

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR CULTIVOS TROPICANA S.A.S Y
BANANERA LA FLORIDA S.A EN CONTRA DE VÍAS DE LAS AMÉRICAS S.A.S**

Radicado N° 2017 A 0018

Medellín, diez (10) de abril de 2018

AUDIENCIA DE LAUDO

En la fecha, a las dos de la tarde (2:00 p.m.) se constituyó el Tribunal en audiencia, con el fin de proferir el laudo arbitral.

Se hicieron presentes los doctores **MARTÍN GIOVANI ORREGO MOSCOSO (Presidente)**, **DANIEL ARANGO PERFETTI** y **FERNANDO OSSA ARBELÁEZ**, y el secretario del Tribunal **JUAN DAVID POSADA GUTIÉRREZ**.

Asistieron además a la audiencia:

Por la parte convocante: La apoderada judicial Dra. **CATALINA OTERO FRANCO**.

Por la parte convocada: La apoderada judicial Dra. **CAROLINA ARIZA ZAPATA**.

Y por el Ministerio Público: El Procurador 114 Judicial II Administrativo de Medellín, Dr. **CARLOS MAURICIO GARCÍA CASAS**.

Informe secretarial: El secretario informó que, conforme a como fue explicado en el laudo, el término del proceso expirará el 22 de mayo de 2018.

Iniciada la audiencia, el Secretario del Tribunal dio lectura a la parte resolutive del Laudo, conforme a lo dispuesto por el artículo 33 de la Ley 1563 de 2012.

Acto seguido, se hizo entrega de las siguientes copias del Laudo:

- 1) Al Dra. **CATALINA OTERO FRANCO**, apoderada de la parte demandante, copia auténtica del laudo.
- 2) Al Dra. **CAROLINA ARIZA ZAPATA**, apoderada de la parte demandada, copia auténtica del laudo.
- 3) Al Dr. **CARLOS MAURICIO GARCÍA CASAS**, en su calidad de agente del Ministerio Público, copia auténtica del laudo.

Posteriormente, se expedirá constancia de ejecutoria del laudo de acuerdo a lo previsto en el Código General del Proceso y en la Ley 1563 de 2012.

Por último, **se fijó el día miércoles veinticinco (25) de abril de 2018 a las 11:00 a.m.** para que tenga lugar la próxima audiencia de este proceso y resolver en ella, lo que en derecho corresponda, únicamente en el evento de solicitarse aclaración, corrección y/o complementación del laudo, audiencia que tendría lugar en la Avenida


VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

Oriental, Carrera 46 No. 52-82, piso 7, sede principal de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia.

Todo lo decidido queda notificado en estrados.

Agotado el objeto de la audiencia, se declaró cerrada a las 3:00 p.m. y se firma por los que en ella intervinieron.

Los árbitros,


MARTÍN GIOVANI ORREGO MOSCOSO


FERNANDO OSSA ARBELÁEZ

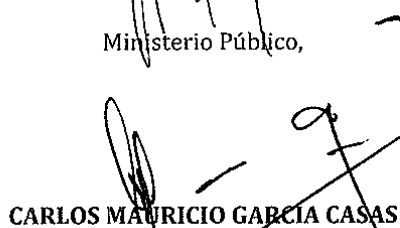

DANIEL ARANGO PERFETTI

Las apoderadas de las partes,

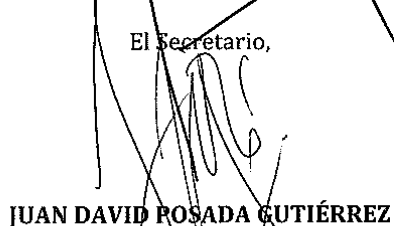

CATALINA OTERO FRANCO


CAROLINA ARIZA ZAPATA

Ministerio Público,


CARLOS MAURICIO GARCÍA CASAS

El Secretario,


JUAN DAVID POSADA GUTIÉRREZ

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CULTIVOS TROPICANA S.A.S Y BANANERA LA FLORIDA S.A
CONTRA
VÍAS DE LAS AMÉRICAS S.A.S

LAUDO ARBITRAL

Medellín, diez (10) de abril de dos mil dieciocho (2018)

El Tribunal Arbitral conformado para dirimir en derecho las controversias suscitadas entre CULTIVOS TROPICANA S.A.S y BANANERA LA FLORIDA S.A como parte convocante, y VÍAS DE LAS AMÉRICAS S.A.S. como parte convocada, después de haber surtido en su integridad todas las etapas procesales previstas en la Ley 1563 de 2012, profiere el presente laudo con el cual decide la controversia planteada en la demanda arbitral y en su contestación, previos los siguientes antecedentes.

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES

1. CONVOCATORIA E INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL

El día 7 de abril de 2017, ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín, las sociedades Cultivos Tropicana S.A.S y Bananera La Florida S.A (en adelante la parte convocante, las convocantes o las demandantes) presentaron solicitud de convocatoria de un Tribunal de Arbitramento a fin de que solucionara el conflicto que afirmaron tener frente a la sociedad Vías De Las Américas S.A.S (en adelante la parte convocada, la convocada o la demandada) y para ello invocó la cláusula compromisoria contenidas en el numeral SÉPTIMO de los tres denominados “PERMISOS DE INTERVENCIÓN VOLUNTARIO”, Proyecto Vial Transversal de las Américas Sector 1, Contrato de Concesión 008 de 2010 Tramo: Turbo-El Tigre, suscritos el 16 de febrero de 2015, que dice:

“De conformidad con el artículo 14 de la ley 1682 de 2013, los conflictos que surjan entre las partes en virtud de las diferencias con motivo de la interpretación, ejecución y cumplimiento con ocasión del presente escrito serán sometidas a la decisión en derecho de un Tribunal de arbitramento que funcionará en el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio del domicilio social. El Tribunal estará integrado por tres (3) árbitros, salvo que de común acuerdo decida (sic) integrarlo con un solo árbitro. Los árbitros serán nombrados por las partes de común acuerdo, sin embargo, si las partes no logran un acuerdo sobre quienes serán los tres (3) árbitros dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la notificación de todas las partes de la convocatoria del Tribunal de Arbitramento, los árbitros serán nombrados por la Cámara de Comercio del domicilio social. Para los efectos de esta cláusula se entiende por “parte” la persona o grupo de personas que sostengan una misma pretensión. ”

El 26 de mayo de 2017, según consta en el correo electrónico enviado por la directora jurídica de Vías de las Américas al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín, se confirmó el nombramiento por mutuo acuerdo de las partes con los árbitros, Martín Giovanni Orrego Moscoso, Daniel Arango Perfetti y Fernando Ossa Arbeláez, quienes, enterados de la designación, aceptaron el encargo y cumplieron con el deber de información establecido en el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012 dentro del término legal.

2. ACTUACIONES ARBITRALES

El Tribunal se instaló el día 30 de Junio de 2017, oportunidad en la que designó como secretario al abogado Juan David Posada Gutiérrez, quien luego de cumplir con el deber de información previsto en el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012, se posesionó ante el Presidente del Tribunal.

Cumplida la instalación del Tribunal Arbitral, se admitió la demanda mediante el (Auto No. 2), y se ordenó la notificación de la citada providencia y el traslado a la convocada, por el término de 20 días.

El 17 de Julio de 2017 se notificó personalmente el auto admisorio de la demanda a la convocada, la cual, estando dentro de la oportunidad procesal que trata el artículo 21 de la Ley 1563 de 2012, a través de apoderada judicial ejerció el derecho de defensa presentando respuesta a la demanda arbitral, proponiendo excepciones de mérito y objeción al juramento estimatorio.

El 23 de Agosto de 2017 se le concedió traslado a la parte convocante de las excepciones de fondo y de la objeción al juramento estimatorio (Auto No. 3).

El 30 de Agosto de 2017 la apoderada de la parte convocante presentó escrito en el que solicitó el decreto de pruebas adicionales con relación a los hechos en que se fundamentan las excepciones de mérito propuestas por la sociedad convocada.

El 21 de Septiembre de 2017 se llevó a cabo audiencia de conciliación, la cual se declaró fracasada, por cuanto las partes no lograron ningún acuerdo, por lo que se ordenó seguir adelante con el proceso y se fijaron los honorarios y gastos del trámite arbitral.

Las sumas establecidas se consignaron oportunamente por las partes; por tal motivo, el 20 de Octubre de 2017 se celebró la primera audiencia de trámite en la cual el Tribunal se declaró competente para conocer del proceso (Auto No. 6); decisión que fue recurrida por la parte convocada y el recurso fue resuelto de forma negativa en la misma audiencia, mediante la expedición del Auto No. 7.

Agotado lo anterior, a través del Auto No. 8 el Tribunal considero oportuno que *“al haber asumido competencia para resolver el asunto debatido, el cual involucra los efectos de la delegación a un particular de una función propia del Estado, como lo es la gestión predial para obras de infraestructura de transporte, según lo previsto en el artículo 104 numeral 2 del CPACA, encuentra oportuna, de acuerdo a lo señalado en el artículo 49 de la ley 1563 de 2012 y en los artículos 300 y 303 del CPACA, la citación del Ministerio Público en aras de evitar eventuales vicios que pudieran configurar nulidades o irregularidades en el proceso”*.

En razón de lo anterior se procedió a la citación del Ministerio Público y se le concedió el término de 10 días hábiles, para que manifestara por escrito si le asistía interés para participar o no en el actual proceso y, como consecuencia de ello, se ordenó la suspensión de la primera audiencia de trámite.

En atención a lo ordenado por el Tribunal el Dr. Carlos Mauricio García Casas, en su condición de Procurador 114 Judicial II Administrativo, se pronunció dentro del término concedido y manifestó, mediante correo electrónico del 2 de noviembre de 2017, que había sido designado por la coordinación de los Procuradores Judiciales para intervenir en el proceso, solicitando que se le notificaran, en adelante, las fechas de audiencias que se llegaren a programar.

El Tribunal fijó fecha para continuar con la primera audiencia de trámite para el día 22 de Noviembre de 2017, momento en el cual, antes de ocuparse de los medios de prueba solicitados por las partes *“le indicó al Agente del Ministerio Público si ratificaba la actuación surtida hasta esa etapa, en el entendido de que*

para su citación al proceso se le allegaron la demanda y anexos, la contestación a ésta, el pronunciamiento de las excepciones de mérito y el acta de la primera audiencia de trámite en lo relativo a la decisión de competencia, ante lo cual el agente del Ministerio Público manifestó que encuentra todo acorde con la ley hasta este momento y no tiene por ahora ninguna petición de pruebas". En vista de ello, se procedió al decreto de las pruebas pedidas por las partes (Auto No. 10).

Las pruebas fueron practicadas oportunamente. En la etapa respectiva se garantizó el derecho de defensa y se sujetó la sustanciación a las leyes que orientan el proceso.

Precluido el período probatorio, el 7 de Marzo de 2018, las partes y el agente del Ministerio Público presentaron sus alegatos de conclusión, los cuales, igualmente, fueron aportados en forma escrita para que fueran agregados al expediente.

Agotadas las etapas procesales, encuentra el Tribunal que se halla dentro del término para proferir el presente laudo, habida cuenta de que el plazo de seis (6) meses legalmente previsto, contado a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite (artículo 10 de la Ley 1563 de 2016), comenzó a correr el veintidós (22) de Noviembre de 2017 y vencería el veintidós (22) de Mayo de 2018.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA CONTROVERSIA

1. FUNDAMENTOS FÁCTICOS DE LA DEMANDA

La demanda presentada por las sociedades Cultivos Tropicana S.A.S y Bananera La Florida S.A, expuso en síntesis, los siguientes hechos:

La sociedad Vías de las Américas S.A.S., en virtud del contrato de concesión 008 de 2010, celebrado con el extinto Instituto Nacional de Concesiones -INCO- (hoy, Agencia Nacional de Infraestructura -ANI-), es la encargada, entre otras cosas, de realizar las obras necesarias para la construcción, rehabilitación, ampliación, mejoramiento y conservación, según corresponda, del Proyecto Vial Transversal de las Américas, en el denominado Corredor Vial del Caribe.

