

CÁMARA DE COMERCIO DE MEDELLÍN PARA ANTIOQUIA
CENTRO DE ARBITRAJE

LAUDO ARBITRAL

H.B. FULLER COLOMBIA S.A.S.

CONTRA

CONSTRUCOL S.A.S.

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

CÁMARA DE COMERCIO DE MEDELLÍN PARA ANTIOQUIA
CENTRO DE ARBITRAJE
LAUDO ARBITRAL

Medellín, veintinueve (29) de octubre de dos mil diez y ocho (2018)

Según lo anunciado en Auto No. 23 del 13 de septiembre de 2018, el **Tribunal de Arbitramento** expide el **Laudo** que se expresa a continuación:

I. TRÁMITE DEL PROCESO ARBITRAL

A. Demanda e integración del Tribunal.

1. El día 25 de julio de 2017 H.B. FULLER COLOMBIA S.A.S., domiciliada en Rionegro, identificada con el Nit 800.026.092-2, representada legalmente por la señora LINA MARÍA GARCÍA MEJÍA, con C.C. 43.828.276, como parte demandante, a través de apoderado judicial, presentó ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia la demanda arbitral, con el fin de que se integrara un Tribunal de Arbitramento que resolviera las pretensiones formuladas en la misma en contra de la siguiente persona jurídica, CONSTRUCOL S.A.S., domiciliada en Medellín, identificada con el Nit 811.023.770-4, representada legalmente por el señor JUAN FRANCISCO VELÁSQUEZ VARGAS, con C.C. 71.637.290.
2. Tal petición está fundada en el pacto arbitral, en su modalidad de cláusula compromisoria, contenida en el CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL IRREVOCABLE DE ADMINISTRACIÓN INMOBILIARIA FIDEICOMISO HB FULLER, suscrito entre las partes del presente proceso arbitral -y FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A.-, celebrado el día 17 de mayo de 2013, visible a folio 38 (al reverso) del expediente, cuyo texto es del siguiente tenor:

"Todas las controversias que se deriven del presente contrato o que guarden relación con éste serán resueltas definitivamente por un Tribunal de Arbitramento que funcionará de acuerdo con el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia. El Tribunal sesionará

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

en la sede de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia y decidirá en derecho."

3. Las partes de común acuerdo, mediante acta del día 3 de agosto de 2017 (Cfr. Folios 124 y ss del Cuaderno Principal), designaron como árbitros principales a los Doctores **JUAN DAVID POSADA GUTIÉRREZ, SERGIO ALBERTO MORA GÓMEZ y JUAN MANUEL FERNANDEZ VELÁSQUEZ**, a quienes se le comunicó su designación por parte del Centro y quienes la aceptaron oportunamente, tal como consta en los documentos que obra a Folios 127 y ss del Cuaderno Principal.
4. Adicionalmente, en los actos de aceptaciones de sus cargos, los árbitros designados dieron cumplimiento al deber de información contenido en el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012, el cual fue comunicado a las partes tal como consta en los documentos obrantes a folios 130 y ss del expediente.
5. Integrado debidamente el Tribunal, el Centro de Arbitraje citó¹ a los árbitros y a los apoderados de las partes para efectos de realizar la audiencia de instalación del Tribunal (Cfr. Inc. 1º Art. 20 de la Ley 1563 de 2012).

B. Audiencia de Instalación, Designación y Posesión del Secretario, Juicio de Admisibilidad, Derecho de Contradicción, Conciliación Arbitral, Fijación de Gastos y Honorarios y Primera Audiencia de Trámite.

1. Mediante Auto No. 1 del 11 de septiembre de 2017, el Tribunal Arbitral se instaló formalmente, designó como Presidente al Dr. Juan David Posada Gutiérrez y como Secretario al Dr. Luis Guillermo Rodríguez D'Alleman, fijó el lugar de funcionamiento del Tribunal y reconoció personería a los apoderados de las partes, entre otras cuestiones².
2. Seguidamente, mediante Auto No. 2³, el Tribunal admitió la demanda arbitral, ordenó la notificación personal de la misma y dispuso correr traslado de ella por el término de 20 días a la parte demandada.
3. Posteriormente, el Secretario designado, mediante documentos visibles a folios 148 y ss del expediente, aceptó el cargo y dio cumplimiento al deber de información contenido en el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012, el cual fue comunicado a las partes tal como consta en las comunicaciones obrantes a folios 150 y ss del expediente.

¹ Cuaderno Principal – Folios 132 y ss.

² Cuaderno Principal – Folios 141 y ss.

³ Cuaderno Principal – Folios 143 y ss.

4. La parte convocada dio respuesta a la demanda, objetando el juramento estimatorio y proponiendo excepciones de mérito, entre otras cuestiones, de conformidad con los documentos que obran a folios 152 y ss del expediente.
5. Posteriormente, mediante Auto No. 5 del 3 de noviembre de 2017⁴, el Tribunal posesionó al Secretario designado y dio traslado de la objeción al juramento estimatorio y de las excepciones de mérito contenidas en la contestación de la demanda a la parte convocante.
6. La parte convocante se pronunció dentro del término de traslado a que se hizo referencia en el numeral anterior, de conformidad con los documentos que obran a folios 241 y ss del expediente.
7. Posteriormente, dentro de la oportunidad para ello, la parte convocante reformó la demanda, de conformidad con el escrito y anexos que obran a folios 288 y siguientes del expediente.
8. Posteriormente, mediante Auto No. 7⁵, el Tribunal admitió la reforma a la demanda, ordenó la notificación de la misma y dispuso correr traslado de ella por el término de 10 días a la parte demandada.
9. El Tribunal dio el trámite correspondiente a la reforma de la demanda, notificándola electrónicamente a la parte convocada y, posteriormente, dando el traslado correspondiente de las excepciones de mérito y del juramento estimatorio contenidos en su respuesta a la parte convocante, de conformidad con las providencias y demás documentos obrantes a folios 403 y ss del expediente.
10. Posteriormente el Tribunal, mediante auto No. 09 de 18 de enero de 2018, fijó fecha para la audiencia de conciliación⁶.
11. En audiencia del 2 de febrero de 2018 el Tribunal declaró fracasada totalmente la audiencia de conciliación prevista en el art. 24 de la Ley 1563 de 2012 y, seguidamente, mediante Auto No. 10⁷, se fijaron los gastos y honorarios del Tribunal, estableciendo las sumas a cargo de las partes por los siguientes conceptos:
 - a. Honorarios de los Árbitros y del Secretario;
 - b. Gastos de funcionamiento del Tribunal; y
 - c. Gastos de administración del Centro de Arbitraje.

⁴ Cuaderno Principal – Folios 227 y ss.

⁵ Cuaderno Principal – Folios 401 y ss.

⁶ Cuaderno Principal – Folios 486 y ss.

⁷ Cuaderno Principal – Folios 501 y ss.

12. Únicamente la parte convocante consignó, en las oportunidades procesales de que trata el artículo 27 de la Ley 1563 de 2012, la totalidad de los gastos y honorarios decretados por este Tribunal Arbitral.
13. Mediante Auto No.12⁸ de 23 de febrero de 2018, notificado por correo electrónico a las partes, el Tribunal fijó fecha y hora para la Primera Audiencia de Trámite.
14. Mediante Auto No. 13⁹, proferido en audiencia del 5 de marzo de 2018, el Tribunal: i) se declaró competente para conocer y decidir respecto de las pretensiones y excepciones contenidas en la demanda y su contestación; ii) aplicó el art. 10 de la Ley 1563 de 2012, en el sentido que el término de duración del proceso sería de seis (6) meses contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite; y iii) ordenó el pago del 50% de los honorarios a los árbitros y al secretario, y el 100% al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín (Cfr. Art. 28 Ley 1563 de 2012).
15. Dentro de esa misma audiencia, y mediante Auto No.14¹⁰, el Tribunal decretó los medios de prueba solicitados por las partes (Cfr. Inc. 3 del Art. 30 Ley 1563 de 2012), así;

“Se decretan todos los medios de prueba que fueron solicitados por la parte demandante, así:

1. DOCUMENTAL:

Se decretan como pruebas, con el valor individual que la ley les asigna, los documentos enunciados y anexados a la demanda inicial, al pronunciamiento respecto de las excepciones de fondo planteadas frente a la demanda inicial y a la demanda reformada.

2. INTERROGATORIO DE PARTE:

Se decreta el interrogatorio de parte al representante legal de la parte demandada, solicitado en la demanda inicial y en la demanda reformada.

3. TESTIMONIOS:

Se decretan los testimonios solicitados en la demanda inicial, en el pronunciamiento respecto de las excepciones de fondo planteadas frente a la demanda inicial, en la demanda reformada y en el pronunciamiento respecto de las excepciones de fondo planteadas frente a la demanda reformada, a los señores GUILLERMO FERNÁNDEZ, AMPARO DEL SOCORRO CARMONA

⁸ Cuaderno Principal – Folios 520 y ss.

⁹ Cuaderno Principal – Folio 531.

¹⁰ Cuaderno Principal – Folios 532 y ss.

