia a los estados financieros a diciembre 31 de 2008, últimos de corte de ejercicio disponibles.

Al cerrarse el proceso, a mediados del 2.009, el hecho de haber adjudicado a los compradores AFC Investment Solutions, Armando Delgado y Cándido Rodríguez, en razón de que su oferta económica por USD \$23.333.333,33 resultó ser la más favorable, indica que el móvil o finalidad perseguidos, en ese momento se iba cumpliendo razonablemente.

Correlativamente, los mismos antecedentes enunciados indican que el móvil o propósito perseguidos por AFC Investment Solutions, Armando Delgado y Cándido Rodríguez fue adquirir las 16.996.689 acciones de la Financiera Internacional por un precio - seguramente competitivo - que en todo caso reflejara el valor comercial de las mismas, a la luz de la propia valoración que realizaron los compradores con fundamento en su percepción de la situación de la compañía obtenida entre otras fuentes de la información suministrada en el cuarto de datos, y con referencia a los estados financieros a diciembre 31 de 2008, últimos de corte de ejercicio disponibles.

Al cerrarse el proceso, el 28 de julio de 2009, el hecho de haber formulado los compradores AFC Investment Solutions, Armando Delgado y Cándido Rodríguez una oferta económica por USD \$23.333.333,33 y haber suscrito la carta de intención y garantizado la seriedad de la oferta indican al Tribunal que el móvil o finalidad perseguidos se venían cumpliendo razonablemente.

Desde luego, en sentir del Tribunal, el punto de apreciación del sinalagma en este contrato, no puede tomarse únicamente con referencia al proceso de selección del

comprador, en tanto así, precisamente, no lo entendieron las partes, ni en efecto se formó el consentimiento de esa forma puntual.

Desde la formulación de los términos de referencia, las partes fueron conscientes de que, entre la adjudicación y la suscripción de la carta de intención, y la celebración del contrato de compraventa de las acciones y el cumplimiento de las obligaciones principales del mismo (pago del precio y tradición de las acciones) habría de transcurrir un lapso relativamente indeterminado.

En efecto, dicho lapso estaría determinado, entre otras circunstancias, por disposiciones de orden público de la legislación financiera colombiana, de modo particular, el artículo 88 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero que obliga a obtener una autorización de la Superintendencia Financiera, para la realización de toda transacción que tenga por objeto la adquisición del 10% o más de las acciones en circulación de una institución financiera, so pena de que la enajenación realizada sin dicha autorización resulte ineficaz de pleno derecho.

En ese contexto, el *iter* de la gestación del consentimiento - que sirve de base para establecer la forma en que las partes avistaron la equivalencia de las prestaciones - tiene dos hitos: de un lado, el suministro de la información por el vendedor a la parte compradora y la formulación por ésta de una propuesta con base en la misma, lo cual se surtió a mediados de 2009 y, de otro lado, la suscripción del contrato, ocho meses después, el 15 de febrero de 2010, teniendo siempre como punto relevante de referencia retrospectiva, la situación patrimonial de la Financiera Internacional a 31 de diciembre de 2008.

En el interregno, entre estos dos extremos del *iter* de gestación del contrato, de conformidad con las referencias que se han hecho atrás en relación con los activos crediticios UT Transvial y Shatex que originan las reclamaciones que sustentan las dos primeras pretensiones principales de la demanda ocurrieron dos hechos de la mayor relevancia:

a.- El 5 de enero de 2010 el crédito UT Transvial entró en mora;

b.- En noviembre de 2009 el crédito Shatex entró en mora.

Uno y otro activo, a partir de la mora, entraron en tal grado de deterioro que fue necesaria la adquisición de los mismos por parte de los demandantes, por el valor de la cartera en mora, así:

a.- El 2 de noviembre de 2010 AFC Investment Solutions pagó por el crédito UT Transvual la suma de \$3.223.686.400,00.

b.- El 15 de diciembre de 2.010 AFC Investment Solutions pagó por el crédito Shatex la suma de \$1.105.613.890,00.

Ello, desde luego, se proyectó sobre el equilibrio relativo de la equivalencia de las prestaciones inicialmente sentado a julio 28 de 2009 y deja planteado el tema de establecer cómo las partes, ya al momento de suscripción del contrato el 15 de febrero de 2010, percibieron y proyectaron la forma de preservar la equivalencia de sus prestaciones y la vertieron en estipulaciones.

2.2.2.- Las cláusulas relevantes en materia de la economía del contrato y la equivalencia de las prestaciones.

Como se ha dicho arriba, desde un comienzo hubo claridad para las partes, en el sentido de que, entre la adjudicación y la suscripción de la carta de intención, y la celebración del contrato de compraventa de las acciones y el cumplimiento de las obligaciones principales del mismo (pago del precio y tradición de las acciones) habría de transcurrir un lapso relativamente indeterminado. Así quedó meridianamente claro en los pliegos del proceso de selección del comprador.

Entiende el Tribunal que en la generalidad de los contratos relativos a compra de grandes participaciones accionarias de compañías, más que la transferencia agregada de un número individual de títulos accionarios, lo que se negocia es la empresa mercantil de una compañía, como ente económico con el potencial de generar utilidades futuras, por lo que el consentimiento sobre el precio ha de formarse sobre el recíproco entendimiento de que éste guarda una correlación con la verdadera situación económica del subyacente del negocio.

Ello, en la práctica, según los usos y costumbres, impone a las partes pactar unas estipulaciones orientadas a (i) compensar las limitaciones intrínsecas para el comprador de acceder al cabal conocimiento de la situación patrimonial de la empresa; (ii) proteger al vendedor de las expectativas del comprador; todo lo anterior con el propósito de resguardar la eficacia del negocio, bajo la premisa de que en la adquisición de grandes participaciones accionarias, como en todo negocio mercantil hay dosis de riesgos.

En otras palabras, las cláusulas de garantía y de indemnidades incorporadas usualmente en este tipo de contratos, son estipulaciones de transferencia de unos riesgos que las partes aceptan como posibles en la etapa precontractual y a los cuales le dan un efecto preciso en caso de que lleguen a concretarse.

A esta necesidad, en el contrato que convoca el proceso hay que agregar, de modo indubitable, como lo hicieron las partes en el mismo: los efectos del tiempo sobre el valor del patrimonio de la compañía, en el lapso transcurrido entre la adjudicación a los compradores y la suscripción del contrato.

Ello se hizo, a través de las recíprocas declaraciones, representaciones y garantías concedidas por las partes, como es usual en este tipo de negociaciones, a partir de la práctica internacional, especialmente anglosajona, que tiene amplia receptividad en nuestro derecho, como lo abona especialmente la jurisprudencia arbitral.

Entiende, eso sí, el Tribunal que los alcances y efectos de estas cláusulas han de establecerse a la luz del derecho nacional lo que, por demás, se torna en asunto crucial de este proceso, como que las pretensiones - por lo menos las tres primeras -, se han formulado precisamente en relación con las mismas.