En desarrollo del objeto del contrato, Vías de las Américas identificó la necesidad de iniciar las obras de construcción del tramo TURBO - EL TIGRE, del Proyecto Vial Transversal de las Américas, para el cual tenía la necesidad de

ocupar unas franjas de terreno de tres (3) inmuebles identificados con los siguientes folios de matrículas inmobiliarias: Nos. 008-11890, de la Oficina De Registro De Instrumentos Públicos de Apartadó, y 034-552 y 034-625 de la Oficina De Registro De Instrumentos Públicos de Turbo, de propiedad de las sociedades Cultivos Tropicana S.A.S y Bananera La Florida S.A.

Para el inicio de las operaciones de construcción y ocupación de los inmuebles antes mencionados por parte de la sociedad Vías de las Américas, fue celebrado con las sociedades propietarias, respecto de cada inmueble mencionado, unos acuerdos privados de voluntad denominados "PERMISO DE INTERVENCIÓN VOLUNTARIO", en el que las partes se obligaron a lo que sigue:

- Cultivos Tropicana S.A.S y Bananera La Florida S.A, autorizar que en las franjas de terreno requeridas en los predios mencionados, se pudiera llevar a cabo los trabajos para el desarrollo constructivo del tramo TURBO - EL TIGRE, del Proyecto Vial Transversal de las Américas.
- Vías de las Américas S.A.S., se obligó a surtir el trámite de notificación de la oferta formal de compra sobre cada uno de los 3 inmuebles dentro de un plazo no superior a treinta (30) días calendario, el cual se cumplía el día 17 de marzo de 2015.
- Como anticipo, al valor final de compra de cada uno de los inmuebles mencionados, Vías de las Américas, se obligó a pagar las siguientes sumas de dinero:
 - o OCHOCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$800.000.000) sobre el inmueble identificado con folio de matrícula inmobiliaria No. 008-11890, de la Oficina De Registro De Instrumentos Públicos de Apartadó.
 - o CIEN MILLONES DE PESOS (\$100.000.000) sobre el inmueble identificado con folio de matrícula inmobiliaria 034-552 de la Oficina De Registro De Instrumentos Públicos de Turbo.
 - o CUATROCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$400.000.000) sobre el inmueble identificado con folio de matrícula Inmobiliaria 034-625 de la Oficina De Registro De Instrumentos Públicos de Turbo.

- Finalmente, se estableció que el incumplimiento de alguna de las obligaciones contraídas en este acuerdo de voluntades por parte de Vías de las Américas, daría lugar a que el dinero entregado como anticipo sería tomado, por la sociedades Cultivos Tropicana S.A.S y Bananera La Florida S.A, como una multa sin que hubiese lugar a reconocimiento en el precio final o devolución del mismo.

Posteriormente, el día 17 de marzo de 2015, en vista de que la sociedad Vías de las Américas no podía dar cumplimiento a su obligación de notificación de la oferta formal de compra dentro del término establecido, se decidió celebrar un otrosí al acuerdo privado de voluntades denominado "OTROSÍ A PERMISO DE INTERVENCIÓN VOLUNTARIO PROYECTO VIAL TRANSVERSAL DE LAS AMÉRICAS SECTOR 1 CONTRATO DE CONCESIÓN", en el cual se amplió el término de cumplimiento para la obligación a cargo de Vías de las Américas, otorgándole 15 días hábiles adicionales, los cuales se cumplían el día 7 de abril de 2015.

Una vez llegado el día del vencimiento del nuevo plazo, esto es, el 7 de abril de 2015, la sociedad Vías de las Américas no dio cumplimiento a su obligación, y solamente el día 9 de abril del 2015 fue notificada la oferta formal de compra de los inmuebles propiedad de las sociedades Cultivos Tropicana S.A.S y Bananera La Florida S.A, incumpliendo así el acuerdo privado de voluntades, y dando con ello lugar a la sanción establecida de imputar como "multa" los valores pagados como anticipo.

2. PRETENSIONES

Las sociedades convocantes, actuando por intermedio de su apoderada judicial, formularon las siguientes pretensiones:

"Primero. Que se declare que VIAS DE LAS AMERICAS S.A.S. incumplió con las obligaciones pactadas en los siguientes PERMISO DE INTERVENCIÓN VOLUNTARIO suscritos el día 16 de febrero de 2015, al no haber notificado o dado inicio a los trámites de notificación de la oferta formal de compra al día siete (7) de abril de 2015:

- *PERMISO DE INTERVENCIÓN VOLUNTARIO del predio identificado con el folio de matrícula inmobiliaria No. 008-0011890 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Apartadó (Antioquia) suscrito con CULTIVOS TROPICANA S.A.S.*
- *PERMISO DE INTERVENCIÓN VOLUNTARIO del predio identificado con el folio de matrícula inmobiliaria No. 034-552 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Turbo (Antioquia) suscrito con BANANERA LA FLORIDA S.A.*

- *PERMISO DE INTERVENCIÓN VOLUNTARIO del predio identificado con el folio de matrícula inmobiliaria No. 034-625 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Turbo (Antioquia) suscrito con BANANERA LA FLORIDA S.A.*

Segundo. *Que como consecuencia de lo anterior, se declare que VIAS DE LAS AMERICAS S.A.S. es deudora de las siguientes sumas de dinero:*

- *La suma de COHOCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$800.000.000,00) a CULTIVOS TROPICANA S.A.S. a título de multa por la notificación tardía de los tramites de notificación de la franja de terreno que se desprende del predio identificado con el folio de matrícula inmobiliaria No. 008-0011890 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Apartadó (Antioquia).*
- *La suma de CIEN MILLONES DE PESOS (\$100.000.000,00) a BANANERA LA FLORIDA S.A. a título de multa por la notificación tardía de los tramites de notificación de la franja de terreno que se desprende del predio identificado con el folio de matrícula inmobiliaria No. 034-552 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Turbo (Antioquia).*
- *La suma de CUATROCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$400.000.000,00) a BANANERA LA FLORIDA S.A. a título de multa por la notificación tardía de los tramites de notificación de la franja de terreno que se desprende del predio identificado con el folio de matrícula inmobiliaria No. 034-625 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Turbo (Antioquia)."*

Tercero. *Que se condene a VIAS DE LAS AMERICAS S.A.S. a pagar las siguientes sumas de dinero:*

- *La suma de OCHOCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$800.000.000,00) a CULTIVOS TROPICANA S.A.S. a título de multa por la notificación tardía de los tramites de notificación de la franja de terreno que se desprende del predio identificado con el folio de matrícula inmobiliaria No. 008-0011890 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Apartadó (Antioquia).*
- *La suma de CIEN MILLONES DE PESOS (\$100.000.000,00) a BANANERA LA FLORIDA S.A. a título de multa por la notificación tardía de los tramites de notificación de la franja de terreno que se desprende del predio identificado con el folio de matrícula inmobiliaria No. 034-552 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Turbo (Antioquia).*
- *La suma de CUATROCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$400.000.000,00) a BANANERA LA FLORIDA S.A. a título de multa por la notificación tardía de los tramites de notificación de la franja de terreno que se desprende del*

predio identificado con el folio de matrícula inmobiliaria No. 034-625 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Turbo (Antioquia).

Cuarto. Que se condene a la sociedad VIAS DE LAS AMERICAS S.A.S. a pagar a CULTIVOS TROPICANA S.A.S. y BANANERA LA FLORIDA S.A. los intereses moratorios a la tasa máxima comercial permitida, desde el día 07 de abril de 2015 y hasta la fecha en la cual se haga efectivo el pago.

Quinto. Que se condene a la convocada al pago de las costas y agencias en derecho. "

3. LA CONTESTACION A LA DEMANDA Y EXCEPCIONES DE FONDO

Dentro del escrito de contestación a la demanda, la sociedad convocada presentó objeción al juramento estimatorio y propuso las excepciones de mérito que denominó de la siguiente forma:

- a. Falta de legitimación en la causa por pasiva de la sociedad Vías de las Américas S.A.S.
- b. Falta de competencia del Honorable Tribunal de Arbitramento para decidir sobre la presente controversia.
- c. Derogatoria de la sanción contractual respecto del límite temporal para la notificación de la oferta formal de compra.
- d. Cumplimiento de la obligación de notificación de la oferta formal de compra.
- e. Recibo a satisfacción de la prestación debida.
- f. Inobservancia del principio de la buena fe contractual objetiva por parte de las sociedades demandantes y vulneración de la confianza legítima.
- g. Desproporción de la cláusula penal.

4. ALEGACIONES DE LAS PARTES

Instruido debidamente el proceso, las partes presentaron sus alegaciones y lo hicieron con sujeción a la ley, en forma oral, y en los términos cuyo contenido se resumen a continuación:

4.1 Síntesis de los argumentos de conclusión de Cultivos Tropicana S.A.S y Bananera La Florida S.A.

La parte demandada no ha desconocido ni la autoría ni el carácter vinculante de los permisos de intervención voluntaria, los cuales fueron confeccionados sin la participación de la Agencia Nacional de Infraestructura -ANI-.

Además, se debe tener en cuenta que la demandada es una sociedad de derecho privado que fungió como concesionario y asumió el riesgo de la gestión predial al no

poner en conocimiento los permisos de intervención voluntaria a la ANI, aunque sí procedió a la entrega de la cesión de crédito, ofertas, promesas y escrituras públicas de venta, lo cual resulta contradictorio, puesto que de un lado, no se le reconoce vinculación jurídica a los permisos de intervención voluntaria y del otro, se manifiesta que son válidas la cesión del crédito, la ofertas, entre otros negocios jurídicos, todos los cuales fueron suscritos de forma complementaria y concomitante a los permisos de intervención voluntaria.

En razón de lo anterior, no resulta posible desconocer los efectos jurídicos directos de los contratos denominados, permisos de intervención voluntaria, suscritos entre las partes del litigio.

Ahora, en lo que tiene que ver con el incumplimiento de la convocada, ésta al dar respuesta al hecho Décimo Cuarto confesó su incumplimiento, así: *“Finalmente la oferta de compra fue notificada el día 9 de abril de 2015, esto es, en una fecha posterior al plazo pactado por las partes.”*

Conforme con lo anterior, al estar acreditado el incumplimiento en el proceso, surge como consecuencia necesaria la aplicación de la cláusula penal pretendida en la demanda, la cual, desde la naturaleza jurídica de las denominadas “multas” contractuales, se puede advertir que éstas comportan unas auténticas cláusulas penales pecuniarias en los términos del artículo 1592 del Código Civil, en las que los contratantes convinieron una tasación anticipada de los perjuicios, a través del pago de una cantidad determinada de dinero por la inejecución o el retardo en el cumplimiento de la obligación principal.

Por lo expuesto, la parte convocante solicitó se acogieran las pretensiones de la demanda y que se despacharan negativamente las excepciones propuestas.

4.2 Síntesis de los argumentos de conclusión de Vías de Las Américas S.A.

El alegato se enfocó en la demostración de las siguientes hipótesis: (i) El cumplimiento pleno de la obligación por parte del deudor y recibo a satisfacción de la prestación debida por parte del acreedor; y (ii) La inobservancia del principio de buena fe contractual objetiva por parte de las sociedades Cultivos Tropicana S.A.S y Bananera La Florida S.A.

Para el análisis de la primera hipótesis, se ocupó del alcance de la obligación supuestamente incumplida por la convocada, concluyendo que, en virtud del contrato, la convocada se encontraba obligada a *“surtir el trámite de la notificación de la oferta formal de compra...”*, explicando con ello, que la intención de las partes con la expresión utilizada consistía en dar inicio, al trámite de

notificación de la oferta formal de compra de cada uno de los predios en un término de 30 días calendario.