TORO, JORGE ANDRÉS MARÍN ROJAS, LAURA MARCELA GÓMEZ ÁLVAREZ, LINA MARÍA GARCÍA MEJÍA, DANNY RAMÍREZ y JOSE MARIO RODRÍGUEZ.

Por la parte demandante comuníqueseles su deber de comparecencia a este Tribunal, en los términos del artículo 217 del Código General del Proceso.

4. OFICIOS:

Se decreta librar los oficios solicitados por la parte convocante en el pronunciamiento respecto de las excepciones de fondo planteadas frente a la demanda inicial, en la demanda reformada y en el pronunciamiento respecto de las excepciones de fondo planteadas frente a la demanda reformada.

Por la Secretaría expídanse los oficios respectivos.

No obstante la oposición propuesta por la parte convocada frente a este medio de prueba, el Tribunal lo considera conducente.

5. INSPECCIÓN:

Se decreta la inspección solicitada por la parte convocante en el pronunciamiento respecto de las excepciones de fondo planteadas frente a la demanda inicial y en la demanda reformada.

Frente a la oposición propuesta por la parte convocada frente a este medio de prueba el Tribunal considera, pertinente la prueba.

Se decretan todos los medios de prueba que fueron solicitados por la parte demandada, así:

1. DOCUMENTAL:

Se decretan como pruebas, con el valor individual que la ley les asigna, los documentos enunciados y anexados con la contestación de la demanda inicial y con la contestación de la demanda reformada.

2. INTERROGATORIO DE PARTE:

Se decreta el interrogatorio de parte a la representante legal de la parte demandante, solicitado en la contestación de la demanda inicial y en la contestación de la demanda reformada.

3. DECLARACIÓN DE PARTE:

Se decreta la declaración de parte al representante legal de la parte demandada, solicitado en la contestación de la demanda inicial y en la contestación de la demanda reformada.

4. TESTIMONIOS:

Se decretan los testimonios solicitados en la contestación de la demanda inicial y en la contestación de la demanda reformada, a los señores LUZ MARÍA

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

JARAMILLO, FERNANDO GUTIERREZ ZEA, LINA MARÍA GONZÁLEZ y HAMILTON RAMIREZ.

Por la parte demandada comuníqueseles su deber de comparecencia a este Tribunal, en los términos del artículo 217 del Código General del Proceso.

5. TESTIMONIOS TÉCNICOS:

Se decretan los testimonios técnicos solicitados en la contestación de la demanda inicial y en la contestación de la demanda reformada, a los señores LUIS GUILLERMO VELÁSQUEZ JARAMILLO y ANA ISABEL ZEA RESTREPO.

Por la parte demandada comuníqueseles su deber de comparecencia a este Tribunal, en los términos del artículo 217 del Código General del Proceso.”

C. Práctica de Pruebas, Audiencia de Alegaciones y Oportunidad del Laudo Arbitral.

1. Las pruebas se practicaron según lo decretado, tal como se detalla a continuación:

- a. En audiencia del 6 de abril de 2018 (Cfr. Folios 538 y ss del expediente), el Tribunal modificó y adicionó el decreto de pruebas, de la siguiente manera:

“(…)El Tribunal observa que decretó como testimonios las declaraciones de dos (2) representantes legales de la parte convocante, los señores GUILLERMO LEON FERNANDEZ PEREZ y LINA MARIA GARCÍA MEJÍA, los cuales fueron pedidos como testigos por la parte demandante. No obstante ello, el Tribunal encuentra que por ostentar la calidad de representantes legales no podrá oír a ambos en calidad de testigos. Así las cosas, el Tribunal permitirá la declaración del señor GUILLERMO LEON FERNANDEZ PEREZ como testigo, por cuanto la parte demandante manifestó que el interrogatorio de parte lo absolvería la representante legal principal, señora LINA MARIA GARCÍA MEJÍA. Adicionalmente, de oficio permitirá la Declaración de su propia Parte, en aras de la igualdad probatoria teniendo en cuenta que así fue decretado por petición de la parte demandada.

En ese orden de ideas el Tribunal RESUELVE:

Auto No. 16

1. *Dejar sin efecto el decreto del testimonio de la señora LINA MARIA GARCÍA MEJÍA, por las razones expuestas anteriormente*

2. *Decretar de oficio la Declaración de Parte a la representante legal principal de la parte convocante, en la misma fecha en que se vaya a practicar su Interrogatorio de Parte.*"

- b. En audiencia del 22 de mayo de 2018, obrante a folios 737 y ss del expediente, se practicaron los testimonios y el interrogatorio a JUAN FRANCISCO VELÁSQUEZ VARGAS, LINA MARIA DE LAS MERCEDES GONZÁLEZ MONTOYA y GUILLERMO LEON FERNÁNDEZ PÉREZ; el Tribunal dio traslado de los documentos que corresponden al expediente del Tribunal Administrativo de Antioquia (Cfr. Oficio No. 2 del Tribunal); y aceptó los desistimientos de los apoderados de las partes frente a los testimonios técnicos y a la inspección judicial previamente decretados.
- c. En audiencia del 25 de junio de 2018, obrante a folios 819 y ss del expediente, se practicaron los testimonios y el interrogatorio a LINA MARÍA GARCÍA MEJÍA, LUIS FERNANDO GUTIERREZ ZEA y AMPARO DEL SOCORRO CARMONA TORO; y el Tribunal aceptó los desistimientos de los apoderados de las partes frente a los testimonios pendientes de practicar a dicha fecha.
- d. Mediante traslado secretarial del día 29 de junio de 2018, el Tribunal puso en conocimiento las respuestas a los oficios No. 3 y 7 del Tribunal.
- e. Mediante traslado secretarial del día 16 de julio de 2018, el Tribunal puso en conocimiento la respuesta a los oficios del Tribunal por parte de la Secretaría de Planeación del Municipio de Rionegro.
- f. En audiencia del 13 de septiembre de 2018¹¹, el Tribunal dio por concluida la etapa de instrucción del proceso, llevó a cabo la audiencia de alegatos y efectuó el control de legalidad del mismo¹², motivo por el cual el Tribunal expidió el Auto No. 23, señalando fecha para realizar la audiencia de laudo o fallo.

2. En virtud de la cláusula compromisoria, y por no existir término especial pactado en ella, el presente Arbitraje tiene una duración de seis (6)

¹¹ Cuaderno Principal – Folios 965 y ss.

¹² “(...)Con arreglo al artículo 132 del Código General del Proceso, el Tribunal realizó el control de legalidad del mismo para corregir o sanear los eventuales vicios que configuren nulidades u otras irregularidades; revisado el expediente encontró que toda la actuación se ha surtido con plena regularidad, sin que se vislumbre hecho o acto alguno que vicie el proceso de nulidad, razón por la cual procederá a fijar fecha para el laudo.(...)”

meses¹³contados desde la finalización de la primera audiencia de trámite, sin perjuicio de las suspensiones convencionales o legales que se dieran en el curso del Proceso

Toda vez que la primera audiencia de trámite finalizó el día 5 de marzo de 2018, han transcurrido a la fecha del presente laudo ciento treinta y nueve (139) días, de los seis (6) meses que tiene como término el Tribunal para proferir el laudo arbitral. Esto teniendo en cuenta la suspensión del presente proceso arbitral entre los días 7 de abril de 2018 y 18 de mayo de 2018, ambas fechas inclusive; entre los días 31 de julio de 2018 y 14 de agosto de 2018, ambas fechas inclusive; y entre los días 14 de septiembre y 25 de octubre de 2018, ambas fechas inclusive; noventa y nueve (99) días en total de suspensión. En ese orden de ideas el término del proceso expira el día 13 de diciembre de 2018.

II. POSICIONES Y PRETENSIONES DE LAS PARTES.

A. Demanda

1. La demanda arbitral reformada, además de identificar a las partes (incluyendo direcciones para notificaciones), acompañar y solicitar el decreto y práctica de pruebas, trae la versión de los **hechos** relevantes al Arbitraje, cuya transcripción se realiza a continuación:

"HECHOS:

1. *El día 17 de mayo de 2013 entre las sociedades H.B. Fuller Colombia S.A.S. -en adelante HB Fuller-, Construcol S.A.S.- en adelante Construcol- y la Fiduciaria Corficolombiana S.A.- en adelante la Fiduciaria- se celebró un contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración Inmobiliaria, por el cual se constituyó el Patrimonio Autónomo denominado "Fideicomiso HB Fuller".*

2. *El negocio jurídico celebrado entre las partes tenía por objeto que la Fiduciaria –en calidad de administradora- mantuviera la titularidad jurídica y administración de los bienes aportados por los Fideicomitentes - un Lote aportado por Construcol y unos Recursos económicos aportados por HB*

¹³ Cfr. Art. 10 de la Ley 1563 de 2012, el cual reza: "**Artículo 10. Término.** Si en el pacto arbitral no se señalare término para la duración del proceso, este será de seis (6) meses, contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite. Dentro del término de duración del proceso, deberá proferirse y notificarse, incluso, la providencia que resuelve la solicitud de aclaración, corrección o adición. Dicho término podrá prorrogarse una o varias veces, sin que el total de las prórrogas exceda de seis (6) meses, a solicitud de las partes o de sus apoderados con facultad expresa para ello. Al comenzar cada audiencia el secretario informará el término transcurrido del proceso."