Así las cosas, considera el Tribunal, como premisa en la aproximación al tema, que las declaraciones contractuales, como todo hecho jurídico voluntario, para merecer tal calificación exige su exteriorización a través de una manifestación frente a su destinatario, pues solo con dicha condición puede producir efectos jurídicos.

Por lo tanto, siguiendo de cerca a STIGLITZ, ha de llamarse la atención en que el núcleo de la declaración contiene tres características: (i) debe emitirse con el

propósito de que su contenido específico "*lo que es el negocio*" sea conocido por la contraparte; (ii) debe expresarse con claridad; y (iii) quien no hable claro sufra las consecuencias de ello.

Esta característica de la claridad, como señala la doctrina autorizada sobre la materia, se expresa como la aptitud o idoneidad de la declaración, para ser reconocida por aquellos a quienes va dirigida, lo que impone a quien la emite el deber de seleccionar adecuadamente las expresiones propias del acto cuya formación se inicia.

En fin, la claridad de la declaración implica sinceridad en su contenido, lo cual excluye la falsedad, el disimulo de lo verdadero, el artificio, la ambigüedad y la reticencia.

La falta de claridad se erige, como norma general, en principio, como un elemento que compromete la validez del acto o, en general su eficacia, a menos que las partes le hayan asignado un específico efecto en el contrato.

Bajo estas premisas, entonces, resulta pertinente destacar que, de conformidad con la cláusula novena del contrato, el vendedor declaró y garantizó, entre otras, lo siguiente:

- Que los Estados Financieros, cortados a 31 de diciembre de 2008, reflejan razonablemente la situación patrimonial de la Financiera Internacional (activo, pasivo y patrimonio) según las normas generalmente aceptadas de contabilidad y las reglas fijadas por la Superintendencia Financiera.
- Que los activos reflejados en los Estados Financieros, cortados a 31 de diciembre de 2008, existen y tienen justo título, para ejercer el dominio sobre los mismos.
- Que los créditos han sido valida y debidamente otorgados y debidamente adquiridos por los deudores, los títulos que los incorporan se encuentran en su poder y las garantías de los mismos han sido valida y debidamente otorgadas, en un todo con las políticas de crédito usuales y la normatividad vigente.

- Que la compañía no tiene pasivos o contingencias de ninguna naturaleza excepto por los pasivos o contingencias totalmente revelados o cuyas reservas y provisiones se han reflejado fielmente en los Estados Financieros, cortados a 31 de diciembre de 2008, siendo las reservas y provisiones adecuadas y razonables.
- Que el patrimonio contable es de \$29.828.730.000,00.
- Que los activos materiales no sufrirán una variación significativa a la fecha de celebración del contrato, distinta a las actividades propias del giro de los negocios, salvo pacto en contrario.
- Que las provisiones sobre la cartera de crédito y riesgos de mercado se sujetan a las disposiciones de la Superintendencia Financiera.
- Que Financiera Internacional, desde 31 de diciembre de 2008, no ha celebrado contrato o compromiso por fuera del giro ordinario de los negocios.

Correlativamente, y también para los efectos del presente proceso, el comprador, entre otras, en esta cláusula novena, declaró y garantizó, con base en la documentación por él requerida y revisada:

- Que había determinado el precio de compra de las acciones de manera libre y autónoma; y
- Que asumió y aceptó expresamente los riesgos y responsabilidades derivados de la operación.

Pero también, en la cláusula décimo sexta, el comprador formuló una declaración, que se trae a colación en la medida en que está directamente vinculada al asunto que ocupa al Tribunal, en el sentido de haber realizado un proceso de debida diligencia sobre la Financiera Internacional y haber conocido suficientemente los hechos de que tratan los eximentes de responsabilidad previstos en el contrato.

De modo concreto, en la declaración contenida en esta cláusula, el comprador manifestó que el trabajo de debida diligencia consistió en verificar el valor y la

existencia de los activos, el valor y la existencia de los pasivos, la razonabilidad de las provisiones y el cumplimiento de las normas financieras, cambiarias y fiscales.

A propósito de los hechos eximentes de responsabilidad, sobre cuyo conocimiento versó la declaración del comprador que se viene analizando, ha de destacarse que la cláusula décima tercera se ocupa de ellos, y en relación con contingencias que pudiesen implicar una disminución patrimonial de la inversión efectuada, las partes estipularon, entre otras, las siguientes:

- Las contingencias causadas con anterioridad a la suscripción del contrato que se encontraren debidamente contabilizadas en la Financiera Internacional; y

- Las contingencias causadas con posterioridad a la suscripción del contrato, así las mismas no se encontraren contabilizadas en la Financiera Internacional, siempre que hubiesen podido ser previstas por el comprador durante el proceso de verificación de información, para lo cual se tendría en cuenta el informe final presentado por la Banca de Inversión sobre la participación y verificación de información en el cuarto de datos, a efecto de determinar la previsibilidad de las contingencias no contabilizadas.

Por otro lado, definieron las partes, en la cláusula décima, una garantía por la exactitud de las declaraciones, por las contingencias y por los pasivos ocultos que se englobaron bajo la acepción de "Indemnidades", en relación con las cuales se convino en pagar, todas ellas, con los recursos de un Fondo de Garantía conformado con un décimo del precio pagado por las acciones.

Para los efectos de esta cláusula se pactó que:

- El vendedor garantizaba todo perjuicio causado por la inexactitud total o parcial de la integridad de alguna de las declaraciones teniendo en cuenta los eximentes de responsabilidad a que arriba se ha aludido;

- Las contingencias serían los actos o hechos ocurridos con anterioridad a la fecha de suscripción del contrato, que dieran lugar a la reclamación de terceros, siempre y cuando no estuvieren aprovisionadas o lo estuvieren de modo insuficiente, para

lo cual enumeraron seis eventos, el último de los cuales, sin conexidad lógica con el cuerpo de la cláusula alude a los costos y gastos del contrato, en relación con los cuales se dijo que cada una de las partes asumiría los gastos propios en que hubiese incurrido *"para la elaboración y ejecución del presente contrato."*

De todas formas, en la Cláusula Décima Primera relativa a "generalidades", en el numeral 11.1, las partes estipularon que el vendedor pagaría lo gastos que se considerare estaban a su costa *"incluidos los relacionados en el numeral 10.3.6 del contrato"*.

En fin, las partes pactaron un procedimiento para tramitar el pago de las eventuales indemnidades que, en función de la cuantía, podrían llegar a imponer la necesidad de convocar, como en efecto se ha convocado, un Tribunal de Arbitraje que decidiera en derecho la validez de la indemnidad.

2.2.3.- La intención de las partes y su cotejo con su declaración.

La primera función del juez, en la resolución de una controversia contractual ha de consistir en la averiguación de la real intención de las partes, para cotejarla con su declaración material y, de esta forma, si encuentra coincidencia aplicar las estipulaciones tal como fueron concebidas por las partes o, de lo contrario, interpretar el contrato para hacer prevalecer esa intención.