En razón de lo anterior, pasó a analizar la pretensión primera, la cual busca la declaración de incumplimiento por parte de la convocada *“al no haber notificado o dado inicio a los tramites de notificado de la oferta formal de compra al día siete (7) de abril de 2015”*, indicando que durante el trámite del proceso, Vías de Las Américas S.A. sí dio cumplimiento de la obligación contenida en el *“PERMISO DE INTERVENCIÓN VOLUNTARIO”*, dentro del término establecido, así:

Explicó que todas las actividades que comprendían la obligación a cargo de la convocada, de conformidad con el verdadero interés de las partes, eran imposible de realizarse en 30 días calendario, toda vez que dicho trámite de notificación iniciaba con una valoración económica de los predios y, posteriormente, con la diligencia de notificación, tanto personal como por aviso y contando éstas dos actividades se agotaría el término asignado; no obstante lo anterior, de las propias pruebas aportadas al proceso y declaraciones recibidas quedó claro que el día 31 de marzo de 2015, fue efectuado el envío de las citaciones para notificación personal, lo anterior aunado al hecho de que se contaba con un plazo hasta el 7 de abril de 2015, y por lo tanto, se deberá concluir que la notificación de la oferta formal de compra de los predios sí fue llevada a cabo dentro del plazo estipulado, cumpliendo de esa forma las obligaciones a su cargo, y desvirtuando por completo la pretensión declarativa base de la demanda.

Asimismo se realizó un examen de la segunda hipótesis de los alegatos de conclusión, en la que se resaltó el conocimiento y aceptación de la ejecución del contrato por las convocantes, lo cual contradice, totalmente, el objeto de la demanda.

Para soportar lo anterior, la convocada realizó una enunciación de cada uno los documentos y contratos, los cuales forman una sola relación jurídica celebrada entre las partes, y además indicó que algunos de los documentos fueron aportados sin la respectiva firma y que de la lectura de éstos no se desprende la fecha de la celebración de los mismos, dejando con ello un vacío probatorio en relación con sus afirmaciones y pretensiones.

La convocada argumenta la mala fe de las convocantes en el hecho que luego de recibida la notificación de la oferta formal de compra, esta únicamente presentó *“argumentos para solicitar la revisión y impugnación ante Asolonjas del avalúo comercial del predio con código interno VA-Z1-04_08-286, VA-Z1-04_08-138 Y VA-Z1-04_07-127”*, con el que se dio respuesta a la oferta formal de compra de los predios y se pretendía objetar también el avalúo comercial de los inmuebles objeto del negocio, soportando con dicho escrito que el único perjuicio acaecido consistió en el menor valor de compra de los inmuebles, dejando por fuera, si es que lo

había, algún perjuicio ocasionado por la supuesta tardanza en la notificación personal de la oferta formal de compra.

Las convocantes no solo nada dijeron en sus observaciones sobre el presunto incumplimiento de una obligación por parte de la convocada que las hiciera acreedoras de la multa o clausula penal, sino que, un mes después, aceptaron “*en todas y cada una de sus partes*” el alcance formal de la oferta del 17 de junio de 2015, documento por medio del cual se dio por aceptada la oferta.

Adicionalmente y como refuerzo al actuar de mala fe de las convocantes, éstas recibieron los valores a título de anticipo, realizado a través de la cesión de créditos con la ANI, sin hacer ninguna referencia sobre la supuesta multa a la que se habían hecho acreedoras, siendo ésta otra de las oportunidades para dejar sin efecto los permisos de intervención voluntaria, con ocasión del supuesto incumplimiento de la obligación de notificación formal de la oferta.

Por lo argumentado la convocada solicitó al Tribunal Arbitral despachar desfavorablemente todas y cada una de las pretensiones elevadas por las sociedades Cultivos Tropicana S.A.S y Bananera La Florida S.A.

4.3 Resumen de los argumentos de conclusión del Agente del Ministerio Público.

El agente del Ministerio Público llevó a cabo un recuento de los hechos, pretensiones y excepciones así como de las pruebas y planteó el problema jurídico materia de su alegato, luego de lo cual se ocupó de analizar el caso, indicando que, en su criterio, se hallaba probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, por cuanto la sociedad Vías de las Américas actuó como representante directo de la Agencia Nacional de Infraestructura ANI, (antes INCO) y por tanto, sus actuaciones comprometen a esa entidad, en razón a que el contrato celebrado era típicamente estatal, al que le es aplicable la Ley 1682 de 2013, por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte y se conceden facultades extraordinarias.

De acuerdo al artículo 20 de la Ley 1682 de 2013 (modificado por el artículo 3 de la Ley 1742 de 2014), dijo el representante del Ministerio Público, se reguló la gestión predial en los proyectos de infraestructura de transporte, determinándose que la responsabilidad en la adquisición de los predios estaría a cargo del Estado y para el caso concreto la responsabilidad recayó en la ANI, lo que es ratificado plenamente en el clausulado del contrato de concesión N° 008 de 2010, debiendo entonces haber sido demandada la ANI y no Vías de las Américas, puesto que ésta sólo obraba como la representante de aquella.

De otro lado, el agente del Ministerio Público afirmó que estaba acreditada igualmente la inexistencia del incumplimiento de la convocada, por cuanto la obligación a cargo de ésta quedó cumplida, en la medida que inició el trámite de la notificación con la citación enviada el 30 de marzo de 2015 no solo al representante legal de las sociedades Cultivos Tropicana S.A.S y Bananera La Florida S.A. sino a su apoderada, esto es, se inició el trámite antes de que se venciera el término pactado, lo cual ocurriría el 7 de abril de 2015, tal y como lo reconocieron el representante legal de las citadas convocantes al absolver el interrogatorio de parte y su apoderada judicial en la formulación de los hechos decimotercero y decimocuarto de la demanda.

Además de ello, en el otrosí a los permisos de intervención voluntaria firmados entre las partes del proceso el 17 de marzo de 2015, reconocidos por la apoderada judicial de las convocantes en el hecho duodécimo de la demanda, se dejó expresamente *“sin efecto el vencimiento de los términos de (sic) hacer efectiva la multa pactada de manera automática”*, con lo cual, no habría lugar a cobrar la multa por la falta de límite temporal para imputar el incumplimiento de la obligación.

Como conclusión el Ministerio Público solicitó que se negaran las pretensiones de la demanda.

CAPITULO TERCERO

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. PRESUPUESTOS PROCESALES

Antes de entrar a decidir sobre el fondo del litigio, el Tribunal advierte que en el presente proceso se reúnen a cabalidad los presupuestos procesales, esto es, los requisitos indispensables para la validez y eficacia del proceso, por lo que se podrá proferir un laudo de mérito. En efecto, de la actuación arbitral, de los documentos aportados al proceso y examinados por el Tribunal, aparece que las partes son personas jurídicas debidamente constituidas, que han acreditado en legal forma su existencia y representación, que tienen capacidad para disponer sobre las materias objeto de la controversia y para someterlas a la decisión del presente Tribunal Arbitral.

De las pretensiones formuladas en la demanda, así como las de las excepciones planteadas por la convocada, se desprende que la litis se refiere a controversias de libre disposición, por lo cual es procedente su conocimiento y decisión mediante el proceso arbitral.

Por tratarse de un arbitramento en derecho las partes comparecieron representadas por abogadas tituladas.

Se cumplió además con la bilateralidad de la audiencia y con la legalidad de los actos y procedimientos, pues a las partes y al Ministerio Público se les trató con igualdad procesal en cuanto a sus solicitudes y práctica de pruebas, se les garantizó el derecho de contradicción pudiendo actuar sin restricciones en todas las etapas del proceso arbitral que se ajustó a lo establecido en la Ley 1563 de 2012 y no se encuentran acreditados vicios de nulidad que puedan invalidar el trámite adelantado.

Por último, existe ausencia de cosa juzgada, de caducidad, transacción o litispendencia.

Como quiera que al contestar la demanda, la convocada propuso excepciones encaminadas, por una parte, a discutir su legitimación en la causa por pasiva en el proceso arbitral y por otra, -pero bajo los mismos argumentos- a oponerse a la competencia del Tribunal, antes de abordar las consideraciones fondo relacionadas con el litigio sometido a conocimiento, resulta necesario resolver en forma definitiva dichos medios exceptivos en tanto que del mérito de tales defensas depende la habilitación, competencia y posibilidad de resolver el resto de materias objeto de esta controversia.

Es de advertir que sobre esta materia y especialmente sobre el cuestionamiento realizado a su competencia, el Tribunal se pronunció de manera preliminar en la primera audiencia de trámite al resolver sobre su propia competencia, como lo dispone el artículo 30 de la Ley 1563 de 2012, pero por tratarse de dos excepciones propuestas por la convocada, que conciernen a la competencia de este Tribunal y a la posibilidad de proseguir con la definición del fondo de la controversia, deben ser objeto de examen y decisión definitiva en el laudo, a la luz de los elementos de prueba recaudados en el trámite y de las alegaciones de las partes. En relación con dichas alegaciones especial importancia revisten los argumentos presentados por el Ministerio Público en esa oportunidad, ya que su agente formuló reparos igualmente relacionados con la falta de legitimación en la causa de la parte convocada, echando de menos la vinculación directa de la ANI en el presente proceso arbitral.

La excepción denominada **“FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE LA SOCIEDAD VÍAS DE LAS AMÉRICAS S.A.S.”**

La convocada aduce que, al encaminarse las pretensiones de la demanda al reconocimiento de una sanción contractual establecida en los denominados “Permisos de Intervención Voluntario”, en dichos actos jurídicos esta actuó en

representación INCO (hoy, ANI) y, por lo tanto, únicamente sobre esta última recaen los diferentes efectos de los negocios jurídicos celebrados.

Acerca del papel que jugó en la celebración de dichos actos jurídicos, la convocada indica que lo hizo en calidad de representante de la entidad pública, de conformidad con los artículos 832 y 833 del Código de Comercio, 27 de la Ley 1682 de 2013 y el Apéndice C Predial del Contrato de Concesión No. 008 de 2010, reiterando que, a la luz de todos estos postulados, sus efectos recayeron únicamente en cabeza de la ANI. En cuanto a la competencia de esta última para delegar la función pública de adquisición predial en cabeza de su contratista, se indicó que proviene de la expresa autorización legal que establece el artículo 34 de la Ley 105 de 1993.

Con fundamento en lo ya expresado, la convocada concluye que: *“...no es la persona jurídica que hace parte de la relación sustancial discutida en el proceso, pues la sanción contractual proviene efectivamente de un negocio jurídico cuyos efectos no recaen en dicha sociedad, por lo cual no se encuentra legitimada en la causa por pasiva...”*.

De conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, se encuentra el Tribunal en frente de planteamientos que hacen relación a la legitimación material en la causa y que deben decidirse en el laudo arbitral que pongan fin a la controversia. Sobre la diferencia entre la legitimación de hecho y la legitimación material en la causa, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado señaló lo siguiente en sentencia del 11 de agosto de 2005:

*“La legitimación en la causa ha sido estudiada en la jurisprudencia y la doctrina desde dos puntos de vista: de hecho y material. La **legitimación de hecho** es la relación procesal que se establece entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal; es decir es una interrelación jurídica que nace de la imputación de una conducta en la demanda, y de la notificación de ésta al demandado; quien cita a otro y le atribuye está legitimado de hecho y por activa, y a quien cita y le atribuye está legitimado de hecho y por pasiva desde la notificación del auto admisorio de la demanda. En cambio la **legitimación material** en la causa alude a la participación real de las personas, por regla general, en el hecho origen de la formulación de la demanda, independientemente de que haya demandado o no, o de que haya sido demandado o no. Por tanto todo legitimado de hecho no necesariamente estará legitimado materialmente, pues sólo lo están quienes participaron realmente en los hechos que le dieron origen a la formulación de la demanda.*”

En la legitimación en la causa material sólo se estudia si existe o no relación real de la parte demandada o demandante con la pretensión que se le atribuye o la defensa que se hace, respectivamente. En últimas la legitimación material en la causa o por activa o por pasiva es una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable, al demandante o al demandado.”¹ (Subrayas y negrillas originales)

Para resolver, entonces, este motivo de excepción, se debe señalar que la adquisición de predios para la construcción de las obras de infraestructura de transporte supone el ejercicio de una función que es de responsabilidad el Estado, la cual puede ser delegada a los concesionarios de los contratos de concesión celebrados para ese propósito -o incluso a terceros-, con la finalidad de que la titularidad de los predios requeridos para la construcción de dicha infraestructura recaiga en la correspondiente entidad pública. Todo lo anterior se desprende de los artículos 20 de la Ley 1682 de 2013 y 34 de la Ley 105 de 1993 los cuales, en lo pertinente, disponen que: “La adquisición predial es responsabilidad del Estado” y que: “En la adquisición de predios para la construcción de obras de infraestructura de transporte, la entidad estatal concedente podrá delegar esta función, en el concesionario o en un tercero. [y, por lo tanto] Los predios adquiridos figurarán a nombre de la entidad pública”.