Fuller- permitiendo a Construcol –Fideicomitente B- desarrollar, por su cuenta y riesgo, con total autonomía administrativa, técnica y financiera, la gerencia y construcción de un edificio (Bodega), el cual, a la liquidación del fideicomiso, la Fiduciaria restituiría a HB Fuller –Fideicomitente A y beneficiario- para que ésta lo usara como asiento principal de sus negocios.

3. El Lote que debía aportar Construcol, se definió en el contrato como el inmueble resultante del desenglobe que se realizaría de un lote de mayor extensión.

4. Para el momento de celebración del contrato, aquel lote de mayor extensión, identificado con número de matrícula inmobiliaria 020-43516 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Rionegro, pertenecía al Señor Fabio Iván Orozco Tobón, identificado con cédula de ciudadanía número 534.000.

5. El lote de mayor extensión, presentaba originalmente los siguientes linderos: “por el frente en una extensión aproximada de 121.55 metros, con propiedad de Manuel Cardona, por el sureste en extensión aproximada de 36.02 metros, con propiedad de Manuel Cardona y en extensión aproximada de 136.70 metros con propiedad de Rocío Jaramillo de Cardona, por el suroeste en extensión aproximada de 43.31 metros con finca Famari y en extensión aproximada de 76.13 metros con la Clínica Las Vegas, por el noroeste en extensión aproximada de 72.98 metros c propiedad de Inés López y en extensión aproximada de 117.71 metros con el predio de bodegas”.

6. Dicho inmueble, fue transferido a la Fiduciaria Corficolombiana S.A, como vocera del Fideicomiso HB Fuller, a título de fiducia mercantil, mediante Escritura Pública n° 1.420 del 19 de junio de 2013 de la Notaría Séptima de Medellín, aclarada por Escritura n° 1.461 del 11 de julio de la misma notaría, registradas el 15 de julio de 2013 en la Oficina de Instrumentos Públicos de Rionegro.

7. En una parte del lote de mayor extensión, Construcol, en ejercicio del convenio contractual y de las autorizaciones conferidas por planeación municipal, efectivamente construyó La Bodega que usaría HB Fuller como asiento principal de sus negocios, lo que no excluye su incumplimiento del contrato.

8. Mediante Escritura Pública n° 3.495 del 31 de octubre de 2.014 de la Notaría Séptima de Medellín, se subdividió el lote de mayor extensión en dos lotes, denominados Lote n° 1 -en el cual se encontraba construida la Bodega- y Lote n° 2.

9. El Lote n° 1, al cual accedía la Bodega, se le asignó la matrícula inmobiliaria No 020-94124 y estaba determinado así:

LOTE No 1: faja de terreno situada en el paraje Playa Rica de la vereda Sajonia en el municipio de Rionegro del departamento de Antioquia, con una cabida aproximada de VEINTE MIL SETECIENTOS SETENTA METROS CUADRADOS (20.770,00 m2) y que linda así: POR EL NORTE: del punto 1 al 2, en una longitud de 121.64 metros, con lote de María Lucila Alzate; POR EL ORIENTE: del punto 2 al 13, en una longitud de 191.55 metros, con lote de Rocío Jaramillo de Córdoba; POR EL SUR: del punto 13 al 14, en una longitud de 40.86 metros, con el Lote 2; POR EL OCCIDENTE: **del punto 14 al 1, pasando por el 8, 9, 10, 11 y 12, en una longitud de 288.94 metros, con lotes del proyecto Karga Fase II, de nuevo lote de propietario desconocido y de Manuel Cardona. Perímetro determinado por los puntos 1, 2, 13, 14, 8, 9, 10, 11, 12 y 1, punto de partida (Negrilla fuera del texto original).**

10. El Lote n° 1, y la construcción que lo accedía, se encontraba ubicado físicamente dentro del Centro Ciudad Karga Rionegro Fase II, pero no hacía parte de la respectiva Propiedad Horizontal.

11. Mediante la misma Escritura Pública n° 3.495, la Fiduciaria transfirió a título de beneficio el derecho de dominio y la posesión material que tenía y ejercía sobre el Lote n° 1, con sus mejoras y anexidades a H.B. Fuller Colombia S.A.S., es decir, también transfirió la construcción que accedía al lote -la Bodega que había construido Construcol, identificada con matrícula inmobiliaria número 020-94124 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Rionegro allí construida-. Para la fecha en que se otorgó la Escritura Pública antes citada, HB Fuller Colombia S.A.S. no tenía conocimiento de que existiesen obligaciones pendientes de pago. Por el contrario, creyó -con base en las obligaciones establecidas en el contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración Inmobiliaria- haber recibido el inmueble libre de todo gravamen o afectación.

12. Como la Bodega no hacía parte de la Propiedad Horizontal del Centro Ciudad Karga Rionegro Fase II, HB Fuller comenzó a realizar las labores pertinentes para su integración, tal y como se estableció en el numeral 10 de las obligaciones a cargo de Construcol, Literal A, de la etapa operativa del contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración Inmobiliaria¹⁴, el cual rezaba:

“I. ACARGO DE CONSTRUCOL:

[...]

¹⁴Página 18 del contrato de Fiducia.

10) Preparar por su propia cuenta, y lograr el otorgamiento de la escritura pública de modificación al Reglamento de Propiedad Horizontal Centro Ciudad Karga Rionegro Fase 2, constituido por escritura pública número 4342 del 9 de septiembre de 2009, de la Notaría 25 de Medellín, para incluir el LOTE dentro del Reglamento de Propiedad Horizontal Centro Ciudad Karga Rionegro Fase 2, de acuerdo con el documento Anexo 10: términos de referencia y conseguir que dicha escritura pública sea registrada en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del municipio de Rionegro, Antioquia.”

12.1 Es así como, desde el inicio, se estableció que el lote y la bodega construida por Construcol harían parte de la Propiedad Horizontal antes citada. De igual forma, en el Reglamento de la Propiedad Horizontal, esto es, en la escritura pública 4.342 del 9 de septiembre de 2009 de la Notaría 25 de Medellín, se indicó en la consideración cuarta de la segunda etapa¹⁵ que: “[u]na vez se inicie la construcción de las edificaciones que conforman la segunda [sic] del centro, la sociedad propietaria procederá a adicionar este reglamento con la determinación del lote donde se levantará la SEGUNDA ETAPA, así como los bienes de dominio privado localizados en estas.”

12.2 De igual forma se establece la inclusión de la segunda etapa en los párrafos transitorios de los artículos 80 y 95 del reglamento, entre otros. Por lo tanto, desde el inicio se contempló y acordó que la etapa 2 – el lote y la bodega- haría parte de la respectiva propiedad Horizontal.

12.3 Prueba de ello es el acta número 8 de la asamblea extraordinaria de copropietarios celebrada el día 2 de agosto de 2014¹⁶ en la que se discutió, de conformidad con el punto 4° del orden del día, la “[e]xplicación del incumplimiento en la inclusión del reglamento de Propiedad Horizontal por parte de la empresa CONSTRUCOL S.A.S.y la fiduciaria CORFICOLombiana S.A.” En dicha asamblea se manifestó lo siguiente:

4.- PRESENTACIÓN DE INFORMES

El señor Danny Ramirez leyó el resumen de toda la gestión que ha realizado el Consejo y la administración con relación a la construcción e inclusión de la segunda etapa en el reglamento de propiedad horizontal, este informe se les entregó a todos los asistentes:

¹⁵Página 12 de la escritura Pública.

¹⁶En dicha asamblea también se discutieron otros temas relativos a la construcción de la segunda etapa y a ciertos incumplimientos por parte de Construcol para con la Copropiedad.

En mayo de 2013, La empresa CONSTRUCOL envió a la administración una notificación a colindantes, con relación a la construcción de la segunda etapa Karga fase 2, en esta notificación [sic] solo decía que se iniciaba la construcción de la segunda etapa. Para esta fecha el Consejo de administración y la administración desconocían el proyecto de construcción de la segunda etapa de Karga fase 2. **Al señor Juan Francisco Velásquez, representante de la construcción de la segunda etapa, se citó varias veces a una reunión del Consejo para que explicara el proyecto de la segunda etapa, pero él no asistió.** [Cursiva Negrilla y Subraya ajena al texto original].

El 27 de junio se hizo una Asamblea Extraordinaria para explicar a los propietarios sobre las conversaciones con la empresa constructora del proyecto de la construcción de la segunda etapa, en cabeza del señor Juan Francisco Velásquez, también para que la empresa CONSTRUCOL presentara proyecto de construcción de la empresa H.B. FULLER y poder tomar decisiones al respecto.

El señor Juan Francisco Velásquez, informó a la asamblea [...] **“Después de terminado el proyecto la empresa H.B. Fuller hará parte de Karga fase 2, y su entrada principal será por la portería de Karga fase 2-1 etapa”** [Cursiva Negrilla y Subraya ajena al texto original].