En la averiguación y establecimiento de la real voluntad de las partes el Tribunal encuentra que, en la labor de desentrañarla, el contrato y sus antecedentes documentales dan cuenta de que en la *"economía del contrato"* las mismas buscaron optimizar o maximizar la reciprocidad de sus intereses y preservar el postulado de la equivalencia, con referencia a dos momentos o hitos del patrimonio de la Financiera Internacional: (i) el uno, referente a su situación a mediados de 2009, cuando concluyó el proceso de selección, determinado por las valoraciones de dicha compañía realizadas tanto por el comprador como el vendedor, con referencia a su situación en ese entonces; (ii) el otro, referente a su situación el 15 de febrero de 2010.

En ese sentido, no podría el Tribunal privilegiar el primero de estos dos momentos de apreciación de la equivalencia realizada por las partes, en perjuicio del otro y, correlativamente la situación de las partes, en tanto estaría en contradicción, no solo con lo que las mismas hicieron, dijeron y pactaron a lo largo de casi ocho meses, sino además, desconocería que es al momento de celebrarse el contrato cuando, al decir de la Corte, debe quedar claro para las partes *"el gravamen que se impone en beneficio de la otra y lo que recibe en cambio y de determinar, en consecuencia, la utilidad o la pérdida que el contrato le reporta"*, independientemente del baremo que utilicen para ello.

Con otras palabras, los términos de referencia del proceso de selección y las estipulaciones finales que quedaron vertidas en el contrato dan cuenta de que el propósito o móvil final de las partes fue preservar el equilibrio alcanzado el 28 de julio de 2009, en relación con la situación de la compañía el 31 de diciembre de 2008, cuando se celebrase el contrato, el 15 de febrero.

De esta forma entiende el Tribunal declaraciones formuladas por el vendedor a la fecha de suscripción del contrato, tales como:

- Que los Estados Financieros a 31 de diciembre de 2008 reflejan razonablemente la situación financiera de la Financiera Internacional (activo, pasivo y patrimonio) según las normas generalmente aceptadas de contabilidad y las reglas fijadas por la Superintendencia Financiera;
- Que los activos materiales significativos no sufrirán una variación importante a la fecha del contrato, distinta a las actividades propias del giro de los negocios, salvo pacto en contrario.

Las declaraciones anteriores indican la inequívoca intención de las partes de preservar la equivalencia de las condiciones, en referencia al 31 de diciembre de 2008.

De la misma manera entiende el Tribunal declaraciones formuladas por el vendedor, tales como:

- Que los activos reflejados en los Estados Financieros existen y tienen justo título, para ejercer el dominio sobre los mismos.

- Que los créditos han sido valida y debidamente otorgados y debidamente adquiridos por los deudores, los títulos que los incorporan se encuentran en su poder y las garantías de los mismos han sido valida y debidamente otorgadas, en un todo con las políticas de crédito usuales y la normatividad vigente.

- Que el patrimonio contable es de \$29.828.730.000,00

Las cuales indican, a su turno, la inequívoca intención de las partes de preservar la equivalencia de las condiciones, en referencia al 15 de febrero de 2010.

En fin, el Tribunal entiende que, en ese propósito de preservar la situación patrimonial de la compañía a 31 de diciembre de 2008, el vendedor declaró que ésta no se había comprometido, desde entonces, en actividades distintas al giro ordinario de los negocios.

Se observa, por otro lado, que estas declaraciones se han manifestado expresamente en el contrato, en términos compatibles con el negocio celebrado y están vertidas en cláusulas claras, aunque no exentas de complejidad.

En todo caso, como es apenas obvio, lo complejo no se opone a lo claro y así las cosas dado que, *"... cuando el pensamiento y el querer de quienes concertaron un pacto jurídico quedan escritos en cláusulas claras, precisas y sin asomo de ambigüedad, tiene que presumirse que esas estipulaciones así concebidas son el fiel reflejo de la voluntad interna de aquellos, y que por lo mismo, se torna inocuo cualquier intento de interpretación. Los jueces tienen amplia facultad de interpretar los contratos oscuros, pero no pueden olvidar que dicha atribución no los autoriza, so pretexto de interpretación, a distorsionar ni desnaturalizar pactos cuyo sentido sea claro y terminante, ni muchísimo menos para quitarles o reducirles sus efectos legales."* (Corte Suprema de Justicia, Sentencia de la Sala de Casación Civil de julio 5 de 1.983).

Con otras palabras, en virtud del principio de salvación del contrato o de "*favor negotium*", el juez no puede desconocer la disposición particular, o privarla de efecto, o cercenarle alguno o algunos de los que está llamada a producir, sino por un motivo legítimo.

En concepto del Tribunal, las partes con una dosis de equidad que, sin duda, luce razonable vista desde las orillas de cada una de ellas, regularon lo que, en su entender, optimizaba la reciprocidad de sus propios intereses y protegía esa precepción de equivalencia fijada al celebrar el contrato, y el ordenamiento, por supuesto, no solo protege esa composición, sino rechaza la intromisión del juez en ello, en especial cuando al socaire de una pretendida ambigüedad de unas cláusulas, se busca una interpretación para restarles o ampliarles sus efectos.

Por ello, para el Tribunal, de lo hasta aquí expuesto resulta que, antes que interpretar, lo que corresponde es aplicar las cláusulas del contrato relativas a las declaraciones y garantías, con lo cual, de conformidad con lo probado en el proceso, se tiene:

1.- Que el denominado crédito UT Transvial, por \$3.000.000.000,00, aprobado el 26 de septiembre de 2008 y desembolsado el 29 de septiembre, a 31 de diciembre de 2008 constituía un activo de la Financiera Internacional reflejado en sus Estados Financieros cortados a esa fecha y que, por su participación relativa en la cartera de crédito, configuraba un activo material o relevante.

2.- Que el denominado crédito Shatex, aprobado el 31 de marzo de 2009, por un valor de \$1.000.000.000,00, bajo la modalidad de descuento de facturas, no era un activo de la Financiera Internacional a 31 de diciembre de 2008 y, por lo mismo, no aparecía registrado en los Estados Financieros cortados a esa fecha.

3.- Que a 31 de diciembre de 2008 no existían pasivos en la Financiera Internacional con Vertex, Torres Fernández de Castro Abogados, Rueda Mantilla Abogados, Margarita Olivera Del Rio y Hernán Becerra, vinculados a proveer los elementos que Fogade, como cualquier vendedor debe realizar, que en conjunto tienen una cuantía de \$588.970.180,00, y, por lo mismo, no aparecían registrados en los Estados Financieros cortados a esa fecha.

4.- Que Vertex Resources organizó un cuarto de datos con la información financiera, contable, fiscal y estratégica empresarial de la Financiera Internacional, que abrió por diez días, desde el 23 de junio de 2009.

Dentro de la información del cuarto de datos estaba la referente a los activos de crédito, discriminados por nivel de riesgo.