Con ese mismo fundamento, el Contrato de Concesión No. 008 de 2010 estableció en el numeral 1.1. del Apéndice C - Predial, sobre las obligaciones del concesionario que: “La adquisición de los predios requeridos para la ejecución de las obras estará a cargo del CONCESIONARIO quien desarrollará dicha labor a favor del INCO, conforme a lo establecido en el artículo 34 de la ley 105 de 1993” y así mismo, en el Capítulo VI -Adquisición Predial- Sección 6.01 se dispuso que: “La adquisición de los Predios requeridos para la ejecución de las obras estará a cargo del Concesionario quien desarrollará dicha labor a favor del INCO conforme a lo establecido en la normatividad vigente, atendiendo en un todo la distribución de obligaciones y responsabilidades establecidas en el Apéndice C Predial y Apéndice D Social del presente Contrato, de conformidad con la Ley 105 de 1993, ley 9ª de 1989, Ley 388 de 1997, ley 1228 de 2008 y sus decretos reglamentarios, y demás normas concordantes y vigentes en la materia”.

Teniendo en cuenta esta especial forma de delegación y ejecución de funciones estatales por particulares, en aras de determinar si la convocada carece o no de legitimación en la causa por pasiva en el presente trámite, el Tribunal deberá

¹ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. C. P. María Elena Giraldo Gómez. 11 de agosto de 2005. Radicación número: 63001-23-31-000-1996-04281-01(15648).

tener en cuenta algunas especificidades del contrato de concesión celebrado entre la convocada y el INCO (hoy, ANI) y su ámbito de responsabilidad en el ejercicio de funciones delegadas.

En este orden de ideas, el objeto del Contrato de Concesión No. 008 de 2010 establecido en la Sección 1.02 fue expresado en los siguientes términos:

“SECCIÓN 1.02. Objeto

El objeto del presente Contrato es el otorgamiento de una concesión para que, de conformidad con lo previsto en la Ley 80 de 1993, la Ley 105 de 1993, la Ley 1150 de 2007, el Decreto 2474 de 2008, y el Decreto 4533 de 2008 el Concesionario, realice por su cuenta y riesgo, las obras necesarias para la construcción, rehabilitación, ampliación, mejoramiento y conservación, según corresponda, del Proyecto Vial Transversal de las Américas y la preparación de los estudios y diseños definitivos, la gestión predial, social y ambiental, la obtención y/o modificación de licencias ambientales, la financiación, la Operación y el mantenimiento de las obras, en el Corredor Vial “Transversal de las Américas Sector 1”, denominado Corredor Vial del Caribe”. (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Especial mención merece la expresión “por cuenta y riesgo” incluida en el objeto del mencionado contrato y a su vez, en el artículo 32 numeral 4 de la Ley 80 de 1993 y que supone para esta tipología contractual en el caso del contratista -o concesionario- que la contingencia normal de su ejecución incluya un espectro mucho más amplio que el del común de los contratos estatales, en la medida en que el concesionario asume, además de la realización de la obra o servicio contratado, su gestión financiera y, para el caso específico, la materialización efectiva de la finalidad propuesta en el contrato en materia predial consistente en obtener la titularidad y disponibilidad de los predios requeridos para la realización de la obra a favor de la entidad contratante.

Todo lo anterior se complementa con el hecho de que, según el mismo contrato, la convocada asumió como su riesgo (cfr. Sección 13.02 -Riesgos del Concesionario) “Los efectos favorables o desfavorables derivados de la gestión de adquisición de Predios en relación con las variables de disponibilidad de Predios”, se obligó a “Adelantar el proceso de enajenación voluntaria de los predios necesarios para ejecutar las obras y adquirirlos de conformidad con la normatividad vigente, gestión que el CONCESIONARIO deberá desarrollar con el propósito de asegurar, conforme el alcance de su competencia, la disponibilidad de los predios a fin de cumplir con el programa de trabajos” (cfr. Apéndice C Predial numeral 1.1.5) y de manera especial, a mantener indemne al INCO (hoy,

ANI) por los “...hechos u omisiones que de manera directa tengan que ver con la gestión predial del CONCESIONARIO” (cfr. Apéndice C Predial numeral 1.1.15).

En suma, para este Tribunal, de conformidad con lo específicamente establecido en el contrato de concesión y su régimen legal, la sociedad convocada asumió por su cuenta y riesgo la gestión predial del proyecto a cuya construcción se obligó, y ello supone asumir las consecuencias favorables o desfavorables de los actos jurídicos celebrados por esta con el propósito de materializar la disposición y titularidad de los predios requeridos en cabeza del INCO (hoy, ANI). Resultaría contrario a la estructura del Contrato de Concesión No. 008 de 2010 que fuese el INCO (hoy, ANI) quien terminase asumiendo las consecuencias -para el caso multas, penalidades o incluso perjuicios- asociados a la forma en que la sociedad concesionaria habría asumido y ejecutado prestaciones asociadas al ámbito de su encargo y competencias en materia predial.

Ahora bien, en lo que respecta al ámbito de responsabilidad de la convocada frente a la celebración de los Permisos de Intervención Voluntaria y todas sus consecuencias, se debe tener en cuenta que estos fueron celebrados en ejercicio de una función de naturaleza pública que le fue delegada por la entidad concedente con fundamento en los artículos 34 de la Ley 105 de 1993 y 19 y siguientes de la Ley 1682 de 2013.

En materia de delegación, el artículo 210 de la Constitución Política establece la posibilidad de que los particulares puedan cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley y en lo que respecta a la responsabilidad por los actos del delegatario, los artículos 211 de la Constitución Política y 12 de la Ley 489 de 1998 establecen que dicha responsabilidad corresponderá exclusivamente al delegatario pues la delegación exime de responsabilidad al delegante.

El principio general de responsabilidad patrimonial establecido en el artículo 90 de la Constitución Política le es atribuible a la convocada por tratarse de un particular en ejercicio de funciones del Estado que le fueron delegadas, y por cuanto el mandato suprallegal es aplicable en materia contractual y extracontractual según la sentencia C-333 de 1996 de la Corte Constitucional. Así mismo, el principio especial asociado a la responsabilidad derivada del ejercicio de la función delegada establecido en las normas arriba enunciadas supone la necesidad de que el Tribunal evalúe de cara a la convocada y no al INCO (hoy, ANI) las consecuencias asociadas a la forma en que se ejecutaron las prestaciones acordadas en los Permisos de Intervención Voluntaria celebrados con las convocantes, para así resolver sobre el mérito de las excepciones formuladas en contra de sus pretensiones.

Así, para este Tribunal el ámbito de responsabilidad que recae en cabeza de la sociedad concesionaria en materia de gestión predial -dada la naturaleza y

génesis de los Permisos de Intervención Voluntaria- así como la forma en que estos fueron suscritos en claro ejercicio de una función delegada, le impiden reconocer que las consecuencias de los eventuales incumplimientos de las obligaciones de la convocada deban recaer en cabeza del INCO (hoy, ANI).

En consecuencia, este Tribunal: (i) de conformidad con su interpretación de la naturaleza y alcances del Contrato de Concesión No. 008 de 2010, (ii) según las reglas y principios asociados a la responsabilidad por el ejercicio de la función predial que le fue delegada a la convocada, y (iii) el hecho de que hubiese sido la propia convocada y no el INCO (hoy, ANI) la que gestionó y se encargó de la ejecución de las prestaciones acordadas en los Permisos de Intervención Voluntaria, concluye que la convocada tiene, en efecto, legitimación material en la causa por tener participación directa en ellas y existir fundamento jurídico expreso para el análisis de su responsabilidad en los hechos que dieron origen a la formulación de la demanda y que se contraen a determinar si hubo o no incumplimiento y por lo tanto, si operó o no la penalidad pactada en los diferentes Permisos de Intervención Voluntaria suscritos entre esta y las sociedades convocantes.

La excepción denominada “FALTA DE COMPETENCIA DEL HONORABLE TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO PARA DECIDIR SOBRE LA PRESENTE CONTROVERSIA”

Bajo los mismos fundamentos de la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, la convocada señala que en la forma en que se integró la Litis, el Tribunal no es competente para proferir un laudo que la vincule. Según sus argumentos *“Esto es así, puesto que al haber actuado Vías de las Américas S.A.S. como representante de la ANI, la cláusula compromisoria no vincula a la sociedad que en este momento funge como convocada: sus efectos recaen únicamente en Cultivos Tropicana S.A.S. y Bananera La Florida S.A. de un lado, y la ANI del otro. En consecuencia, al no vincular a Vías de las Américas S.A.S. la estipulación contractual que le otorga competencia al Honorable Tribunal de Arbitramento, es ineludible concluir que la decisión proferida tampoco podrá tener efectos jurídicos sobre mi poderdante”*.

Para resolver este motivo de excepción el Tribunal se remite a los mismos elementos de juicio que tuvo en cuenta para determinar la existencia de legitimación en la causa de la sociedad convocada, bajo el entendido de que, según la naturaleza, el alcance y las particularidades de las obligaciones y riesgos asumidos por esta en el Contrato de Concesión No. 008 de 2010, la responsabilidad que le asiste por haber actuado -para la suscripción de los Permisos de Intervención Voluntaria- en ejercicio de una función delegada y el hecho de haber sido esta la que gestionó y se encargó de la ejecución las

prestaciones acordadas en dichos actos jurídicos, implica que la generalidad de sus efectos, incluyendo los derivados del pacto arbitral, recaigan directamente en dicha sociedad concesionaria.

Adicionalmente, tal como fue señalado al momento en que el Tribunal decidió sobre su propia competencia en la primera audiencia de trámite, las pretensiones suponen asuntos de libre disposición, comprendidas dentro del objeto de los pactos arbitrales establecidos en los diferentes Permisos de Intervención Voluntaria y no existe prohibición legal para resolver sobre el mérito de las mismas.

Por lo expuesto, el Tribunal ratifica que es competente para conocer y decidir el conflicto materia de este laudo y declarará que este motivo de excepción carece de fundamento.

Resueltas de esta forma las excepciones que requerían de decisión preliminar por parte del Tribunal, quedan superados los presupuestos de eficacia y de validez del proceso para proseguir con el juicio de mérito.

2. LA PRUEBA PRACTICADA

Sea lo primero señalar que en la etapa de instrucción del presente proceso arbitral se practicaron con rigor los siguientes medios probatorios: a instancia de la parte convocante, se recibió declaración de Verónica Isabel Andrade Beleño, Andrés Mauricio Osorio Salazar y Estefanía Rendón Moreno y el interrogatorio de parte del representante legal de la sociedad convocada, Vías De Las Américas S.A.S, Edgar Herrera Marciales.

La parte convocante, formuló tacha de la testigo, Verónica Andrade, puesto que consideró que las respuestas suministradas por ésta, fueron parcializadas y fueron motivadas por la relación directa con el cargo que ocupa de coordinadora predial en la sociedad convocada. Esta tacha de sospecha será resuelta por el Tribunal posteriormente luego de la valoración exhaustiva de la prueba en armonía con las demás allegadas al proceso.