[...]

El Consejo de administración reunión el 13 de mayo nombró a la Abogada Jenny Acero especialista en Propiedad Horizontal, para que ella sea la representante de Karga fase 2-1 etapa en el proceso de la reforma del reglamento en cuanto a los coeficientes.¹⁷

[...]

La abogada Jenny Acero informó a la Asamblea que llamó varias veces al señor Juan Francisco para que la pusiera en contacto con la abogada de la constructora que está haciendo la reforma de los coeficientes, pero nunca le dieron los datos de la abogada ni tampoco se logró el contacto.¹⁸

- 13.** Con el fin de buscar la mejor alternativa para HB Fuller y evitar mayores desgastes, se planteó ante la Asamblea de Copropietarios la posibilidad de constituir una servidumbre de tránsito a través de la referida Copropiedad, en vez de realizar las gestiones pertinentes para el ingreso

¹⁷Hoja 56 del acta.

¹⁸Hoja 57 del acta.

del inmueble a la misma. En virtud de lo anterior, el 29 de diciembre de 2014 se suscribió un Otrosí (Otrosí n°. 2) al contrato de Fiducia, donde se consagró la obligación de Construcol de acompañar y coadyuvar a H.B. Fuller en el proceso de constitución de la Bodega como un bien de dominio privado dentro de la copropiedad Ciudad Karga Rionegro Fase II P.H., o de otorgamiento de una servidumbre de tránsito a través de la referida copropiedad, así:

*“10) Dado que HB FULLER está en proceso de definir el instrumento jurídico mediante el cual tendrá acceso al LOTE, y no está definido si esto se realizará mediante la modificación del Reglamento de Propiedad Horizontal del Centro Ciudad Karga Rionegro Fase 2, constituido por escritura pública 4342 de 9 de septiembre de 2009, de la Notaría 25 de Medellín, para incluir el LOTE como un bien de dominio privado dentro de la Copropiedad, o si se le otorgará servidumbre de tránsito a través de la misma, **CONSTRUCOL acompañará este proceso y coadyuvará a HB FULLER en todos los trámites que requiera para instrumentar y perfeccionar el instrumento jurídico que sea definido por HB FULLER para estos efectos.**” (Cursiva y negrilla fuera del texto original)*

13.1 Dicha posibilidad quedó evidenciada en el acta número 9 de la asamblea ordinaria de copropietarios celebrada 5 de marzo de 2015, en la que se discutió, según el numeral 6 del orden del día, la “presentación y discusión vinculación H.B. FULLER a la copropiedad.” En la citada asamblea se manifestó:

[...]

En el mes de septiembre la abogada Yenny Acero asistió a una reunión para la reforma del reglamento y le informaron que H.B. FULLER no quería pertenecer a Karga fase 2 y que por lo tanto solicitaba una servidumbre de tránsito, esto se hizo en forma verbal. En noviembre el constructor reunió a varios miembros del Consejo con las directivas de H.B. FULLER para manifestar de nuevo que no querían ser la segunda etapa. [...]

El 20 de enero de 2015 la administración recibió la propuesta sobre la servidumbre dirigida a la Asamblea. Como es una decisión que tiene muchas implicaciones legales para la copropiedad, el Consejo decidió contratar al abogado Luis Guillermo Velásquez para emitir el concepto jurídico sobre la vinculación de H.B. FULLER a la copropiedad por medio de la servidumbre. Para emitir este concepto el abogado solicitó a Planeación de Rionegro varios documentos entre ellos la licencia de construcción, el certificado de concordancia, etc. y hasta la fecha planeación no ha contestado nada, por lo tanto

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

no se tiene todavía dicho concepto para poder definir si se aprueba o no la servidumbre de tránsito.

[...]

El Consejo de administración recomienda a la Asamblea esperar el concepto del abogado."

13.2 En dicha asamblea se designó a Danny Ramírez como presidente de la reunión, a Amparo Carmona como secretaria y a José Mario Rodríguez, entre otro, como comisionado.

13.3 La posibilidad de constituir una servidumbre a favor de H.B. Fuller Colombia S.A.S. no fue aprobada por la copropiedad, tal y como consta en el acta número 10 de la asamblea extraordinaria de copropietarios celebrada el día 30 de noviembre de 2015, en la cual se indicó que:

[...]

4.- PRESENTACIÓN DE INFORMES

[...] Luego de tener el concepto jurídico sobre la vinculación de H.B. FULLER, después de varias consultas profesionales el Consejo de Administración y el abogado, llegaron a la conclusión que la propuesta de servidumbre de H.B. FULLER no puede ser aceptada. Se le sugirió a la empresa H.B. Fuller adicionarse a la copropiedad como una bodega independiente dentro del Reglamento de Propiedad Horizontal. Actualmente la representante legal de H.B. Fuller, la doctora Lina García, tras varias reuniones con el concejo (sic) de administración ha ratificado su decisión de adicionarse al R.P.H y ya se elaboró el borrador del Reglamento con su adición sólo falta sellar el plano correspondiente en Planeación del municipio. [Cursiva, negrilla y subraya ajena al texto original]

[...]

El doctor Luis Guillermo Velásquez, manifiesta que es necesario presentar ante Planeación el Plano integral para que en Planeación lo sellen y así proceder a la Reforma al Reglamento.

El doctor Federico Benhardt, manifiesta que la empresa H.B. FULLER presentará los planos en planeación de Rionegro para su aprobación y luego se procederá a registrar la Reforma del Reglamento previo consenso con el Consejo de administración y la administración del centro. [Cursiva, negrilla y subraya ajena al texto original].

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

El señor Andrés Jaramillo hace una interpelación para preguntarle al señor Juan Francisco Velásquez 1- Si el constructor tiene alguna deuda con Planeación de la construcción de Karga Fase 2 y H.B. FULLER, el señor Juan Francisco Velásquez manifiesta que no tiene ninguna deuda con el municipio. 2-Los propietarios quedan exonerados de cualquier responsabilidad o deuda con el municipio, a lo cual respondió que los propietarios no tienen que pagar ninguna deuda en Planeación de Rionegro.

[...]"

13.4 Fue así como quedó plenamente definido, tanto por la copropiedad como por H.B. FULLER, el instrumento jurídico en virtud del cual se tendría acceso al lote, esto es, se decidió incorporar el inmueble a la copropiedad mediante la modificación del reglamento de propiedad horizontal.

14. A pesar de los requerimientos hechos por HB Fuller, la obligación referida en el hecho anterior no fue cumplida por Construcol, razón por la cual, H.B. Fuller tuvo que adelantar por su propia cuenta los procedimientos tendientes a integrar la Bodega a la copropiedad Ciudad Karga Rionegro Fase II P.H. (Tal como consta en correos electrónicos anexos)

15. Por ello, para incorporar el Lote n° 1 a la propiedad horizontal, el día 24 de diciembre del 2015, se presentó solicitud de visto bueno para planos de propiedad horizontal ante la Secretaría de Planeación del Municipio de Rionegro, la cual fue radicada bajo el número 2015132360.

16. De manera verbal, funcionarios de la Secretaría de Planeación del Municipio de Rionegro, manifestaron que el constructor –Construcol- tenía pendiente ciertas obligaciones urbanísticas generadas por la construcción de la bodega a favor del municipio de Rionegro, y que para adelantar el trámite de visto bueno para planos de propiedad horizontal, se requería aportar un avalúo elaborado por la Lonja de Propiedad Raíz de Medellín y así liquidar las obligaciones urbanísticas que se encuentran pendientes de pago.

17. Después de múltiples intentos de acercamiento con el representante Legal de Construcol para que colaborara en la incorporación de la Bodega a la copropiedad Ciudad Karga Rionegro Fase II, y al no obtener respuesta, HB Fuller autorizó la elaboración del avalúo por parte de la Lonja de Propiedad Raíz de Medellín, con el fin de que la Secretaría de Planeación

del Municipio de Rionegro, determinara el monto de las obligaciones adeudadas por Construcol y diera el visto bueno a los planos.¹⁹

18. El avalúo elaborado por la Lonja de Propiedad Raíz, para el área de terreno de cesiones urbanísticas (20%), arrojó un valor de COP\$ 1.092.502.000.

19. En vista de que al día 04 de noviembre de 2016, la solicitud radicada bajo el número 2015132360 no había sido respondida de manera formal por parte de la Secretaría de Planeación del Municipio de Rionegro, se interpuso un derecho de petición, radicado bajo el número 2016132333, en el cual se reiteraba la solicitud de visto bueno para planos de propiedad horizontal.

20. El día 19 de diciembre de 2016, la Secretaría de Planeación del Municipio de Rionegro notificó personalmente la respuesta al derecho de petición radicado bajo el número 2016132333, así como la factura identificada con referencia número 201600375898.