En cambio, no había información vinculada a contratos con Vertex, Torres Fernández de Castro Abogados, Rueda Mantilla Abogados, Margarita Olivera Del Rio y Hernán Becerra, vinculados a la venta de la compañía, y que en conjunto tienen una cuantía de \$588.970.180,00, dado que la primera factura de estos deudores se presentó el 30 de julio de 2009.

5.- Que el vendedor, al suscribir el contrato, el 15 de febrero, declaró en relación con el crédito UT Transvial, que el mismo existía y se encontraba reflejado en los estados financieros cortados a 31 de diciembre de 2008, de conformidad con las normas de contabilidad y las reglas de la Superintendencia Financiera.

6.- Que el comprador pudo haber verificado en el cuarto de datos, si el denominado crédito UT Transvial existía y tenía un valor correcto, dado que el mismo estaba revelado en los estados financieros cortados a 31 de diciembre de 2008 y en la cláusula 13 del contrato declaró que había revisado el valor de los activos. Esta manifestación de la cláusula resulta correcta, en la medida en que dicho crédito a junio de 2009 se encontraba adecuadamente atendido.

7.- Que el comprador al suscribir el contrato, el 15 de febrero, declaró en relación con el crédito UT Transvial, que no tendría, en relación con el valor a esa fecha, 2008, variaciones significativas distintas a las actividades propias del giro ordinario de los negocios de la Financiera Internacional, en la medida en que era un crédito existente en los estados financieros cortados a 31 de diciembre de 2008, y tenía un carácter material.

Con otras palabras, el vendedor, con plena conciencia y conocimiento de la situación del crédito UT Transvial, declaró que el mismo, a febrero 15, no tenía

variaciones significativas en relación con su valor a diciembre 31 de 2008, y le garantizó al vendedor dicho valor. Las pruebas del proceso evidencian que el vendedor sabía plenamente esto, en tanto la Financiera Internacional había iniciado el proceso ejecutivo y del tema se había informado a la Junta Directiva⁴¹.

8.- Que el vendedor, en todo caso, al suscribir el contrato, el 15 de febrero, por lo mismo que a esa fecha el crédito Shatex tenía existencia, quedó comprendido en la declaración relativa a haber sido válida y debidamente otorgado y debidamente adquirido por los deudores, y tener los títulos que lo incorporan en su poder y que las garantías de los mismos habían sido válida y debidamente otorgadas, en un todo con las políticas de crédito usuales y la normatividad vigente.

Las pruebas obrantes en el expediente evidencian que las garantías con las cuales la Junta Directiva de Financiera Internacional aprobó el crédito, no fueron constituidas en su integridad.

La práctica de recibir la cesión de los derechos crediticios cuando se descuentan facturas, aparte del debate jurídico sobre su procedencia, conlleva una debilidad para el cobro de las obligaciones, pues el legitimado para recibir el valor de la factura continúa siendo el deudor de quien la descontó, con lo cual queda a su alcance recibir el pago y no entregar su valor a quien ha descontado previamente la factura, como sucedió en este caso.

El desconocimiento por parte de la administración de las condiciones en las cuales se aprobó el crédito Shatex por su Junta Directiva, en particular al haber sustituido la garantía de las facturas por una cesión de los derechos económicos derivados de ellas, constituye una inexactitud de la declaración 9.1.4 del contrato de compraventa de acciones, en tanto que la cesión de los derechos económicos sobre las facturas no correspondió a la garantía aprobada por la Junta Directiva al otorgar el crédito, con lo cual las disquisiciones sobre otras posibles causales de responsabilidad para el ajuste del precio de compra resultan innecesarias.

⁴¹ Acta de Junta Directiva No. 362, folios 343 a 349 cuaderno de pruebas No. 1

9.- Que el vendedor, al suscribir el contrato, el 15 de febrero, declaró que Financiera Internacional, desde 31 de diciembre de 2008, no había celebrado contrato o compromiso por fuera del giro ordinario de los negocios.

En virtud del principio de los estatutos especiales, en la determinación del giro ordinario de los negocios, según la doctrina de la Superintendencia Financiera y la jurisprudencia, hay lugar a distinguir entre el objeto principal que se conforma por las actividades definidas expresamente en los estatutos legales que definen el objeto de las compañías de financiamiento comercial, y el objeto complementario integrado por los actos, negocios y operaciones accesorios que, prevéanse o no en los estatutos, tienen relación directa con las actividades principales o que consisten en el ejercicio de los derechos o el cumplimiento de las obligaciones de la sociedad y que se derivan de la existencia de ésta.

10.- Que los contratos celebrados en el año 2009, con Vertex, Torres Fernández de Castro Abogados, Rueda Mantilla Abogados, Margarita Olivera Del Rio y Hernán Becerra, vinculados a proveer los elementos que Fogade requería para la venta, no están previstos en el objeto social de Financiera Internacional, ni tienen relación directa con sus actividades principales.

11.- Que en la cláusula 11.1. dejaron establecido que el vendedor pagaría, con cargo al Fondo de Garantía, no solo los gastos mencionados en el numeral 10.3.6, sino cualquier otro gasto que se considerare estaba a su costa.

12.- Que el comprador fijó el precio de las acciones adquiridas teniendo en consideración el valor y la existencia de los activos y así lo declaró el vendedor en el contrato.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, el Tribunal encuentra que las reclamaciones de que tratan las pretensiones primera, segunda y tercera de la demanda son, en principio, procedentes, para lo cual pasa a analizar si su forma de presentación y su oportunidad se ajustaron a las previsiones del contrato.

2.3.- Estudio sobre la validez de las reclamaciones relacionadas con los créditos UT Transvial , Shatex y con los costos y gastos de venta de las acciones.

La cláusula 10.4 del contrato de compraventa de acciones establece el procedimiento para hacer efectivos los ajustes de precio por la inexactitud de las declaraciones, las contingencias y los pasivos ocultos. El numeral 10.4.1 se refiere al procedimiento para reclamar por inexactitud de las declaraciones o por pasivos ocultos y establece que se deberá notificar el hecho por escrito dentro de los 15 días hábiles siguientes a su descubrimiento, adjuntando una descripción detallada de los hechos materia de la reclamación. El vendedor tiene un término de 15 días hábiles para considerar la validez de la reclamación y si no la acepta y resulta ser de cuantía igual o superior al equivalente de USD \$100.000 se podrá acudir a un Tribunal Arbitral como mecanismo de solución de la controversia.

La cláusula 10.5 del contrato establece los límites cuantitativos y temporales dentro de los cuales tendrá derecho el comprador a exigir el ajuste del precio de compra, con unos límites entre USD \$5.000 y el 10% del precio de compra, y como límite temporal exige que la reclamación haya sido notificada dentro de los 90 días calendario posteriores a la aprobación de los estados financieros de la entidad con corte al 31 de diciembre de 2009 por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia.