Ahora bien, en cuanto a los testimonios de Gerardo Salcedo y Roland Ramos Rivera, no obstante haberse decretado y haberse fijado dos fechas de audiencias -5 de diciembre de 2017 y 25 de enero de 2018-, para ser escuchados, aquellos no comparecieron ni la parte convocante, peticionaria de la prueba, insistió en su recepción.

Igualmente, se practicaron las exhibiciones de documentos solicitadas por la parte demandante a cargo de Vías De Las Américas S.A.S y de Construcciones El Cóndor S.A.

A su turno, por solicitud de la convocada, se recibió testimonio de Carlos Cristian Soto Martín y se practicó interrogatorio de parte al representante legal de las sociedades convocantes, Cultivos Tropicana S.A.S y Bananera La Florida S.A., Javier Francisco Restrepo Girona.

La prueba documental que reposa en el expediente fue debidamente allegada al proceso, entre otras oportunidades procesales, con la demanda, con la respuesta de ésta, y durante el traslado de las excepciones y de la objeción al juramento estimatorio. También a través de los documentos allegados por los testigos y de las exhibiciones de documentos a cargo de la convocada y del tercero, Construcciones El Condor S.A., y con las respuestas a los oficios librados a: Tribunal Administrativo de Cundinamarca y Vías de las Américas S.A.S, surtiéndose su contradicción y sin que se presentaran discusiones respecto de su autenticidad.

Frente a este punto, el Tribunal aclara que fue librado oficio a la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) el 23 de noviembre de 2017, pero no fue arriada respuesta al proceso, pese a los requerimientos efectuados a la parte convocante en las audiencias de pruebas llevadas a cabo el 5 de diciembre de 2017 y el 25 de enero de 2018.

Finalmente, del estudio de la prueba documental se colige que no hay circunstancias o elementos que afecten su mérito probatorio y, por tanto, entiende el Tribunal que su decisión puede apoyarse en este medio probatorio, revisado en conjunto con las demás pruebas practicadas.

3. JUICIO DE MÉRITO.

3.1. Interpretación de las relaciones contractuales surgidas entre las partes.

La jurisprudencia y la doctrina han indicado que existen contratos conexos o coligados cuando un conjunto de contratos tiene como finalidad la ejecución de una operación económica unitaria y compleja. En este sentido la Sección Tercera del Consejo de Estado ha dicho que “[L]os contratos conexos son negocios que se celebran bajo un régimen de dependencia, y en algunos eventos

*de accesoriadad, de manera que las prestaciones que surgen de uno y otro se interrelacionan o combinan entre sí*².

Por su parte, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que: *“habrá conexión contractual cuando celebrados varios convenios deba entenderse que desde el punto de vista jurídico no pueden ser tratados como absolutamente independientes, bien porque su naturaleza y estructura así lo exija, o bien porque entonces quedaría sin sentido la disposición de intereses configurada por las partes y articulada mediante la combinación instrumental en cuestión*”³.

También dijo la Corte que: *“es además, particularmente, exigible la confluencia de los distintos contratos en una función unitaria, esto es, “la unidad del interés globalmente perseguido, lo cual no excluye que tal interés sea realizado a través de contratos diversos, que se caracterizan por un interés inmediato, autónomamente identificable, que es instrumental o parcial respecto al interés unitario perseguido mediante el conjunto de contratos. En los contratos coligados debe por tanto identificarse la causa parcial de cada uno de los contratos y la comprensiva de la operación” (C. Massimo BIANCA, Diritto civile, T. III, Il contratto. Giuffrè Editore, Milano, 1987, p. 457 ss.). (...)En términos simples, pluralidad de negocios jurídicos o contratos y relación, nexo o vínculo por su función y finalidad única perseguida, constituyen presupuestos necesarios de la coligación; cada contrato, empero, es diverso de los restantes, tiene sus propios elementos esenciales, sirve a una función práctica o económica social característica y su cohesión conduce no a otro, sino a la realización de una función única, realizable únicamente por su confluencia y el nexo o vínculo entre todos*”⁴.

En reciente sentencia, la Corte Suprema de Justicia ahondó en la explicación de esta figura jurídica señalando lo siguiente:

“Tratase de la utilización práctica de las diferentes tipologías contractuales, que se enlazan para conformar una unidad negocial inescindible, de modo que surgen entre las diversas formas aplicadas una relación ya sea de mutua dependencia, ora de subordinación, todo en procura de facilitar el intercambio de bienes y productos, la prestación de servicios y el crédito.

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia No. 14943 del 21 de junio de 1999. CP: Dr. Daniel Suárez Hernández.

³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 6 de octubre de 1999. Expediente No. 5224. M.P. Dr. Silvio Fernando Trejos Bueno.

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 1 de junio de 2009. 05001-3103-009-2002-00099-01. M.P. Dr. William Namén Vargas

Es lo que la doctrina y la jurisprudencia han dado en designar como, entre muchas otras locuciones, unión, coligamiento o vinculación de contratos, figura que supone una pluralidad de ellos que, sin perder su fisonomía y autonomía propias, se conjugan para la efectiva realización de una operación económica, que sólo de esta manera puede obtenerse.

(...).

Es del caso enfatizar, entonces, que el coligamiento de contratos se da cuando hay lugar a la celebración de dos o más convenciones, cada una sometida a las normas que la regulan y dirigida al fin que la caracteriza, pero que sirven a un propósito que las supera y arropa, cuyo logro sólo es posible en virtud de su armónica conjunción.”⁵

Sobre la forma en que deben ejecutarse las prestaciones de cada uno de los actos jurídicos requeridos para el logro de la finalidad común, la Corte enfatiza en el cumplimiento de las diferentes prestaciones bajo los postulados de la buena fe. Al respecto, señaló lo siguiente:

“Así las cosas, propio es ver que en los casos de conexidad contractual, las personas vinculadas a la cadena, están obligadas, en primer lugar, a celebrar de forma coordinada la totalidad de los contratos que se requieren para la debida configuración de la red, lo que deben hacer con plena sujeción al proyecto de negocio pretendido; y, en segundo término, a mantener el adecuado funcionamiento del sistema así constituido, por todo el tiempo que corresponda.

Se trata de obligaciones que no son propias de ninguno de los contratos coligados, pero de cuya satisfacción depende tanto el surgimiento como la existencia del entramado contractual y, por sobre todo, la consecución del fin último querido por los interesados.

Para el reconocimiento de tales deberes, basta hacer actuar el principio consagrado en los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio, conforme a los cuales, según el primero, “[l]os contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella”; y, según el segundo, “[l]os contratos deberán

⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 15 de noviembre de 2017. Expediente No. SC18476-2017. M.P. Dr. Álvaro Fernando García Restrepo.

celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural” (subrayas fuera de los textos).

(...)

Sin duda, si el querer de los contratantes es la obtención de un negocio cuya realización exige la celebración de una pluralidad de acuerdos de voluntad funcionalmente vinculados entre sí, se impone a ellos, en aplicación del comentado principio de la buena fe, adecuar su comportamiento a los señalados deberes relacionados con la idónea conformación y el adecuado funcionamiento del sistema, en tanto que, en el caso de los circuitos contractuales, su cumplimiento está directamente relacionado con el logro efectivo de la operación económica proyectada desde el inicio por los interesados.

(...)

En suma, el coligamiento de contratos impone a quienes integren la cadena por ellos conformada, el deber de atender las obligaciones propias de las convenciones conjuntadas y, adicionalmente, las que se derivan de la integración misma, entendida como sistema, particularmente, las relacionadas con su adecuada conformación y su apropiado funcionamiento.”⁶

Para el logro de la finalidad común y de la operación económica asociada a la disposición de los tres diferentes predios bajo la titularidad del INCO (hoy, ANI) con miras a posibilitar la ejecución de la obra propuesta en el Contrato de Concesión No. 008 de 2010, entre las partes convocantes y convocada se celebraron los siguientes actos jurídicos bilaterales: (i) los Permisos de Intervención Voluntaria, (ii) las cesiones de crédito, (iii) las ofertas formales de compra y sus aceptaciones, (iv) las promesas de compraventa, y (v) las compraventas.

Este entramado contractual debe ser analizado bajo el correlacionamiento propio de los contratos conexos o coligados, ya que resultaría ajeno a toda lógica una aproximación simple y aislada de cada uno de los instrumentos por implicar el

⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 15 de noviembre de 2017. Expediente No. SC18476-2017. M.P. Dr. Álvaro Fernando García Restrepo.

desconocimiento del fin último para el que fueron celebradas dichas convenciones. Para el Tribunal resulta claro que, además de la existencia individual de cada uno de los actos jurídicos, estos, en su conjunto, propendieron por una finalidad y objeto común asociado a la disposición y titularidad de los predios por parte del INCO (hoy, ANI) para posibilitar la ejecución de la obra propuesta en el Contrato de Concesión No. 008 de 2010 y permitir así el uso de la infraestructura por parte de la comunidad en general.

Tal como lo señala la jurisprudencia ya citada de la Corte Suprema de Justicia, a las partes interrelacionadas en este tipo de entramados contractuales les corresponde no solamente celebrar la totalidad de contratos que se requieren para la debida configuración de la red sino además **mantener el adecuado funcionamiento del sistema así constituido, para el logro de la finalidad común, por todo el tiempo que corresponda.** Bajo estas premisas subyacen deberes específicos de conducta fincados en el principio de buena fe contractual cuya materialización se encuentra directamente relacionada con el logro de la finalidad común y operación económica proyectada inicialmente por los interesados.

Teniendo en cuenta que el logro de la finalidad común y de la operación económica final viene siendo cuestionado por las sociedades convocantes al reclamar el pago de la penalidad establecida en uno de los instrumentos contractuales de la cadena y, así mismo, el pago efectivo del precio final de la compraventa a través de un proceso ejecutivo instaurado ante la jurisdicción ordinaria, le resulta necesario a este Tribunal establecer el mérito de las pretensiones analizando de forma específica el alcance de las prestaciones y la forma en que se han ejecutado los deberes de conducta que le asisten a las partes para el logro de la finalidad común y el adecuado funcionamiento de este circuito de contratos.

3.2.- Sobre el mérito de las peticiones.

a) Marco Conceptual

El fundamento contractual para reclamar la penalidad lo encontramos en los tres (3) permisos de intervención voluntaria celebrados por las partes, en los que se expresa literalmente que: *“En caso tal que haya incumplimiento por parte de VIAS DE LAS AMERICAS S.A.S. en alguno de los compromisos aquí pactados, se entenderá el valor del anticipo como MULTA sin lugar a devolución por parte del*

propietario, en cuyo caso la OFERTA FORMAL DE COMPRA, contendrá la totalidad del valor del inmueble más el lucro cesante de ser el caso.”⁷

El Tribunal observa que los referidos contratos de intervención voluntaria fueron firmados por las partes, contrario a lo manifestado por la apoderada de la convocada en su alegato de conclusión, pues si bien es cierto el aportado a fls. 30 a 33 no tiene firmas, la copia del mismo que figura a folios 1027 a 1028 fls. sí las contiene, pero además, la celebración de los referidos contratos fue confesada al dar respuesta a la demanda y especialmente existe confesión frente a la cláusula trascrita líneas arriba, al referirse a dicha estipulación contractual de manera expresa cuando se responde el hecho octavo de la demanda.

Pero los tres (3) contratos de intervención voluntaria tuvieron una modificación mediante respectivos “OTRO SÍ”⁸ en los cuales se modificó la penalidad quedando la estipulación de la siguiente forma:

“SEXTO: Que igualmente y de mutuo acuerdo han decidido extender los plazos de la multa establecida en el plazo determinado en la cláusula anterior con motivo del término pactado en el permiso suscrito el 16 de febrero de 2015 y que en lo atinente a la suscripción de este documento se dejará sin efecto el vencimiento de los términos de hacer efectiva la multa pactada de manera automática sin previo requerimiento en documento inicial.” (Destaca el Tribunal)

Y en la cláusula quinta de los “OTRO SÍ” se estipuló que el plazo para la entrega y/o trámite de la notificación de la oferta formal de compra de los tres inmuebles involucrados en los contratos de intervención voluntaria se ampliaba hasta el 7 de abril de 2015.