21. En la respuesta al derecho de petición, identificada con número SP 183-05-02-3358, la Secretaría de Planeación manifestó: "el titular de la solicitud (H.B. Fuller) deberá acreditar el pago de las obligaciones urbanísticas generadas de la resolución Nro. 261 del 18 de junio del 2.013, y así se procederá a dar visto bueno a la solicitud de "VISTO BUENO DE PLANOS DE PROPIEDAD HORIZONTAL", en caso de no haber cancelado dicha obligación, deberá aportar el respectivo avalúo corporativo, elaborado por la Lonja de Propiedad Raíz y así liquidar las obligaciones a que dé lugar".

22. Y a través de factura n° 201600375898, el Municipio de Rionegro liquidó a cargo de la sociedad HB FULLER la suma de COP\$ 1.092.502.000 por concepto de áreas de cesión tipo b, es decir, con la repuesta al derecho de petición, el Municipio entregó la liquidación (factura) de las obligaciones urbanísticas pendientes con base en el avalúo que la Lonja de Propiedad Raíz de Medellín les había allegado.

23. Fue mediante aquella respuesta dada al derecho de petición y la factura, que la sociedad HB Fuller se enteró que Construcol, tenía pendiente el pago COP\$ 1.092.502.000 por obligaciones urbanísticas generadas de la resolución número 261 del 18 de junio de 2.013- mediante la cual se otorgó a la empresa Construcol licencia de construcción para Bodega, en la modalidad de obra nueva-.

¹⁹Dichos requerimientos fueron enviados a su vez mediante mensajes electrónicos, los cuales fueron aportados al proceso como pruebas documentales físicas y medio magnéticos.

23.1 Dicha situación quedó consignada en las actas 11 y 12 de la asamblea de copropietarios, indicándose en esta última lo siguiente:

"4.-PRESENTACIÓN DE INFORMES:

El señor Danny Ramírez, presidente del Consejo de administración, saludo [sic] a los asistentes e informó que la empresa HBFULLER [sic] está haciendo las diligencias necesarias para adicionarse jurídicamente a la copropiedad, sin embargo, esto no ha sido posible a la fecha. [...]

Desde el 24 de diciembre del año 2015 la empresa HBFULLER presentó en planeación de Rionegro toda la documentación necesaria para la adición al Centro Ciudad Karga Rionegro fase 2-1 etapa P.H., después de muchas visitas a planeación, esta solicitó un avalúo actual de HBFULLER [sic], la empresa contrató a la Lonja de Propiedad Raíz de Medellín para este avalúo. Después de entregar el avalúo, Planeación informó que se debía pagar una multa de \$ 1.092.000.000. Se está gestionando para que se la facture a la empresa Construcol.

Después de estudiar el caso con los abogados, HBFULLER envió un derecho de petición a Planeación para recibir alguna respuesta sobre el sello de los planos, hasta la fecha no se tiene respuesta alguna. Cuando Planeación de Rionegro acepte y selle estos planos de inmediato se hace la reforma del reglamento para incluir a HBFULLER [sic] en la copropiedad."

ANTECEDENTES AL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL DE CONSTRUCOL:

24. El 21 de mayo del año 2013, antes de iniciar la ejecución de la obra objeto del contrato de Fiducia, el Señor Juan Francisco Velásquez Vargas, identificado con C.C. 71.637.290, representante legal de la Sociedad Construcol, actuando como apoderado especial del señor Fabio Iván Orozco Tobón – Propietario del Lote objeto del contrato de fiducia mercantil-, solicitó la licencia de construcción en modalidad de obra nueva ante la Secretaría de Planeación del Municipio de Rionegro, para la ejecución de la Bodega sobre el inmueble, a la cual le fue asignado el número de radicado 20130276.

25. A través de la Resolución N° 261 del día 18 de junio de 2013 expedida por el Municipio de Rionegro, se otorgó a la empresa Construcol licencia de construcción para Bodega, en la modalidad de obra nueva así:

"Artículo 1: Otorgar a la empresa CONSTRUCOL S.A.S. identificada con el NIT 811.023.770-4, representada legalmente por el señor JUAN FRANCISCO VELASQUEZ, identificado con C.C. 71.637.290 de la empresa,

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

quien actúa como apoderado del señor FABIO IVAN OROZCO TOBON, propietario del predio identificado con Matrícula Inmobiliaria Nro. 020-43516 con cédula catastral Nro. 615-01-001-024-0094, ubicados en la Vereda Playa Rica de Polígono de Uso Complementario al uso, licencia de construcción para Bodega, en la modalidad de obra nueva (...)"

26. En el artículo 2° de dicha resolución, se le impuso a Construcol, como titular de la Licencia, el pago de las obligaciones urbanísticas generadas en el proyecto, entre ellas, el pago de la cesión urbanística a favor del Municipio, la cual según el acuerdo municipal 056 de 2011 P.O.T. del Municipio de Rionegro - artículo 345 literal c - correspondía al 20% del área bruta del predio a desarrollar.

El citado artículo textualmente expresa:

"ARÍCULO 2: EL **Interesado** se obliga al pago de las obligaciones urbanísticas generadas en (sic) proyecto, una vez liquidadas por esta secretaría a través de acto administrativo o acta de acuerdo de pago (...)"

27. De acuerdo con lo anterior, es claro que las obligaciones urbanísticas, fueron impuestas exclusivamente a cargo de Construcol, como solicitante, interesado y titular de la licencia de construcción y no de HB Fuller, como simple Beneficiario de la obra o bodega que se construiría.

28. Además, en el contrato de Fiducia, Construcol se obligó, entre otras cosas a entregar a la Fiduciaria la Licencia de Construcción, aprobada, pagada y vigente; así quedó expreso en el capítulo VI, numeral 5° de las obligaciones a cargo de Construcol en la etapa operativa:

"5) Entregar a la FIDUCIARIA las siguientes licencias aprobadas, pagadas y vigentes:

-Licencia de construcción del EDIFICIO y de sus futuras ampliaciones (...)"

29. Así mismo, en el contrato de Fiducia, las partes convinieron en el Capítulo VII, dentro de las Obligaciones Generales de los Fideicomitentes, numeral 8°, que, Contrucol pagaría todos los impuestos, tasas contribuciones, gravámenes y demás erogaciones que pudieran causarse con ocasión de la construcción del EDIFICIO, hasta la entrega material de éste a HB Fuller.

30. Sin embargo, Construcol, estando obligado a ello, no efectuó el pago de la obligación urbanística relativa a la cesión de área tipo b, es decir, al momento de la protocolización de la escritura pública número 3.495 por la cual se transfirió el dominio del inmueble a HB Fuller, no se encontraba a paz y salvo con los cargos impuestos por el Municipio de Rionegro mediante la Resolución N° 261 por la cual le otorgó la licencia de construcción de bodega.

31. HB Fuller, como consecuencia del incumplimiento de Construcol, y en su intento por integrar la Bodega a la copropiedad, ha tenido que incurrir en gastos que no debía soportar, entre ellos, el pago del avalúo hecho por la Lonja de Propiedad Raíz, el cual asciende a la suma de COP\$6.960.000 y los honorarios por abogados por valor de COP\$32.289.211 por concepto de acompañamiento y asesoría.

32. A la fecha, Construcol no ha cumplido con su obligación de pagar las obligaciones por cesiones urbanísticas impuestas a su cargo en la resolución n° 261 y previamente asumidas en el contrato de fiducia.

32.1 Como consecuencia del incumplimiento de la obligación de pago de las cesiones urbanísticas por parte del convocado, HB Fuller Colombia S.A.S. se vio obligado a promover un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de Municipio de Rionegro, con el fin de que sea declarada la nulidad de la factura que le fue expedida al convocante y el acto administrativo que negó el sellamiento de planos. Le correspondió conocer el citado proceso al Tribunal Administrativo de Antioquia, y se le asignó el radicado 05001 23 33 000 2017 01206 00. La demanda fue admitida mediante auto del 28 de agosto de 2017.

33. Tampoco cumplió Construcol con su obligación contractual de integrar la bodega a la copropiedad Ciudad Karga Rionegro Fase II, pues todos los actos que a la fecha se han hecho para tal fin, han sido gestionados por HB Fuller sin colaboración de Construcol.

34. Dentro del contrato de Fiducia se estableció en el Capítulo XIV, numeral 14.1, como cláusula penal, a cargo de quien incumpliera sus obligaciones, el pago de una suma equivalente a COP\$1.235.753.011 en favor de la parte cumplida.

35. Además, dentro del mismo contrato, Construcol se obligó a responder por el saneamiento por evicción y vicios redhibitorios de los demás bienes fideicomitidos.

“1) CONSTRUCOL responderá por el saneamiento por evicción y vicios redhibitorios de los demás BIENES FIDEICOMITIDOS que se

adicionen al FIDEICOMISO, conforme a la ley. (...) **En todo caso, CONSTRUCOL se obliga al saneamiento y a responder a la FIDUCIARIA y a HB FULLER por los cargos no pagados a las entidades distritales, de catastro o municipales** y prestadoras de servicios públicos domiciliarios. Los FIDEICOMITENTES desde ahora autorizan a la FIDUCIARIA para hacer constar esta cláusula en las escrituras por las que llegue a transferir la propiedad del (los) bien(es) inmueble(s), sin que la FIDUCIARIA asuma responsabilidad alguna por este concepto.” (Cursiva, negrilla y subraya fuera del texto original).