En el hecho 4.141 de la demanda la Convocante afirma que *“Las reclamaciones cumplen con los límites temporales de que trata el numeral 10.5 de la cláusula décima del contrato, (...) Lo anterior debido que la Superintendencia Financiera de Colombia aprobó los Estados Financieros de FINANCIERA INTERNACIONAL S.A. el 23 de marzo de 2010 según oficio 2010012946-020 y el documento de Reclamación por medio del cual los Compradores notificaron a los Vendedores de las Reclamaciones fue presentado a FOGADE el 14 de junio de 2010.”*

Este hecho está aceptado como cierto por la Convocada en la contestación de la demanda. El Tribunal encuentra que efectivamente la fecha de aprobación de los Estados Financieros de Financiera Internacional por parte de la Superintendencia

Financiera se comunicó el día 23 de marzo de 2010⁴², y procede enseguida a analizar la presentación oportuna de la reclamación.

El reclamo data del día 9 de junio de 2010⁴³ y fue recibido el 14 de junio de 2010⁴⁴, dentro del término de seis meses posteriores a la aprobación de los Estados Financieros de Financiera Internacional por la Superintendencia Financiera.

De conformidad con los términos de la Reclamación, la situación de los créditos UT Transvial y Shatex fue descubierta "*cuando se tomó control de la Financiera*", según lo señaló el Convocante Cándido Rodríguez en el interrogatorio de parte.⁴⁵

Obra como prueba en el expediente que la Superintendencia Financiera de Colombia dio posesión al señor Rodríguez como miembro de la Junta Directiva de la entidad el día 21 de abril de 2010⁴⁶. Resulta entonces que, antes de esa fecha, no sería razonable exigir que el socio conociera el detalle de los créditos, considerando que los accionistas de las sociedades anónimas tienen limitado el derecho de inspección de conformidad con el artículo 48 de la Ley 222 de 1995, en concordancia con el artículo 447 del Código de Comercio.

A este respecto la posición doctrinal de la Superintendencia Financiera de Colombia es la siguiente:

"2 En concepto 96030689-1 de octubre 7 de 1996 (posición doctrinal reiterada posteriormente en oficios 1999013698-13 y 34, del 11 de marzo y 4 de mayo de 1999 respectivamente) esta agencia estatal respecto a la información relacionada con la cartera de créditos de una vigilada expresó: "Ubicando la situación expuesta en su solicitud dentro del marco legal y doctrinario expuesto, es dable concluir que la información que obtenga el representante legal de un establecimiento bancario sobre los datos de su cliente, los cuales como es bien sabido pueden considerarse como integrantes de su intimidad, no debe divulgarlos, en nuestra opinión, a los accionistas del establecimiento bancario, quienes para esos efectos pueden considerarse terceros ajenos al banco, sin consideración a la participación que tengan en el capital social del mismo". Así mismo, en

⁴² Comunicación 2010 012946-020 de la Dirección de Supervisión Institucional para intermediarios financieros 1, folio 393 del cuaderno de pruebas No.1

⁴³ Folios 700 a 704 del cuaderno de pruebas No. 1.

⁴⁴ Folio 700 del cuaderno de pruebas No.1

⁴⁵ Respuesta de Cándido Rodríguez a la pregunta 3 del interrogatorio de parte, folio 153 del cuaderno de pruebas No. 3.

⁴⁶ Comunicación de la Superintendencia Financiera de Colombia que obra a folio 510 del cuaderno de pruebas No. 1

oficio 1999013698-34 antes mencionado se concluyó: "es válido señalar que en general el banco está obligado a conservar (información) acerca de todos los hechos que tenga conocimiento en ejercicio de su profesión de banquero y en cuya reserva tenga interés el cliente, en razón del perjuicio no solamente económico que le podría derivar por causa de que terceros tuvieran conocimiento de esos datos, a menos de que aquel por uno u otro motivo manifieste al banco su voluntad de que se divulguen".⁴⁷

Ahora bien, una persona con experiencia en entidades financieras, como quedó acreditado en el interrogatorio de parte del convocante Cándido Rodríguez⁴⁸, sólo está en razonable capacidad de enterarse de los detalles de un crédito que no figuraba como vencido o provisionado en los estados financieros, cuando por razones de su ejercicio de administración puede conocer el estado de la cartera y los principales deudores, entre los cuales han debido estar UT Transvial y Shatex por la cuantía de los créditos.

El día 21 de mayo de 2010 se reunió la Junta Directiva de Financiera Internacional, según da cuenta el acta 372 de la fecha señalada, a la cual asistió el señor Cándido Rodríguez como miembro de la Junta Directiva⁴⁹. Anexo al acta obra en el expediente un cuadro titulado "20 principales clientes vencidos", en donde figura el préstamo 6744 de UT Transvial, con una altura de mora de 118 días y un capital adeudado de \$ 3.028.219.362 y sin garantías, y el crédito 401256 de Shatex con una altura de mora de 84 días, con un capital adeudado de \$1.066.958.340 e intereses de \$20.773.679, sin que figure ningún valor en las garantías del crédito⁵⁰.

En consecuencia, la prueba que obra en el expediente sobre el conocimiento que tuvo el comprador de la situación de los créditos UT Transvial y Shatex data del 21 de mayo de 2010. Siendo esto así, la presentación de la reclamación el día 9 de junio está conforme con el límite temporal pactado para ello.

Por consiguiente, estima el Tribunal que dicha reclamación se presentó de conformidad con los plazos establecidos en el contrato de compraventa.

⁴⁷ Superintendencia Financiera de Colombia, Concepto 2002037152-1 del 31 de julio de 2002, nota número 2.

⁴⁸ Respuesta a la pregunta No.11 Interrogatorio de parte del Señor Cándido Rodríguez, folios 224 y 225 del cuaderno de pruebas No.3

⁴⁹ Folios 511 a 513 del cuaderno de pruebas No. 1

⁵⁰ Folio 513 del cuaderno de pruebas No. 1

En cuanto hace al contenido de la reclamación, la cláusula 10.4.1 del contrato de compraventa establece que ella debe presentarse por escrito, adjuntando una explicación detallada de los hechos que la sustentan y con un estimativo de su valor. A juicio del Tribunal este requisito fue cumplido en la reclamación de fecha 9 de junio de 2010 porque se presentó por escrito, se adjuntó una explicación de los créditos, la forma como se habían ejecutado y el estimativo de su monto⁵¹.

Observa el Tribunal que en la comunicación del 30 de junio de 2010 dirigida por Fogade, no se solicita ampliar la información, sino que requiere *"la documentación que respalde o evidencie la existencia de los presuntos pasivos antes enunciados, incluyendo copia de las Actas de las reuniones de Junta Directiva de Financiera Internacional S.A., en las cuales, según lo indicado en la aludida comunicación se aprobaron los créditos otorgados por Financiera Internacional S.A., a "Shatex, S.A." y a Unión Temporal Transvial"*⁵².

De conformidad con lo anterior, el Tribunal considera que la reclamación relacionada con los créditos UT Transvial y Shatex cumple con los requisitos contractuales y en consecuencia, constituye una reclamación válida y procedente, de conformidad con el contrato de compraventa de acciones.