Los tres “OTRO SÍ” fueron aportados sin firma por la parte convocada dentro del término que se tenía para contestar la demanda, pero su celebración y especialmente la estipulación de la modificación de lo estipulado frente a la penalidad, fue reconocida por la parte convocante en los hechos duodécimo y décimo tercero de la demanda y la celebración de los mismos, igualmente fue confesada en el interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de la convocante al dar respuesta a la pregunta uno del cuestionario.

⁷ Contrato de Permiso de intervención voluntaria del inmueble con matrícula inmobiliaria 008-0011890 fls. 26 a 29 y 1025 a 1026 fte. y vto; del inmueble con matrícula inmobiliaria 034-0000625 fls. 30 a 33 sin firmar pero con firma fls. 1027 a 1028 fte. y vto y del inmueble con matrícula inmobiliaria 034 -552 fls. 34 a 37 y 1029 a 1030 fte y vto.

⁸ Prueba aportada por la parte convocada “OTRO SÍ” frete al inmueble con matrícula inmobiliaria 008-0011890 fls. 387 a 389; del inmueble con matrícula inmobiliaria 034-0000625 fls. 390 a 392 y del inmueble con matrícula inmobiliaria 034 -552 fls. 384 a 386

Son claras para este Tribuna las dos obligaciones asumidas por la convocada, en los tres (3) contratos de intervención voluntaria, cuyo incumplimiento acarrearía la penalidad, una, la de entregar los dineros pactados para cada uno de los predios a manera de anticipo, y dos, surtir el trámite de notificación de la oferta formal de compra sobre los respectivos predios en un plazo determinado.

Para el Tribunal la primera de las obligaciones referida fue cumplida a satisfacción, sin que se presente discusión al respecto entre las partes; la segunda obligación cuyo incumplimiento generaría la multa, no había sido cumplida al momento del acuerdo de los "OTRO SÍ", y por lo tanto, se estipuló lo siguiente: (i) se convino ampliar el plazo para el cumplimiento por parte de VÍAS DE LAS AMÉRICAS de la entrega y/o trámite de notificación de la oferta formal de compra; (ii) el plazo para dicho cumplimiento se extendía hasta el día siete (7) de abril de 2015 y (iii) al vencimiento del plazo sin que se hubiera dado cumplimiento a la obligación, la penalidad pactada no se hacía efectiva de manera automática, sino que se exigía un requerimiento previo documental.

Se observa entonces, que hubo un cambio importante en cuanto a la exigibilidad de la MULTA y es el **requerimiento inicial documental previo**, por lo tanto, para el Tribunal es esencial verificar en primer lugar, si se cumplió con dicho requerimiento ya que la penalidad no operaba de manera automática, para luego pasar a examinar los demás aspectos -y entre estos, el hecho de que a la luz de lo establecido en el inciso segundo del numeral octavo de los permisos de intervención voluntaria, la MULTA debería incluirse o estar contenida en las ofertas formales de compra-, pues de no cumplirse con el requerimiento se hace estéril cualquier otro análisis.

Estando en presencia como se advirtió líneas arriba de contratos conexos o coligados que buscan una finalidad común, en el cual se debe **mantener el adecuado funcionamiento del sistema así constituido, por todo el tiempo que corresponda** -desde el primer acto jurídico hasta el último-, cobra importancia diferenciar entre lo que es la multa -como penalidad asociada al retardo en el cumplimiento de la obligación- y lo que es una cláusula penal -como tasación anticipada de perjuicios en casos de incumplimiento definitivo-, al respecto el Consejo de Estado afirma que:

"Por consiguiente, la multa contractual tiene como función primordial compeler al deudor a la satisfacción de la prestación parcialmente incumplida, es decir, tiene una finalidad eminentemente conminatoria, a diferencia de la cláusula penal, medida coercitiva mediante la cual lo que se busca no sólo es precaver sino también sancionar el incumplimiento total o parcial de las obligaciones a cargo del contratista.

Resulta entonces obvio que las multas pueden hacerse efectivas en vigencia del contrato y ante incumplimientos parciales en que incurra el contratista, pues si por medio de éstas lo que se busca es constreñirlo a su cumplimiento, no tendría sentido imponer una multa cuando el término de ejecución del contrato ha vencido y el incumplimiento es total y definitivo.”⁹

Así mismo, de conformidad con lo establecido en el artículo 1594 del Código Civil es perfectamente posible el pacto de penalidades -MULTAS- por el simple retardo en el cumplimiento de la obligación y en ese caso, su finalidad es de apremio compeler al cumplimiento de la obligación.

Descendiendo al caso que nos ocupa, para el Tribunal tiene sentido -y además se trata de un pacto válido- el acuerdo de las partes según el cual las MULTAS no operaban de manera automática -al tener el convocante el dinero del anticipo que se podía convertir en multa-, sino que era necesario un requerimiento previo, por cuanto precisamente con ellas se buscaban apremiar o conminar a VÍAS DE LAS AMÉRICAS S.A.S. para el cumplimiento oportuno de la obligación de “surtir el trámite de notificación de la oferta formal de compra sobre los predios” en un periodo de tiempo relativamente corto como el pactado, con el fin culminar todos los actos jurídicos individuales que componían el entramado contractual de una manera ágil y lograr obtener prontamente la compensación dineraria total buscada por CULTIVOS TROPICANA S.A.S. y BANANERA LA FLORIDA S.A. Lo anterior se desprende además de la respuesta a la pregunta 1, dada por el representante legal de las convocadas, en el interrogatorio de parte, veamos:

“Quiero ahondar un poquito, quiero aclarar que efectivamente con la doctora Adriana Gallego se pactó que al firmar el proceso de intervención voluntaria irrevocable nos asistía para ese momento un temor fundado en testimonios de otras personas que habían vivido procesos semejantes, de que los concesionarios y específicamente EL CÓNDOR simplemente recibían los predios luego del permiso de intervención voluntaria, y tardaban muchísimo tiempo en presentar las ofertas de compra. Ante ese temor tuvimos una reunión con la doctora Adriana Gallego, esos son parte de las fechas que tengo aquí, precisamente expresándole ese temor y por eso se llegó a un acuerdo, que básicamente provenía de una iniciativa de ella, en pactar una cláusula mediante la cual se nos daba un anticipo, y si

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sent. 68001231500019940982601 (28875), sep. 10/14. C. P. Jaime Orlando Santofimio

*a los treinta días no se nos había entregado la oferta de compra, se convertiría en una multa. (...)"*¹⁰

Dicho objetivo obviamente se alcanzaba no solamente pactando la MULTA sino también mediando requerimiento previo para el cobro, con lo cual se obtenía la coacción suficiente para el cierre de todos los contratos conexos o coligados, lo que implica, que debía ser efectuado a más tardar en el mejor de los casos, antes de la firma de las respectivas escrituras públicas por ser ellas el último eslabón de la cadena de actos jurídicos que pretendían celebrar las partes, perdiendo todo efecto la penalidad si se requería su cobro luego de la celebración de las compraventas, pues era con estas últimas que se obtenía el derecho al pago final.

Para este Tribunal no solo lo literal de lo pactado indica que se trataba de una MULTA sino también las pruebas reflejan la intención de las partes de pactar la MULTA, pues no se pretendía con ellas una indemnización sino un constreñimiento al cumplimiento oportuno de la notificación de las ofertas de compra, con el fin de que la resistente *no se desentendiera en la adquisición de los predios.*¹¹

Teniéndose así los límites temporales en los cuales debe versar el requerimiento para hacer exigible la multa, el Tribunal pasa a realizar la valoración individual de todas y cada una de las pruebas, para posteriormente realizar dicha labor en conjunto y determinar si se obtiene o no la certeza de la existencia de dichos requerimientos.

b) Análisis Probatorio

De los documentos decretados como pruebas tanto de la parte actora como de la parte resistente no se encuentra prueba alguna que indique requerimiento previo para hacer exigible la multa, ni antes de la notificación de la oferta formal ni antes de la firma de las escrituras, que como se afirma en la mejor de las interpretaciones sería el último instante para hacerlo. Como tampoco que se haya incluido en la oferta formal de compra o en su aceptación.

Si se observa la oferta formal de compra¹² las mismas en lo que interesa al Tribunal contienen el valor de la oferta de compra por cada uno de los inmuebles sin discriminar la forma de pago, advirtiéndose que se tiene 15 días para aceptar o rechazar la respectiva oferta y que contra la misma no cabe ningún recurso, sin

¹⁰ Interrogatorio de parte formulado al Señor JAVIER FRANCISCO RESTREPO GIRONA representante legal de las convocantes, respuesta a la pregunta 1, fls. 814 y 815 del expediente.

¹¹ Lo afirma la parte demandada al proponer la excepción de "cumplimiento de la obligación de notificación de la oferta formal de compra" fls. 172

¹² Se pueden observar impresa folios 1042 y siguientes del cuaderno 2.

embargo la parte convocante frente a las respectivas ofertas, solicita la revisión y/o impugnación ante ASOLONJAS del avalúo comercial de los predios¹³, afirmándose en cada una de las solicitudes que *“Al respecto, vale la pena destacar que el único móvil que subyace a dicha solicitud es la de perseguir una justa valoración del predio de nuestra titularidad y así poder avanzar en la negociación voluntaria del mismo, dentro de los plazos legalmente establecidos, para no perturbar el normal desarrollo del proyecto.”*, sin aprovechar la oportunidad y en ese mismo escrito realizar el respectivo requerimiento para el cobro de la multa, como tampoco se advierte la intención en dichas solicitudes de que se va proceder a reclamar la misma o que se incluya en la mencionada oferta.

La revisión y/o impugnación del precio obtuvo una respuesta negativa de parte de VÍAS DE LAS AMÉRICAS S.A.S.¹⁴ y las sociedades convocantes enviaron carta de aceptación de las referidas ofertas, sin que se aprecie del tenor literal de dichas aceptaciones aportadas al proceso -que resultaron ser puras y simples-, requerimiento para el cobro de la multa. Esta sólo circunstancia implicó que no se hubiera materializado una de las condiciones pactadas para la implementación de las MULTAS que a voces del inciso segundo del numeral octavo de los permisos de intervención voluntaria, consistía en incorporar las mismas en las ofertas formales de compra de los inmuebles.

De esta forma, las partes proceden entonces, el día trece (13) de agosto de dos mil quince (2015) a firmar las tres promesas de compraventa de los inmuebles¹⁵, en las cuales en la cláusula octava de cada una se estipuló la forma de pago consistente en un 70% del valor ofrecido pagadero a los 30 días hábiles siguientes a la firma de la promesa y el 30% restante a los 30 días hábiles siguientes a la presentación de la escritura pública debidamente registrada, con el certificado de tradición y libertad donde aparezca la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA propietaria del inmueble, forma de pago que cobra relevancia por cuanto se había pactado en el Permiso de Intervención Voluntario de cada uno de los inmuebles que, el dinero entregado a guisa de anticipo sería reintegrado por el propietario al momento de la firma de la promesa o escritura pública, pero en caso de incumplimiento se entendería el valor del anticipo como MULTA sin lugar a devolución.¹⁶

Y precisamente para garantizar el reintegro o la devolución del anticipo, en caso de que no existiera incumplimiento, se celebraron los tres contratos de cesión de

¹³ Frente al identificado con matrícula inmobiliaria No. 008-0011890 fls. 318 a 329; en relación con la matrícula inmobiliaria No. 034- 625 fls. 330 a 344 y el de matrícula inmobiliaria 034- 552 fls. 345 a 361

¹⁴ fls. 1124 a 1154

¹⁵ Fls. 260 a 271.