2. Apoyado en lo anterior, la parte convocante trae las siguientes pretensiones:

“PRETENSIONES:

Principal

- Que se declare que la sociedad Construcol S.A.S. incumplió el contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración Inmobiliaria celebrado con la sociedad H.B. Fuller Colombia S.A.S. el día 17 de mayo del año 2013, al no haber pagado las contribuciones e impuestos a su cargo, correspondiente a las cesiones urbanísticas.

Primera pretensión subsidiaria a la principal:

Que se declare que la sociedad Construcol S.A.S. incumplió el contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración Inmobiliaria celebrado con la sociedad H.B. Fuller Colombia S.A.S. el día 17 de mayo del año 2013, al no haber **mantenido el LOTE a paz y salvo en lo concerniente al pago de toda clase de impuestos, servicios públicos y demás gastos o erogaciones.**

Segunda pretensión subsidiaria a la principal:

Que se declare que la sociedad Construcol S.A.S. incumplió el contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración Inmobiliaria celebrado con la sociedad H.B. Fuller Colombia S.A.S. el día 17 de mayo del año 2013, al no haber acompañado y coadyuvado a esta última en la inclusión al reglamento de propiedad horizontal del inmueble objeto del contrato.

Consecuenciales a cualquiera de las anteriores.

Primera Consecuencial

- Que se ordene a la sociedad Construcol S.A.S. a cumplir con el contrato de Fiducia mercantil irrevocable de administración inmobiliaria, que fue celebrado con

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

la sociedad H.B. Fuller Colombia S.A.S. el día 17 de mayo del año 2013, específicamente, con la obligación de saneamiento contemplada en capítulo VII – derechos y obligaciones generales de las partes- numeral 7.2. – obligaciones generales de los fideicomitentes, puntos 1 y 2, relativa a responder por los cargos no pagados a la entidades distritales, de catastro o municipales.

Segunda Consecuencial

- Que se ordene a la sociedad Construcol S.A.S., al resarcimiento de los perjuicios ocasionados con su incumplimiento a la sociedad HBFuller Colombia S.A.S., los cuales comprenden:
 - El pago de la suma de COP\$ 6.960.000 por concepto del Avalúo realizado por la Lonja de Propiedad Raíz.
 - El pago de la suma de COP\$ 32.289.211 por concepto de honorarios de abogado generados por el acompañamiento y asesoría desde el incumplimiento de contrato de Fiducia.

N° FACTURA	VALOR
N°000000776	\$4.296.756
N°000000902	\$530.233
N°000001013	\$1.393.679
N°000001208	\$6.004.561
N°000001606	\$1.777.781
N°000001782	\$9.123.656
N°000001829	\$9.162.545
TOTAL	\$32.289.211

Tercera Consecuencial

- Que se condene a Construcol S.A. al pago de la suma de COP\$1.235.753.011, por concepto de cláusula penal establecida en el Capítulo XIV, numeral 14.1 del contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración Inmobiliaria.”

B. Contestación de la demanda:

La convocada, de acuerdo con el escrito obrante a folios 412y siguientes del expediente arbitral, contestó oportunamente la demanda reformada, oponiéndose

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

a las pretensiones formuladas por la parte convocante y proponiendo las siguientes excepciones de mérito:

- CUMPLIMIENTO DEL OBJETO CONTRACTUAL.
- LA SOLUCIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO.
- INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA E INTEGRAL DEL CONTRATO.
- FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA.
- NADIE PUEDE ALEGAR SU PROPIA TORPEZA O "NEMO AUDITUR PROPIAM TURPITUDINEM ALLEGANS".
- VERBOS RECTORES COMO NÚCLEO ESENCIAL DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES.
- INEXISTENCIA DE ELEMENTOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL.
- BUENA FE POR PARTE DE CONSTRUCCOL.
- FALTA DE LITISCONSORCIO NECESARIO.
- PRESCRIPCIÓN.
- LA GENÉRICA.

III. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.

A. Juicio de Validez del Proceso – Presupuestos Procesales.

1. Para este Tribunal Arbitral el proceso jurisdiccional es fuente de creación de una norma jurídica individual, y es por ello por lo que debe realizar la labor de revisar, nuevamente, la etapa de procesamiento, con la finalidad de verificar o corroborar si la fuente resulta jurídicamente legítima, puesto que de ello dependerá consecuentemente la legitimidad del laudo arbitral o de la norma jurídica particular que en este acto procesal se cree. Así pues, previo al análisis del fondo de la controversia, el Tribunal pone de presente que el proceso reúne los presupuestos procesales requeridos para su validez y, por ende, para permitir la expedición de un pronunciamiento de mérito.
2. En efecto:
 - a. El Tribunal goza de la *función jurisdiccional*, de manera transitoria, en los términos del Artículo 116 de la Constitución Política.
 - b. El Tribunal es *competente* para resolver las pretensiones y excepciones objeto del litigio. Así lo resolvió mediante Auto No. 13 del 5 de marzo de 2018.
 - c. Las partes convocante convocada son personas jurídicas de derecho privado, debidamente representadas, con capacidad de goce y de

ejercicio. Así las cosas, tienen *capacidad para ser parte* y *capacidad para comparecer al proceso*, a través de sus representantes legales.

- d. Ambas partes hicieron parte en el proceso y actuaron en el Arbitraje por conducto de sus apoderados judiciales idóneos, lo cual acredita el presupuesto del *derecho de postulación o ius postulandi*.
- e. El proceso se adelantó en todas sus fases e instancias con observancia de las normas procesales establecidas para el efecto y con pleno respeto de los derechos de defensa y de contradicción de las partes. Respecto a las formas procesales (*trámite adecuado y legalidad de las formas*) el Tribunal actuó conforme a las prescripciones normativas, es decir, con vigencia de la Ley 1563 de 2012.
- f. Se constata el presupuesto de la *demanda en forma*, puesto que ésta contiene todos los requisitos establecidos en los artículos 82 y siguientes del Código General del Proceso.

B. Juicio de Eficacia del Proceso – Presupuestos Materiales de la Sentencia.

- a. Se corrobora la existencia del *interés para obrar*, ya que se vislumbra un interés económico perseguido por las partes.
- b. El Tribunal verifica que a la fecha de expedición del presente Laudo hay ausencia –en principio– de:
 - ii. Cosa juzgada;
 - iii. Transacción;
 - iv. Desistimiento;
 - v. Conciliación;
 - vi. Pleito pendiente o litispendencia; y
 - vii. Prejudicialidad.
- c. El Tribunal constató, en la oportunidad procesal correspondiente²⁰, que:
 - i. La parte convocante consignó oportunamente las sumas de dinero que les correspondían a ambas partes, tanto por concepto de gastos como por concepto de honorarios;
 - ii. Había sido designado e instalado en debida forma;

²⁰ Cfr. primera audiencia de trámite (Cuaderno Principal, folios 527 y ss).

- iii. Las controversias planteadas son susceptibles de transacción o son de libre disposición y no están prohibidas por el legislador para tramitarse por el proceso arbitral.
- d. No obra causal de nulidad que afecte la actuación.
- e. Ahora bien, por haber sido propuesta por la parte demandada la excepción de falta de legitimación en la causa por activa basada en que la parte demandante, sin ser el titular material de la acción, está discutiendo la obligación de sellamiento de planos y el trámite de su aprobación para la conformación de la propiedad horizontal, las cuales a su vez confunde con las obligaciones urbanísticas haciéndolas depender unas de otras, el Tribunal se ocupará de resolver este medio exceptivo desde el presente acápite del laudo, como pasa a explicarse.
- f. Existe legitimación en la causa, tanto por activa como por pasiva. El Tribunal observa que en el caso que nos ocupa, desde la perspectiva formal y sustancial se cumple con el presupuesto de legitimación en la causa de ambas partes, puesto que tanto la convocante como la convocada figuran como titulares de la relación sustancial contenida en el contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración Inmobiliaria, por el cual se constituyó el Patrimonio Autónomo denominado "*Fideicomiso HB Fuller*" y del cual hace parte el pacto arbitral.
- g. Aunado a lo anterior, se debe tener en cuenta que las pretensiones de la demanda se contraen al incumplimiento de obligaciones derivadas del contrato, principalmente a la falta de pago de la demandada respecto de las cesiones urbanísticas tipo B determinadas en la resolución número 261 de junio 8 de 2013, mediante la cual se otorgó licencia de construcción de la obra. Este objeto de discusión se ve enmarcado en el contrato y en el pacto arbitral, en razón de ello, el Tribunal estima luego de valorar la prueba recaudada que existe legitimación en la causa del actor para pedir o pretender el incumplimiento de la relación negocial, por lo que se rechazará la excepción formulada en este aspecto por la convocada por no hallársele sustento.