En lo que se refiere al pago de los costos y gastos de la venta, si bien es cierto la reclamación estuvo incluida en la comunicación de 9 de junio de 2010 y, por ende, cumple los requisitos contractuales previstos al efecto - de haber sido ello aplicable - , para el Tribunal es claro que su inclusión en la cláusula 11.1. como un costo con cargo al fondo de garantía, la hace perfectamente procedente sin necesidad de mayores análisis.

3.- El Cobro de la Clausula Penal.

En la pretensión cuarta principal de la demanda, solicita la parte convocante que se ordene la efectividad de la cláusula penal prevista en la estipulación décima séptima del contrato cuyo texto, en lo pertinente, es el siguiente:

⁵¹ Folios 700 a704 del cuaderno de pruebas No.1

⁵² Folios 705 y 706 del cuaderno de pruebas No.1

“El incumplimiento de cualquiera de las obligaciones adquiridas por cualquiera de las partes dará derecho a la parte cumplida a reclamar a título de cláusula penal, una suma equivalente al cinco por ciento (5%) del valor del contrato. (...)”

Observa el Tribunal, que constituye presupuesto esencial para que dicha cláusula se haga exigible, la existencia de un incumplimiento contractual atribuible en este caso a la convocada.

Sin embargo, como ha quedado atrás expuesto, si bien las pretensiones de la demanda habrán de prosperar, el fundamento de esa prosperidad no lo constituye un incumplimiento del contrato por parte de Fogade, sino la configuración de los hechos constitutivos de indemnidades en los términos de lo acordado en las cláusulas novena, décima y undécima del contrato, por lo cual no se accederá a la aplicación de la pena allí prevista, y en consecuencia, respecto de esta pretensión, el Tribunal encuentra probada la excepción denominada por la convocada, “Inexigibilidad de la cláusula penal”, y así lo declarará en la parte resolutive de esta providencia.

4.- La situación procesal del señor Armando Delgado.

Como se mencionó al inicio de este laudo, actúan como convocantes dentro de este proceso la sociedad AFC Investment Solutions, y los señores Armando Delgado Rodríguez y Cándido Rodríguez Losada quienes - como obra en el expediente - otorgaron poder a su abogado con el fin de que adelantara este proceso arbitral.

En ejercicio de ese poder, el 10 de enero de 2012, se presentó la demanda arbitral que da origen a este proceso y en la cual se solicitó, en síntesis, el pago a los convocantes de las reclamaciones presentadas a la convocada como consecuencia de las contingencias y pasivos no informados al momento de suscribirse el contrato de compraventa de acciones de la sociedad Financiera Internacional, celebrado por las partes.

Iniciado el trámite arbitral, mediante escrito presentado el 5 de noviembre de 2012, el señor Armando Delgado Rodríguez manifestó a este Tribunal lo siguiente:

50

- Que a finales del año 2010 cedió a la sociedad AFC Investment Solutions las acciones que tenía de Financiera Internacional .
- Que al realizarse esa cesión no se reservó “el derecho de retener” el eventual beneficio que pudiese derivarse de una reclamación a Fogade como consecuencia del contrato de compraventa celebrado el 15 de febrero de 2010.
- Que como consecuencia de esa cesión, al momento de presentarse la demanda carecía de “calidad, **interés, y legitimidad** para actuar” dentro de este trámite arbitral.
- Que considera que fue erróneamente “incorporado como parte activa y legitimada” dentro de este proceso.

Bien es sabido que dentro de las normas y principios que gobiernan el derecho procesal, constituye requisito indispensable para el trámite adecuado de cualquier litigio, que quien actúa como demandante sea el titular de la acción. No puede pretenderse la realización o protección de un derecho que no se tiene y por ello, es necesario que quienes actúan como partes procesales sean efectivamente los legitimados para ser demandantes y demandados. Así, quien demanda debe ser el titular del derecho que se reclama o se pretende reivindicar, y quien es demandado debe ser el obligado a responder por ese derecho.

Una acción ejercida judicialmente requiere pues, la existencia de un derecho previo que la sustente y le dé origen. Quien carece de un derecho sustantivo, carece igualmente de acción para ejercitarlo o hacerlo respetar procesalmente.

Como ha quedado expuesto, en el presente caso la parte convocada solicita que se declare que las reclamaciones presentadas a Fogade son válidas y que por lo tanto se le condene a pagar las contingencias y pasivos ocultos de la sociedad Financiera Internacional al momento de comprar las acciones.

Esas pretensiones, como puede observarse en los hechos de la demanda, se originan en el contrato de compraventa de acciones celebrado entre los

convocantes y la convocada, lo cual significa que son los derechos y las obligaciones derivados de ese negocio jurídico los que legitiman a las partes para actuar en este proceso.

Sobre el particular debe recordarse que en virtud del principio de la relatividad de los contratos éstos generan efectos inter partes y por ello, en principio, son los contratantes las únicas personas legitimadas para reclamar y responder por las obligaciones derivadas de la convención.

Analizada la situación procesal del señor Armando Delgado, y en concreto el documento remitido por él a este Tribunal, se observa en su texto una confesión consistente en que al momento de ceder su participación en Financiera Internacional fue su intención que el nuevo propietario se subrogara en el ejercicio de las acciones derivadas del contrato de compraventa que da origen a este litigio. En otras palabras, reconoce que a pesar de haber celebrado el contrato, transfirió todos los derechos derivados del mismo, lo cual conlleva sin duda la transferencia de las acciones que en ese proceso se ejercen.

Corolario de lo hasta aquí expuesto es que, con fundamento en las manifestaciones y reconocimientos contenidos en la comunicación de 5 de noviembre de 2012, al señor Armando Delgado ya no le asiste derecho sustantivo alguno derivado del contrato de compraventa que sustenta este proceso, por lo cual carece de acción en contra de Fogade, y en consecuencia no se encuentra legitimado para demandar. En esos términos, procederá el Tribunal a declarar probada la falta de legitimación por activa del señor Armando Delgado y así lo declarará en la parte resolutive de este laudo, por lo cual igualmente considera inaplicables las consideraciones formuladas por la parte convocada en relación con la supuesta confesión ficta, la cual por lo demás, de haber sido tenida en cuenta, no sería extensible a los demás convocantes.

5.- Liquidaciones.

Con fundamento en las consideraciones que anteceden, el Tribunal procede a efectuar las liquidaciones de las condenas, para lo cual tendrá como parámetro los límites mínimos y máximos fijados en el numeral 10.5 de la cláusula décima del

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE AFC INVESTMENT SOLUTIONS S.L., ARMANDO DELGADO RODRÍGUEZ y CÁNDIDO RODRÍGUEZ LOSADA Vs EL FONDO DE GARANTÍA DE DEPÓSITOS Y PROTECCIÓN BANCARIA -FOGADE

contrato. De conformidad con esa estipulación, las partes convinieron como monto mínimo para que el vendedor asumiera responsabilidades de indemnidad la suma de USD \$5.000. En cuanto a la responsabilidad máxima las partes convinieron "(...) *que la suma que pagará EL VENDEDOR bajo la presente cláusula por indemnidad por Inexactitud de las Declaraciones, Pasivos Ocultos, o Contingencias, será del DIEZ POR CIENTO (10%) del precio de compra*", esto es la suma de USD \$2.333.333, que fue la que en la práctica las partes entregaron a la fiduciaria Alianza Fiduciaria S.A. a título de garantía.⁵³

La tasa representativa del mercado del dólar en Colombia, a la fecha de esta providencia, es decir del 15 de mayo de 2013, se fijó por la Superintendencia Financiera en \$1.838,63, lo cual hace que el límite máximo de responsabilidad en pesos Colombianos sea la suma de \$4.290.136.053,79 (USD \$2.333.333 x 1.838,63).