¹⁶ Clausula Octava y antepenúltimo inciso en cada uno de los permisos de intervención voluntario.

crédito¹⁷, estipulando en la cláusula tercera de cada uno de ellos, que para dar eficacia a la cesión se entendería notificado el deudor del crédito cedido con la solicitud de pago que por escrito hiciera VÍAS DE LAS AMÉRICAS S.A.S. anexando copia de la cesión y copia de los contratos de promesa o de compraventa, de donde, es evidente para el Tribunal que uno de los precisos momentos para requerir el cobro de la penalidad de conformidad con los establecido en los “OTRO Sí”, era antes de que se produjera el descuento del anticipo a la convocada por vía de cesión de crédito, pero no se encuentra prueba en el expediente de que el requerimiento se haya producido, y por el contrario, se aprecia prueba según la cual haciendo efectiva las cesiones de créditos se le descontó a CULTIVOS TROPICANA S.A.S. y BANANERA LA FLORIDA S.A. del pago del 70% pactado en las promesas, el dinero que había recibido a título de anticipo a la firma de los Permisos de Intervención voluntaria¹⁸, reconociéndole posteriormente la ANI dichos dineros a la convocada¹⁹, sin que se pudiera transformar el anticipo en MULTA por la ausencia del requerimiento previo y escrito de las convocadas para hacer valer la penalidad.

Además, es importante tener en cuenta la confesión del representante legal de las convocantes, cuando al dar respuesta a la pregunta 18 afirmó, que no le informó a la ANI en ningún momento que se abstuviera de reconocer el crédito cedido.

Existe en la foliatura una serie de correos electrónicos cruzados entre los diferentes actores, enviados antes de la firma de las promesas de compraventa, pero en ninguno de ellos aparece una manifestación clara y expresa del requerimiento para el cobro de la multa por el incumplimiento que a VÍAS DE LAS AMÉRICAS se le imputa en este proceso, pues la mayoría de ellos se refiere precisamente a la manera como se iba a dejar planteado en la promesa de compraventa, el pago que se había recibido ya por parte de la convocante anticipadamente por uno de los inmuebles.

Solamente existe un correo electrónico que hace referencia a la multa y es el enviado por la Asesora Jurídica del Condor Estefanía Rendon Moreno a la

¹⁷ Fls. 39 a 56 , 670 a 672 y 1232 a 1240

¹⁸ El referido descuento quedo acreditado con los documentos presentados en la exhibición realizada por la parte convocada a petición de la convocante en audiencia del 5 de diciembre de 2017. E igualmente se reconoce en el hecho octavo de la reforma a la demanda ejecutiva presentada por las convocadas a la convocante.

¹⁹ Reembolsados por la ANI mediante resolución 1850 del 30 de octubre de 2015 y la resolución 321 del 23 de febrero de 2016, conforme los documentos que reposan en el expediente aportados en la exhibición de documentos por parte de la convocada. Y fls. 569 vto. donde el revisor fiscal de la convocada certifica que: “Estos pagos fueron desembolsados desde la CUENTA DE AHORROS FIDUBANCOL PREDIOS 2 No. 2455328879, estos recursos inicialmente fueron financiados por vías de las Américas vía Créditos con Bancolombia y luego fueron reembolsados por la ANI mediante resolución 321 del 23/02/2016 y 1850 del 30/10/2015”

Ingeniera Adriana Gallego Oke²⁰, que en lo pertinente dice: “revisado el tema, le adjunto las tres promesas de compraventa a suscribir, no hay problema que en la forma de pago no se haga referencia al tema de la multa y del recibo del anticipo, estas promesas de compraventa se acompañan de la cesión de crédito la cual me indicó Catalina, ya está firmada.”²¹, así mismo, la Abogada Rendon Moreno rindió declaración al respecto, manifestando que la petición de estipular la forma de pago en la forma global fue por petición de la parte convocada y expuso:

“PREGUNTADA: Era frente a los acuerdos firmados y los acuerdos verbales entre las partes, la declaración sobre los acuerdos suscritos, o sea los firmados, y los acuerdos verbales, y qué motivó la redacción de las minutas de promesa y compraventa en los términos en que fueron suscritas. CONTESTÓ: Era eso, que ellos solicitaban que no se pusiera que se había recibido el anticipo en tal fecha, tal pago, sino que se pusiera un valor global y unas formas de pago, no me acuerdo cuánto era, un porcentaje, y no más. Era eso como la solicitud, el acuerdo. Catalina me expresó en esa pequeña reunión, porque fue cuestión de diez, quince minutos, ella nos dijo ahí: “ustedes no tienen nada que perder, porque es que ustedes tienen las cesiones de esos créditos, es que El Cóndor tiene el sartén por el mango, ustedes tienen eso para cobrarlo directamente, entonces no hay ninguna mala intención, no hay nada grave, sólo queremos firmarlo así”. En esos términos fue que yo lo revisé y lo aprobé así.”

En esa misma declaración, se le interroga a la testigo sobre el tema de la multa y es clara en manifestar que se le informó de la inexistencia de una reclamación formal por parte de los convocantes, veamos:

“PREGUNTADA: Entonces de esos acuerdos verbales o de esa corta reunión, ¿qué recuerda de la multa, del pacto de la multa? CONTESTÓ: No, en la reunión no se trató el tema de la multa, la reunión era la solicitud de firmar sin el tema del anticipo y que Andrés Osorio estaba ranchado en eso. Cuando yo le mando el correo a la ingeniera, liberándole, diciéndole: “ingeniera, listo, puede firmar”, ella se lo reenvía a Andrés, y la verdad yo no conozco ni siquiera a Andrés. O sea, quiero explicarles es que nosotros no participamos en ese día a día. Entonces ella se lo manda a Andrés, y Andrés le comenta algo a la ingeniera, y la ingeniera me dijo, me manda ese correo a mí y me dice: “¿Usted qué opina de esto?”, porque yo ya le había dicho: “Sí ingeniera, firme”. Entonces ella me manda una opinión que le mandó Andrés Osorio a ella, en donde Andrés le dice: “Mucho ojo, insisto en que no estoy de acuerdo en que se firme de esta manera”. Él se puso molesto porque yo estaba revisando eso y desautorizando, porque como le digo, nosotros no somos funcionarios de VIAS, entonces él es un director predial con una experiencia predial muy amplia, y llega una coordinadora

²⁰ La ingeniera Adriana Gallego Oke firmo las promesas de compraventa en su calidad de representante legal de VÍAS DE LAS AMÉRICAS S.A.S.

²¹ Documentos aportados por la parte actora a fls. 452 y se repite a fls 453.

jurídica que es como por debajo en rango, en experticia en el tema, a desautorizarle algo que él ya dijo. Entonces era un correo disgustado, diciendo que él no estaba de acuerdo, por qué me había consultado eso a mí, que además él ya lo había revisado y que él insistía en que no estaba de acuerdo, que tuviera en cuenta el tema de la multa del acta de entrega anticipada. Para mí, cuando yo revisé eso, yo le dije: “Ingeniera, ¿pero cómo es el tema de la multa?”. Eso no se pudo hacer ni siquiera en persona, yo estaba en Bogotá en una reunión, entonces yo llamé a la ingeniera, porque ella me dijo: “¿Vio el correo de Andrés? Él sigue bravo con eso”, y yo le dije: “¿Pero qué es el tema de la multa?”. La ingeniera me dice a mí: “Yo no sé, ellos allá dicen que Catalina pretende algo con una multa del acta de entrega del predio anticipada, pero acá no hay papeles de eso, acá no hay una reclamación formal, aquí no hay nada”. Entonces yo le dije: “Pero cómo así, o sea, si estamos firmando una promesa, yo entiendo que ya está superado, si está aceptada una oferta yo entiendo que ya está superado el tema de la entrega anticipada, yo no creo que exista el configurar en ese momento ninguna multa; para mi análisis del caso jurídico no es como configurar ninguna multa, de lo que ustedes me están mostrando y de lo que ustedes me están contando, no he configurado nada”. Entonces cuando yo mando la aprobación final, porque la ingeniera me dice: “Entonces vuelva y me escribe el correo para que quede ya todo definido”, entonces yo le escribo así, le escribo: “Creo que está bien, y no hay ninguna multa configurada, o sea, para qué vamos a poner ningún tema de nada si ellos ni siquiera han presentado una reclamación formal; para mí la multa no existe y para mí no hay problema en poner lo del anticipo si es la forma en que ellos vamos a lograr que firmen y avanzar en el caso”. Era algo así, lo podemos consultar y leerlo textual, pero era el sentido.” (Subraya el Tribunal)

Una vez examinada toda la prueba practicada y aportada, para el Tribunal es evidente que antes de las firmas de los referidos contratos de promesa de compraventa, no existe requerimiento previo con el fin de hacer valer la penalidad, avizorándose únicamente que se da a entender por parte de los convocantes un eventual interés de hacer efectiva en un futuro la MULTA pactada, lo cual no es suficiente, ya que finalmente no fue materializado dicho interés por medio del respectivo documento en el que se requiriera su pago, como lo exigía el pacto realizado en los “OTRO SÍ”, pues la sanción no operaba de manera automática.

El eventual interés de hacer valer la MULTA en el futuro, se desprende de la solicitud de la parte convocante, de que en las promesas de compraventa no se incluyera la exoneración de la pena, tal como lo afirma el representante legal de las convocantes al absolver interrogatorio de parte²², lo cual va en armonía con los correos electrónicos cruzados y el texto final de las promesas de compraventa, pero dicho interés no se hizo efectivo al no realizarse el

²² Fls. 823 y 824 dando respuesta a la pregunta formulada por el Presidente del Tribunal.

requerimiento documental. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que dicha multa no fue incorporada en la oferta formal de compra o en su aceptación tal como se había establecido en el numeral octavo inciso segundo de los permisos de intervención voluntaria.

Existe prueba en el expediente de las respectivas escrituras públicas²³ contentivas de las compraventas de los tres inmuebles y las respectivas copias de los certificados de libertad²⁴, actos jurídicos con los cuales se culminaba el entramado contractual de todos los negocios conexos, y aunque son copias simples, para el Tribunal son suficientes, de conformidad con lo establecido en el inciso segundo del artículo 244 del C.G.P., por cuanto no se formuló tacha alguna en relación con dichos documentos ni fueron desconocidos y, adicionalmente, porque con ellas no se pretende acreditar la propiedad de los inmuebles, sino la celebración de los respectivos actos el día 17 de noviembre del año 2015, sin que exista prueba de requerimiento documental alguno por parte de los convocantes para hacer valer la MULTA pactada antes de la fecha en que se firma las respectivas escrituras, culminando el ciclo contractual entre las partes precisamente el día 17 de noviembre de 2015.

El Tribunal reitera que el requerimiento previo para hacer valer las penas, convirtiendo el anticipo en multa, tenía razón de ser hasta antes de la firma de las escrituras, ya que luego del perfeccionamiento de la compraventa se causaba el treinta por ciento (30%) restante del precio de los inmuebles, según las promesas de compraventa y precisamente las multas tenían una naturaleza compulsiva, sirviendo para instar a la convocada en la pronta culminación de los contratos conexos, pues luego del perfeccionamiento de las escrituras, solo faltaba el registro de las mismas, la obtención del certificado de libertad y el cumplimiento del plazo, para constituir el título ejecutivo por el valor del precio faltante.

Para poder hacer efectivo el cobro del saldo del precio de los inmuebles luego de la firma de las escrituras públicas, el convocante no requería de las escrituras aclaratorias en cuanto a la forma de pago, presentándose discusión entre las partes por las escrituras aclaratorias, hechos frente a los cuales giraron algunas pruebas documentales y testimoniales en este proceso, entre ellas la de la doctora Verónica Isabel Andrade Beleño quien fue tachada de parcialidad, pero se insiste, las referidas aclaraciones no eran necesarias, lo que se hizo evidente con el proceso ejecutivo iniciado por la convocante a la convocada, logrando el pago de dicho saldo tal como consta en la prueba documental aportada y como lo

²³ Fls. 210 a 156 escrituras públicas en copia simple, prueba aportada por la parte convocada.