C. Juicio de la Bilateralidad de la Audiencia – Presupuestos de la Bilateralidad de la audiencia.

Este presupuesto es el que se refiere y el que concierne a las debidas notificaciones y, por ende, el que genera la posibilidad de defensa y contradicción de las partes en el proceso, de tal manera que se asegure que los actos procesales son aptos para cumplir la finalidad específica que les asigna la Ley

procesal y que, efectivamente, sean conocidos por sus destinatarios. Así, pues, al auto admisorio de la demanda fue notificado personalmente a la parte convocada, tal como consta a folio 147 del expediente; y todos los demás actos procesales fueron notificados por correo electrónico certificado o en audiencia -por estrados-.

D. Juicio sobre el Mérito.

1.- El problema jurídico planteado.

La controversia se centra en establecer si la demandada, Construcol S.A.S, se encuentra obligada en el contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración Inmobiliaria, por el cual se constituyó el Patrimonio Autónomo denominado "*Fideicomiso HB Fuller*", a asumir el pago de las contribuciones e impuestos correspondientes a las cesiones urbanísticas por la construcción de la obra a su cargo, así como mantener el lote de terreno a paz y salvo en lo relativo al pago de toda clase de impuestos, servicios públicos y demás gastos o erogaciones y, si además, debía acompañar y coadyuvar a la demandante, H.B. Fuller Colombia S.A.S, en la inclusión del bien inmueble adquirido por ésta en el reglamento de propiedad horizontal. En caso afirmativo, se deberá establecer si tales obligaciones se encuentran incumplidas, y si con ocasión de ello, se generó un perjuicio que deba ser indemnizado por la parte demandada.

Para dar cuenta del anterior problema jurídico, el Tribunal se ocupará, inicialmente, de la excepción de "falta de litisconsorcio necesario", de la tacha de sospecha formulada por la parte convocada a la testigo Amparo Carmona Toro, para luego de ello, referirse al fondo de la litis.

2.- De la excepción de falta de litisconsorcio necesario.

Esta excepción se fundamenta en que el contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración Inmobiliaria, por el cual se constituyó el Patrimonio Autónomo denominado "*Fideicomiso HB Fuller*" es uno de aquellos que genera relaciones jurídicas complejas, el cual involucra a todas las partes que participaron en éste por su relación de coordinación y finalidad común, por lo cual, al solicitarse el incumplimiento del contrato a cargo de la parte convocada, deberá el Tribunal ordenar la vinculación de la Fiduciaria por estar ligada directa y necesariamente al contrato y verse afectada por el resultado del proceso.

La citada excepción fue decidida en la primera audiencia de trámite llevada a cabo el día 5 de marzo de 2018 (folios 527 a 534), en ese momento el Tribunal consideró:

"De otro lado, en lo que tiene que ver con la excepción de falta de integración del litisconsorcio necesario por pasiva, el Tribunal no considera oportuno que para resolver las pretensiones de cumplimiento

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

del contrato e indemnización de perjuicios derivadas del contrato de fiducia de administración inmobiliaria del fideicomiso HB FULLER suscrito entre las partes, deba citar de manera forzosa y necesaria, como parte demandada, a la fiduciaria Corficolombiana, puesto que las pretensiones de la demanda no le endilgan ninguna responsabilidad a esta entidad ni le cuestionan el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, por lo cual, vale resaltar, es la misma demanda la que delimita el ámbito de competencia del Tribunal, puesto que ésta se contrae, exclusivamente, al cumplimiento y/o indemnización de perjuicios de las obligaciones asumidas por la demandada y no a la resolución o extinción del acuerdo negocial, caso en el cual, la conclusión podría ser distinta.”

Luego de valorar la prueba aportada y practicada en el proceso, el Tribunal encuentra que la anterior conclusión permanece incólume, en efecto, de la demanda, del mencionado contrato y de su otro sí, y de los demás documentos allegados por las partes, no se vislumbra ningún reclamo o efecto jurídico que tuviera que soportar la Fiduciaria con las pretensiones de cumplimiento contractual e indemnización de perjuicios promovidas en contra de la convocada, se reitera, el *petitum* de la demandano busca la resolución del negocio jurídico por lo que la sentencia que se llegue a adoptar no tendrá efectos directos ni indirectos frente la Fiduciaria, en razón de ello, no se advierte que deba ser vinculada necesaria y forzosamente al proceso, por lo expuesto, la excepción en estudio será desestimada.

3.- La tacha de sospecha de la testigo Amparo del Socorro Carmona Toro.

El apoderado de la parte convocada formuló tacha de sospecha frente a la declaración de la señora Amparo Carmona Toro por cuanto estimó que:

“De conformidad con lo que acaba ella de relatar y de mencionar en su declaración, y con las preguntas que acaba de responder, me permito formular una tacha, porque la testigo se encuentra claramente inmersa en causales de tipo personal con el representante legal de la sociedad y con la sociedad, en acciones que ha presentado, que pueden afectar claramente su imparcialidad y su credibilidad a la hora de rendir este testimonio. Por lo tanto les solicito respetuosamente a los Árbitros que de conformidad con los Artículos 211 y 221 del Código General del Proceso, tengan en cuenta estas circunstancias que pueden afectar la credibilidad del testimonio que se acaba de rendir al momento de la valoración de la prueba.”(Folios 859).

Al respecto el Tribunal luego de verificar los motivos de la tacha propuesta, determinó que efectivamente la declarante manifestó haber demandado al representante legal de la convocada por la falta de reconocimiento y pago de la comisión de la venta del lote en el cual se edificó la bodega y oficinas de la convocante; sin embargo, al apreciar de manera conjunta el material probatorio afecto a este proceso, y en especial, al revisar cuidadosamente el alcance del testimonio cuestionado a la luz de la sana crítica, este Tribunal no encuentra,

circunstancias que afecten su credibilidad e imparcialidad en su versión, todo lo contrario, los hechos narrados guardan armonía con lo declarado por los otros testigos y lo consignado en la prueba documental, tales como, correos electrónicos enviados por la parte convocante a la convocada, las actas de asamblea obrantes a folios 359 a 379 del expediente y la respuesta dada por la Secretaría de Planeación Municipal de Rionegro el 8 de mayo de 2015 frente a las comunicaciones radicadas ante esa entidad (2015105826 y 2015101559), obrante a folios 825 a 826 del expediente; además el sólo hecho de que la declarante haya formulado demanda en contra del señor Juan Francisco Velásquez Vargas por un derecho distinto al controvertido en la actual litis, no la imposibilita para rendir testimonio y mucho menos para la valoración ponderada de su declaración que deberá hacer el Tribunal. Por tal motivo la tacha no prosperará.

4.- Sobre el contrato de fiducia.

H.B. Fuller Colombia S.A.S. y Construcol S.A.S., en su condición de FIDEICOMITENTES y FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A. en su condición de Fiduciaria, el día 17 de mayo de 2013, suscribieron un contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración para proyecto inmobiliario.

El Tribunal no encuentra ninguna causal de nulidad del contrato mencionado y destaca las siguientes estipulaciones de particular importancia con relación al objeto del litigio que el Tribunal debe resolver.

I. En las definiciones contenidas en el Capítulo I del mencionado contrato, entre otras, se señalaron las siguientes:

Beneficiarios: El fideicomitente 1, es decir H.B. Fuller Colombia S.A.S. sería beneficiario respecto del lote y de las mejoras que se construyan en el mismo y que el fideicomitente 2, es decir Construcol S.A.S. sería beneficiario de los remanentes que queden en el fideicomiso una vez finalice la construcción del edificio.

Constructor: Será Construcol, quien tendrá la calidad de Fideicomitente B del contrato y será responsable de la construcción del edificio y de las demás obligaciones consagradas en el contrato. (La subraya en el texto es del Tribunal).

Fideicomitente A: Es la sociedad H.B. Fuller S.A.S. sociedad encargada de aportar los recursos de que trata el presente contrato.

Gerencia del Proyecto: Será por la sociedad Construcol S.A.S., Fideicomitente del presente Contrato, quien se encargará de la Gerencia, el Diseño y la Construcción.

Proyecto de construcción: Es el Proyecto denominado H.B. Fuller que consta de una Bodega de 6.500 metros cuadrados aproximadamente, que se desarrollará en una (1) Etapa constructiva. El proyecto inmobiliario será construido en el LOTE de

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

acuerdo con los planos, diseños y especificaciones a que se refiere el presente contrato, ciñéndose estrictamente a las normas y reglamentaciones establecidas por las autoridades competentes. (La subraya en el texto es del Tribunal).