La suma total de las reclamaciones se ha accedido es la siguiente:

Crédito UT Transvial	\$3.028.219.362,00
Crédito Shatex	\$1.066.958.338,20
Costos y Gastos	\$588.970.180,00
Total	\$4.664.147.880,20

Por consiguiente, el valor total de las reclamaciones excede el límite máximo de responsabilidad convenido en el contrato y con él, la suma de dinero depositada en Fiduciaria Alianza S.A., por lo cual el Tribunal concluye que la suma máxima que debe ser pagada por la convocada asciende a \$4.290.136.053,79 y en consecuencia habrá de declarar probada la excepción denominada "Las pretensiones de la demanda exceden el monto de responsabilidad acordado en el contrato", y negará en consecuencia la pretensión relativa a actualización y/o pago de intereses moratorios.

⁵³ Folio 368 del cuaderno de pruebas número 1

6.- Sobre las excepciones propuestas por la Convocada.

Establecida como ha quedado la prosperidad parcial de las pretensiones de la demanda, procede el Tribunal a efectuar un análisis de las excepciones formuladas por la parte convocada.

6.1.- La falta de jurisdicción.

Teniendo en cuenta que ese argumento de defensa ya fue analizado y resuelto en el curso de la primera audiencia de trámite, y que adicionalmente la parte convocante en su momento desistió de esa excepción⁵⁴, el Tribunal se abstiene de efectuar pronunciamiento adicional.

6.2.- No hay inexactitud en las declaraciones efectuadas por la convocada respecto del crédito UT Transvial.

En capítulo anterior el Tribunal encontró que, en relación con el crédito UT Transvial, la parte convocada a la fecha de la suscripción del contrato declaró que este crédito no presentaría una variación significativa como activo de la sociedad, cuando en realidad para esa fecha ya se había promovido proceso ejecutivo y el crédito ya tenía los inconvenientes que aparecen consignados en el acta de Junta Directiva 362 correspondiente a la reunión del 29 de enero de 2010.⁵⁵

En consecuencia, es claro que la declaración fue inexacta y, por ende, la excepción no está llamada a prosperar.

6.3.- El crédito UT Transvial no es un pasivo oculto ni una contingencia.

En lo que se refiere a esta excepción, para el Tribunal es claro - según lo dicho en capítulo anterior - que el crédito UT Transvial no es un pasivo oculto ni una contingencia, pero sí constituye una inexactitud en los términos de la cláusula décima del contrato, por lo tanto la forma de proposición de la excepción no se

⁵⁴ Folio 288 del cuaderno principal número 1

⁵⁵ Folios 343 a 399 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

encamina a enervar las pretensiones de la demanda y en consecuencia no está llamada a prosperar.

6.4.- Eximente de responsabilidad respecto de la primera reclamación UT Transvial.

Al igual que como sucede con las excepciones anteriores, este medio de defensa habrá de declararse no probado, toda vez que ninguna de las eximentes de responsabilidad contenidas en la cláusula decimotercera del contrato se encuentra demostrada. Muy por el contrario, como quedó expuesto en el estudio que se hizo respecto de cada una de las reclamaciones, el Tribunal encuentra que esos eventos no constituyen (i) una modificación derivada de una orden de la Superintendencia Financiera de Colombia, (ii) una contingencia de contenido fiscal, (iii) una modificación en los presupuestos para la vigencia de 2009 que conlleve mayores gastos, (iv) una utilidad o pérdida futura, (v) una decisión administrativa que conlleve la imposición de sanciones o la iniciación de un procedimiento judicial o extrajudicial, (vi) una contingencia causada con anterioridad a la suscripción del contrato, que se encuentre debidamente contabilizada; o (vii) una contingencia causada con posterioridad a la firma del contrato y que hubiere podido ser prevista por el comprador durante el proceso de verificación de información.

En esos términos las reclamaciones no se enmarcan dentro de los eventos convenidos por las partes como eximentes de responsabilidad y, por ende, su invocación no puede ser acogida.

6.5.- Inexistencia de obligación de notificar a la convocante de los hechos relacionados con la UT Transvial.

Si se observa el estudio efectuado en relación con el crédito UT Transvial, se puede concluir que el fundamento sobre el cual reposa la prosperidad de la pretensión relativa a ese crédito, lo constituye la inexactitud en la información que generó una variación significativa de los activos de la sociedad. En otras palabras, la falta de coincidencia entre lo manifestado como garantía y la realidad. No sustenta el Tribunal de Arbitramento la condena en la supuesta violación de una obligación de información explícita o implícita en el contrato, por cuanto ese punto

fue objeto de una pretensión subsidiaria que no tuvo que ser estudiada, toda vez que la pretensión principal prosperó.

Así las cosas la excepción no puede prosperar.

6.6.- No hay inexactitud en las declaraciones efectuadas por la convocada respecto del crédito Shatex.

En el capítulo pertinente, el Tribunal realizó el análisis sobre lo ocurrido con el crédito Shatex, para concluir que respecto de él se presentó igualmente una inexactitud en una de las garantías otorgadas en la cláusula novena del contrato. Por ello y sin que sea necesario reproducir en este punto los argumentos expuestos en relación con ese tema, resulta claro que la excepción no está llamada a prosperar.

6.7.- El crédito Shatex no es un pasivo oculto ni una contingencia.

Al igual que como se expuso respecto del crédito UT Transvial, para el Tribunal es claro que el crédito Shatex no es un pasivo oculto ni una contingencia, pero sí constituye una inexactitud en los términos del numeral 10.1 de la cláusula décima del contrato y por lo tanto la forma de proposición de la excepción no se encamina a enervar las pretensiones de la demanda y, en consecuencia, tampoco está llamada a prosperar.

6.8.- Eximente de responsabilidad respecto de la reclamación Shatex.

En este punto basta manifestar que lo ocurrido con el referido crédito no se enmarca en ninguno de los eventos previstos en la cláusula décimotercera, por lo cual no podrá accederse a la excepción.

6.9.- Inexistencia de obligación de notificar a la convocante de los hechos relacionados con Shatex.

Para resolver este argumento de defensa, el Tribunal se remite a lo expuesto al estudiar la excepción que en idéntico sentido se propuso respecto del crédito UT

Transvial, y que en síntesis consiste en que el sustento de la prosperidad de la pretensión no es el incumplimiento de una obligación, sino la inexactitud de una declaración. La excepción no prospera.