²⁴ Fls. 1196 a 1207 copia de los certificados de los inmuebles.

confiesa el representante legal de las convocantes al dar respuesta a la pregunta 9 del interrogatorio de parte.

Para este Tribunal las multas se debían imponer al momento de la celebración de la promesa de compraventa, previo requerimiento, con el fin de que con el pago de la primera cuota estipulado en las promesas, el anticipo se tomara como multa; o a más tardar, antes de la firma de las compraventas, igualmente previo requerimiento, pues con la celebración de las ventas se daba por terminado toda la configuración de la red contractual.

Corolario de lo expuesto, se tiene por este Tribunal que la MULTA fue pactada entre las partes como medida coercitiva que tenía en sus manos CULTIVOS TROPICANA S.A.S. y BANANERA LA FLORIDA S.A. mientras se hallaba pendiente la ejecución de las obligaciones por parte de VÍAS DE LAS AMÉRICAS en todo el entramado contractual, constreñimiento que le servía, para buscar que se cumplieran prontamente todos los actos jurídicos necesarios para tener derecho a la totalidad del pago de los tres predios comprometidos, pero una vez perfeccionados los mismos, sin haberse incorporado en el acto jurídico resultante de la oferta formal de compra y su aceptación, ni haberse realizado el requerimiento previo documental para obtener la penalidad, su cobro posterior atenta contra la naturaleza misma de dicha sanción pecuniaria al no ser indemnizatoria, por lo tanto, cesó la facultad de hacerla valer y ya no es exigible, sin que se pueda abrir paso las peticiones de la convocante.

De la anterior forma, quedan resueltas todas las excepciones propuestas frente al tema de la multa, pues al no prosperar las mismas no se hace necesario el pronunciamiento expreso frente a cada una de ellas.

c) Decisión sobre las Pretensiones

Para el Tribunal, la petición primera de *declarar el incumplimiento de las obligaciones pactadas en los tres (3) contratos de PERMISO DE INTERVENCIÓN VOLUNTARIO al no haberse notificado o dado inicio a los trámites de notificación de la oferta formal de compra el día siete (7) de abril de 2015*, resulta inocuo, puesto que VÍAS DE LAS AMÉRICAS S.A.S. no es deudora de las multas y por tanto las peticiones de condena no son llamadas a prosperar conforme lo ya expuesto en este laudo, por tanto, la valoración al respecto se realizará verificando si llegado el día indicado se cumplió o no con dicha obligación.

Existe confesión de la parte convocada al dar respuesta al hecho décimo cuarto de la demanda, cuando admite que *“Finalmente la oferta de compra sólo fue notificada el día 09 de abril de 2015, esto es, en una fecha posterior al plazo pactado por las partes”*, de donde no queda la menor duda para el Tribunal que el plazo pactado era para cumplir con la obligación de notificación de las ofertas

y esta notificación se produjo con posterioridad a la fecha acordada, incumpléndose efectivamente con dicha obligación y quedándose sin piso los argumentos expuestos en los alegatos de conclusión, sobre el cumplimiento de la referida obligación. Pero no se puede cerrar los ojos ante la evidencia de que todos los actos jurídicos que componían el entramado contractual cumplieron con la finalidad propuesta.

Resulta evidente, según lo que claramente se estipuló en los permisos de intervención voluntaria y sus "OTRO SÍ" que lo que pretendían las partes era que a más tardar el día (7) de abril de 2015 se notificara por parte de VÍAS DE LAS AMÉRICAS la oferta formal de compra de cada uno de los predios a los convocantes, diligencia en la cual los más interesados eran CULTIVOS TROPICANA S.A.S. y BANANERA LA FLORIDA S.A., pues ese era el primer paso para obtener rápidamente el valor total de los inmuebles que iba a enajenar y frente a los cuales voluntariamente ya habían otorgado el permiso de intervención para que en ellos se iniciaran los trabajos constructivos. Lo cual no fue cumplido en el plazo acordado, pero sin que ello, convierta a la parte convocada en deudora de las multas.

El incumplimiento se presenta por el retardo en la obligación de notificar el día (7) de abril del año 2015, pero la notificación se llevó a efecto el día (9) de abril del año 2015, vale decir, dos días después de la fecha pactada, sin que de ello surgiera, por sí solo, el derecho a la multa que reclama la parte convocante en sus peticiones segunda y tercera de la demanda, lo anterior, tal como fue expuesto en párrafos precedentes en la medida en que, ésta no fue incorporada en las ofertas formales de compra o su aceptación y no existió oportuno requerimiento, exigido en los diferentes "OTRO SÍ", ni aún antes de la celebración de los contratos de compraventa que cerraban la cadena contractual.

Por último, VÍAS DE LAS AMÉRICAS S.A.S. no presentó ninguna excepción que atacara el referido incumplimiento, ni el Tribunal encuentra probado ningún hecho que impida la prosperidad de la referida petición, pues todas las excepciones formuladas atacan la no causación de la multa, incluida la denominada "3.4. Cumplimiento de la obligación de notificación de la oferta formal de compra" que va dirigida a exponer como la sanción estaba sometida a una condición suspensiva que no acaeció. Como tampoco se observa petición alguna de la parte convocante asociada a una consecuencia diferente al reconocimiento de la multa con ocasión del incumplimiento declarado.

En conclusión, se deberá declarar que la primera petición prospera, pero no así las consecuenciales ni las de condena.

3.3.- La tacha de sospecha de la testigo Verónica Isabel Andrade Beleño.

La tacha por falta de imparcialidad de un testigo implica que, al momento de valorar dicha prueba, el fallador ponga especial interés en el mismo, de modo que pueda descubrir si efectivamente su credibilidad queda en entredicho, vale decir, que lo expuesto por el declarante se aleja de la realidad. En nuestro caso, se tachó a la testigo Verónica Isabel Andrade Beleño por el cargo que ocupa en la empresa convocada VÍA DE LAS AMÉRICAS S.A.S., vínculo que se encuentra acreditado en la referida declaración, donde la deponente manifestó que era coordinadora predial de dicha sociedad, por tanto, una vez acreditada la circunstancia el Tribunal procedió a valorar la prueba bajo la tacha presentada y encontró que NO PROCEDE pues en lo expuesto por la Abogada Andrade Beleño no se descubre ánimo de distorsionar la realidad de lo ocurrido y el vínculo laboral revelado no es por sí mismo suficiente para la prosperidad de la mencionada tacha.

4. EL JURAMENTO ESTIMATORIO

El artículo 206 del C.G.P., determina el deber, a cargo de quien formula una demanda referida al reconocimiento de una indemnización, compensación o al pago de frutos o mejoras, de realizar una estimación razonada de la indemnización. Asimismo establece la posibilidad de una sanción en favor del Consejo Superior de la Judicatura cuando el monto estimado de los perjuicios exceda del 50% del monto probado, así como una sanción del 5% ante la falta de prueba de perjuicios. El inciso primero de la norma en comento es del siguiente tenor:

“ARTÍCULO 206. JURAMENTO ESTIMATORIO. Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación.

En el caso que ocupa al Tribunal, si bien la parte convocante incluyó en su demanda el juramento estimatorio, y este fue objetado por la convocada, la norma no resulta aplicable, en tanto que no se pretende en este proceso el

reconocimiento de una indemnización de perjuicios, que es la situación que se regula.

En efecto, lo que la parte convocante pretende en su demanda es la declaratoria de incumplimiento y como consecuencia de ello, el reconocimiento de las “multas” y/o cláusulas penales pactadas en los contratos de permisos de intervención voluntaria, sin lugar a intereses moratorios, puesto que expresamente fueron excluidos de la petición, por lo cual, no se trata entonces de una pretensión tendiente a obtener una indemnización de perjuicios sino el pago de una multa o penalidad de apremio.

Expuestas las anteriores consideraciones, resulta evidente que la exigencia contemplada en el artículo 206 del C.G.P. no tiene aplicación en el presente caso y por ello, si bien no han de prosperar las pretensiones de condena formuladas, no hay lugar a sanción alguna por este concepto.

5.- COSTAS Y GASTOS DEL PROCESO

El artículo 365 del Código General del Proceso establece que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, pronunciamiento que debe hacerse en la sentencia. La norma establece además que sólo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron. Así mismo, esta misma disposición establece en su numeral 5° que *“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.”*

Es sabido que las costas están constituidas tanto por las expensas, esto es, por los gastos judiciales en que incurren las partes por la tramitación del proceso, como por las agencias en derecho, definidas como los gastos de defensa judicial de la parte victoriosa, a cargo de quien pierda el proceso.²⁵

Precisado lo anterior, ante la circunstancia de que en el presente caso prosperará sólo parcialmente la demanda pero especialmente que no prosperan las pretensiones económicas formuladas, el Tribunal con fundamento en lo establecido en el artículo 365 numeral 5 del Código General del Proceso se abstendrá de condenar en costas a la parte convocante.

CAPITULO CUARTO

PARTE RESOLUTIVA

²⁵ Acuerdo 1887 de 2003 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

En mérito de las consideraciones que anteceden, el Tribunal Arbitral integrado para resolver las diferencias promovidas por CULTIVOS TROPICANA S.A.S y BANANERA LA FLORIDA S.A contra de VÍAS DE LAS AMÉRICAS S.A.S, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, en decisión unánime y por autoridad de la ley,

F A L L A:

Primero.- Declarar no probadas las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva de la sociedad VÍAS DE LAS AMÉRICAS S.A.S. y de falta de competencia del Tribunal de Arbitramento para decidir sobre la controversia.

Segundo.- Declarar que VÍAS DE LAS AMERICAS S.A.S. incumplió con las obligaciones pactadas en los "PERMISO DE INTERVENCIÓN VOLUNTARIA" suscritos el día 16 de febrero de 2015, al no haber notificado la oferta formal de compra el día siete (7) de abril de 2015 a las sociedades convocantes y que recaían sobre los siguientes inmuebles: el de matrícula inmobiliaria No. 008-0011890 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Apartadó, suscrito con CULTIVOS TROPICANA S.A.S.; el de matrícula inmobiliaria No. 034-552 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Turbo, suscrito con BANANERA LA FLORIDA S.A. y el de matrícula inmobiliaria No. 034-625 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Turbo, suscrito con BANANERA LA FLORIDA S.A.

Tercero.- Negar que VÍAS DE LAS AMÉRICAS S.A.S. es deudora de la sociedad CULTIVOS TROPICANA S.A.S y de la sociedad BANANERA LA FLORIDA S.A. de las sumas solicitadas a título de multa.

Cuarto.- Negar la condena solicitada por multa en contra de la sociedad VÍAS DE LAS AMÉRICAS S.A.S. y a favor de la sociedad CULTIVOS TROPICANA S.A.S y de la sociedad BANANERA LA FLORIDA S.A., y en consecuencia, negar los intereses solicitados.

Quinto.- Negar la tacha presentada frente a la testigo VERONICA ISABEL ANDRADE BELEÑO.

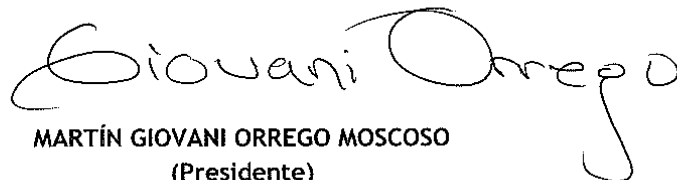
Sexto.- Negar las demás excepciones formuladas por la parte convocada.

Séptimo.- Abstenerse de condenar en costas.

Octavo.- Disponer que por Secretaría se expidan copias auténticas del presente Laudo con destino a cada una de las partes, con las constancias de ley.


Noveno.- Disponer que en firme esta providencia, el expediente se entregue para su archivo al Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia (Art. 47 de la Ley 1563 de 2012).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MARTÍN GIOVANI ORREGO MOSCOSO
(Presidente)


FERNANDO OSSA ARBELÁEZ


DANIEL ARANGO PERFETTI


JUAN DAVID POSADA GUTIÉRREZ
Secretario