6.10.- Indebida categorización de los costos y gastos de Fogade.

Al abordar el tema de los gastos, el Tribunal explicó de manera detallada la razón por la cual la reclamación concerniente a los gastos estaba llamada a prosperar y en consecuencia los argumentos relativos a la indebida categorización de aquellos no puede abrirse paso toda vez que lo acordado por las partes en el contrato lleva a una conclusión contraria.

6.11.- Inexistencia de conductas contrarias a la buena fe contractual.

Resulta suficiente reiterar en este punto que en la medida en que las pretensiones que prosperan no tienen como soporte el análisis de la conducta contractual de la demandada en relación con el principio de la buena fe, para el Tribunal es claro que la excepción no se encamina tampoco a enervar las pretensiones estudiadas y por lo tanto no podrá prosperar.

6.12.- Inexigibilidad de la cláusula Penal.

Tal y como se manifestó al momento de estudiar la pretensión relativa al cobro de la cláusula penal, es claro que en la medida en que no existió un incumplimiento contractual atribuible a Fogade no es posible aplicar la pena prevista en el contrato y, en consecuencia, el Tribunal declarará probada esta excepción.

6.13.- Las pretensiones de la demanda exceden el monto de responsabilidad acordado en el contrato.

Tal y como quedó establecido en el capítulo correspondiente a liquidaciones, esta excepción se declarará probada.

7.- Costas.

Teniendo en cuenta que las pretensiones de la demanda prosperan en forma parcial, el Tribunal, con apoyo en lo previsto por el numeral 6º del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, norma según la cual *“En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión”*, procederá a condenar en costas a Fogade en una proporción del 50% en favor del extremo convocante integrado por AFC Investment Solutions S.L. y Cándido Rodríguez Losada.

En consecuencia, efectuará su liquidación teniendo en cuenta que las costas están integradas tanto por los costos o gastos en que se ha incurrido para la tramitación del proceso (que procesalmente se conocen con el nombre de expensas), como por las agencias en derecho. Por considerarlo ajustado a derecho y proporcional con la duración de este arbitraje, así como con la cuantía y la dificultad de los asuntos objeto de discusión, se fijará por concepto de agencias en derecho la suma de \$109.300.000,00., suma que se encuentra dentro de los rangos establecidos al efecto por el Consejo Superior de la Judicatura (artículo 393, numeral 3º, del Código de Procedimiento Civil).

En relación con los gastos, únicamente en el expediente se encuentra acreditado el pago por parte de la convocante de la totalidad de las sumas correspondientes a honorarios y gastos que fueron fijados por el Tribunal mediante auto No. 7 del 19 de junio de 2012.

Estas sumas de dinero son las siguientes:

CONCEPTO	VALOR
Honorarios de los Árbitros y del Secretario, más IVA.	\$443.758.000,00
Gastos del Centro de Arbitraje y Conciliación, más IVA.	\$63.394.000,00
Otros Gastos, Protocolización y demás	\$20.000.000,00
TOTAL	\$527.152.000,00

En consecuencia las costas de este proceso ascienden a la suma de \$527.152.000,00, a lo cual hay que agregarle el rubro correspondiente a agencias en derecho (\$109.300.000,00.), para un total de \$636.452.000,00.

De esa cantidad, como se dijo, a Fogade le corresponderá pagar el 50%, que asciende a la suma de \$318.226.000,00 y así se ordenará en la parte resolutive de este laudo.

CAPÍTULO CUARTO

PARTE RESOLUTIVA

En merito de las consideraciones que anteceden, el Tribunal de Arbitraje integrado para resolver las diferencias surgidas entre AFC Investment Solutions S.L., Armando Delgado Rodríguez y Cándido Rodríguez Losada, como convocantes, y el Fondo de Garantías de Depósitos y Protección Bancaria – Fogade, como convocada, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de ley, y en cumplimiento de la misión encomendada por los compromitentes para tal fin,

RESUELVE

PRIMERO: Declarar probada, de oficio, la excepción de falta de legitimación en la causa por activa respecto del demandante Armando Delgado Rodríguez.

SEGUNDO: Declarar probada la excepción denominada "*Inexigibilidad de la Cláusula Penal*" y la excepción denominada "*Las pretensiones de la demanda exceden el monto de responsabilidad acordado en el contrato*". En consecuencia, negar las pretensiones cuarta principal y aquella relativa a la actualización y/o pago de intereses moratorios sobre las condenas.

TERCERO: Declarar no probadas las demás excepciones propuestas por la convocada.

CUARTO: Declarar que la reclamación o “indemnidad” sobre el denominado crédito UT Transvial, notificada por la parte convocante a Fogade, constituye una reclamación válida y procedente de conformidad con el contrato de compraventa de acciones suscrito entre las partes el 15 de febrero de 2010.

QUINTO: Declarar que la reclamación o “indemnidad” sobre el crédito Shatex, notificada por la parte convocante a Fogade, constituye una reclamación válida y procedente de conformidad con el Contrato de Compraventa de Acciones suscrito entre las partes el 15 de febrero de 2010.

SEXTO: Declarar que la reclamación o “indemnidad” sobre los costos y gastos generados por y con ocasión de la venta de participación accionaria de Fogade en Financiera Internacional, notificada por la parte convocante a Fogade, constituye una reclamación válida y procedente de conformidad con el contrato de compraventa de acciones, suscrito entre las partes el 15 de febrero de 2010.

SÉPTIMO: En consecuencia, condenar al Fondo de Garantías de Depósitos y Protección Bancaria – Fogade – a pagar a AFC Investment Solutions S.L. y al señor Cándido Rodríguez Losada, por concepto de las tres (3) reclamaciones de que dan cuenta los numerales anteriores, la suma total de **CUATRO MIL DOSCIENTOS NOVENTA MILLONES CIENTO TREINTA Y SEIS MIL CINCUENTA Y TRES PESOS CON SETENTA Y NUEVE CENTAVOS (\$4.290.136.053,79).**

OCTAVO: Condenar al Fondo de Garantías de Depósitos y Protección Bancaria – Fogade – a pagar a AFC Investment Solutions S.L. y al señor Cándido Rodríguez Losada, la suma de **TRESCIENTOS DIECIOCHO MILLONES DOSCIENTOS VEINTE SEIS MIL PESOS (\$318.226.000,00)**, por concepto de costas y agencias en derecho.

NOVENO: Ordenar la protocolización del expediente en una de las notarias del círculo de Bogotá.

DÉCIMO: Ordenar la expedición de copias auténticas de este Laudo con destino a cada una de las partes, con las constancias de ley.

Esta providencia queda notificada **en estrados**.

ANTONIO PABÓN SANTANDER

Árbitro

RAFAEL ACOSTA CHACÓN

Árbitro

FERNÁN BEJARANO ARIAS

Árbitro

HENRY SANABRIA SANTOS

Secretario