II. En las consideraciones contenidas en el Capítulo II del contrato se consagraron, entre otras, las siguientes:

Las partes celebran el presente contrato atendiendo las siguientes consideraciones:

- 1.1. Construcol, se dedica profesionalmente a la ejecución de proyectos de construcción, está en la capacidad de elaborar los DISEÑOS DEFINITIVOS del EDIFICIO, y de construir el EDIFICIO sobre el LOTE. (La subraya en el texto es del Tribunal).
 - 1.2. H.B. Fuller pretende que se le restituya el LOTE con el EDIFICIO una vez sea desarrollado por cuenta y riesgo de Construcol, con los recursos que por medio del presente contrato se compromete a transferir al FIDEICOMISO de forma escalonada. Los recursos se transfieren al Fideicomiso con la finalidad que la Fiduciaria los administre y los desembolse a Construcol para el desarrollo del Proyecto previa autorización del INTERVENTOR ADMINISTRATIVO y, en la medida que se cumplan las condiciones descritas en el presente contrato.
 - 1.3. Construcol, transferirá por su cuenta y riesgo el LOTE al FIDEICOMISO libre de gravámenes y limitaciones al dominio.
 - 1.4. En su calidad de FIDEICOMITENTE B, Construcol aportará al FIDEICOMISO, además del LOTE, la construcción del EDIFICIO en el LOTE, como mejoras al mismo.
 - 1.5. En su calidad de FIDEICOMITENTE A, HB Fuller aportará al FIDEICOMISO los dineros para el desarrollo del Proyecto, con la finalidad de que LA FIDUCIARIA los administre y los desembolse escalonadamente a CONSTRUCOL para el pago del valor del LOTE y la construcción del EDIFICIO, una vez se cumplan las CONDICIONES DE ENTREGA DE LOS RECURSOS.
- III. En el CAPITULO III de MANIFESTACIONES Y DECLARACIONES, en el numeral 3.8. se estipuló que "La labor de la FIDUCIARIA se circunscribe a la vocería y administración del FIDEICOMISO bajo las estipulaciones contenidas en el presente contrato, y siempre y cuando hubiesen recursos disponibles en el presente FIDEICOMISO."
- IV. En el CAPITULO IV relativo a la NATURALEZA Y OBJETO DEL CONTRATO, se expresó que: "4.4. OBJETO DEL CONTRATO: El

presente contrato tiene como objeto que la FIDUCIARIA mantenga la titularidad jurídica de los BIENES FIDEICOMITIDOS y permita a CONSTRUCOL desarrollar y construir, por su cuenta y riesgo, el EDIFICIO, encargándose la FIDUCIARIA de la administración del LOTE, de las mejoras que se realicen en el mismo, en la medida que éstas sean reportadas por CONSTRUCOL y de los recursos que aportará HB FULLER y cumpliendo las demás obligaciones que adquiere en este Contrato...". Así mismo, a la liquidación del FIDEICOMISO, la FIDUCIARIA como vocera y administradora del FIDEICOMISO y, previa instrucción que en tal sentido le realicen LOS FIDEICOMITENTES, restituirá el LOTE, con el EDIFICIO y demás mejoras que se hayan construido sobre el mismo, a HB FULLER en los términos y condiciones aquí previstos, siguiendo las reglas contenidas en el presente Contrato.

V. Obligaciones de las partes durante la etapa operativa:

Se señalan en el contrato, entre otras las siguientes:

I. A CARGO DE CONSTRUCOL:

"5) Entregar a la FIDUCIARIA las siguientes licencias aprobadas, pagadas y vigentes: Licencia de construcción del EDIFICIO y de sus futuras ampliaciones, de acuerdo con los DISEÑOS DEFINITIVOS aprobados por el INTERVENTOR DE DISEÑO, los cuales deberá incluir las áreas para futura ampliación previstas en los documentos Anexo 6: planos esquemáticos, y Anexo 7: especificaciones. 7) Destinar los RECURSOS que le desembolse el FIDEICOMISO única y exclusivamente para la construcción del EDIFICIO y las demás obligaciones a su cargo en virtud del presente contrato."

II. A CARGO DE HB FULLER:

"1) Consignar en la cuenta que el FIDEICOMISO disponga para el efecto, los RECURSOS que se obliga a aportar al Fideicomiso y que CONSTRUCOL utilizará para construir el EDIFICIO y cumplir con sus demás obligaciones en el presente Contrato."

VI. Derechos y obligaciones generales de las partes: Contenidas en el capítulo VII del contrato. En el numeral 7.2 correspondiente a las obligaciones generales se determinan, entre otras, las siguientes:

"1) (...). En todo caso, CONSTRUCOL se obliga al saneamiento y a responder a la FIDUCIARIA y a HB FULLER por los cargos no pagados a las entidades distritales, de catastro o municipales y prestadoras de servicios públicos domiciliarios." 2) "CONSTRUCOL, mantendrá el LOTE a paz y salvo en lo concerniente al pago de

toda clase de impuesto, servicios públicos y demás gastos y erogaciones...” 3) “CONSTRUCOL mantendrá el LOTE a paz y salvo en lo concerniente al pago de toda clase de impuestos, servicios públicos y demás gastos y erogaciones(...).”

- VII. **Obligaciones de CONSTRUCOL como Gerente del Proyecto:** En el numeral 9.1. del Capítulo VII del contrato de fiducia se estipuló:

OBLIGACIONES DE CONSTRUCOL: Son obligaciones de CONSTRUCOL, entre otras, las siguientes: “1) Controlar la construcción del EDIFICIO en todos sus aspectos” (La subraya sobre el texto es del Tribunal).

- VIII. **Aporte de los recursos al Fideicomiso por HB FULLER:**

En el capítulo X del contrato de fiducia se reguló lo relativo a los aportes de los recursos al Fideicomiso por HB Fuller, la prelación y procedimiento de los pagos.

- IX. **Deber de Lealtad y Buena Fe:** En el numeral 11.1 del Capítulo XI se estipuló:

“DEBER DE LEALTAD Y BUENA FE: La actuación de cada una de las partes hacia la otra y la relación entre ellas se regirá por principios de lealtad y buena fe. Por consiguiente, las partes realizarán acciones o se abstendrán de hacerlas cuando con ellas se perjudique los intereses de la otra Parte o del vínculo formalizado entre ellas con el presente contrato. Igualmente los FIDEICOMITENTES declaran que actúan y actuarán de buena fe frente a terceros.” (La subraya sobre el texto es del Tribunal).

- X. **Cláusula penal sancionatoria:** En el numeral 14.1. del capítulo XIV del contrato de fiducia se reguló la cláusula penal sancionatoria en los siguientes términos:

“14.1. CLAUSULA PENAL SANCIONATORIA. El incumplimiento de cualquiera de los FIDEICOMITENTES de alguna de las obligaciones derivadas del presente contrato, dará derecho a aquel que hubiere cumplido o se hubiere allanado a cumplir las obligaciones a su cargo, a exigir a título de pena al FIDEICOMITENTE que no cumplió o no se allanó a cumplir, el pago de una suma equivalente a 1.235.753.011. Lo anterior no obstará para que el FIDEICOMITENTE cumplido pueda reclamar la totalidad de los daños y perjuicios que le sean ocasionados por el incumplimiento.”

“PARAGRAFO PRIMERO: *En el evento en que uno de los FIDEICOMITENTES incumpla alguna de las obligaciones a su cargo, el FIDEICOMITENTE cumplido, o que se allanó a cumplir, requerirá al otro por escrito, mediante comunicación enviada de acuerdo con lo dispuesto en el presente contrato, para que en el término de diez (10) días calendario subsane el incumplimiento reclamado. Pasado dicho período sin que se hubiere subsanado el incumplimiento de las obligaciones, el fideicomitente cumplido podrá exigir judicialmente el cumplimiento de las mismas o la resolución del contrato y en ambos casos podrá exigir además, el pago de la suma indicada como cláusula penal y cualquier otra suma adicional que se llegare a causar a título de daños, sin que para ello sea necesario efectuar requerimientos adicionales, privados o judiciales, en cuyo beneficio renuncian recíprocamente los fideicomitentes.”*

“PARAGRAFO SEGUNDO: *Por el pago de la pena no se extingue la obligación principal, la cual podrá ser exigida separadamente. El FIDEICOMITENTE que hubiere cumplido o se hubiere allanado a cumplir sus obligaciones, podrá exigir bien el cumplimiento del contrato o bien la resolución del mismo, en caso de que el otro FIDEICOMITENTE no cumpla o no se allane a cumplir sus obligaciones. En ambos casos, conjuntamente con el cumplimiento o la resolución del contrato, el FIDEICOMITENTE CUMPLIDO tendrá derecho a pedir el pago de la pena y la indemnización de los perjuicios causados, de conformidad con los artículos 870 del Código de Comercio y 1546 y 1600 del Código Civil.”*

- XI. **Otrosí suscrito al contrato de fiducia:** El día 29 de diciembre de 2014, las partes contratantes suscribieron un otrosí al contrato de fiducia modificando estipulaciones relativas a la obligación de CONSTRUCOL S.A.S. referente al Reglamento de Propiedad Horizontal del Centro Ciudad Karga Rionegro Fase 2.

Conclusiones del estudio del contrato de fiducia:

En realidad el contrato de fiducia celebrado no reviste de mayor complejidad puesto que para el Tribunal este se encuentra bien estructurado, sus obligaciones son precisas en su concepción y alcance y por esto no requieren de interpretación sino de su aplicación.

Hay un sujeto - el fideicomitente 1, es decir, H.B. Fuller Colombia S.A.S. - interesado en adquirir un bien inmueble para el desarrollo de sus actividades empresariales, que se obliga a aportar los recursos requeridos para la satisfacción de esta necesidad, recursos que se determinan; Hay otro sujeto – el fideicomitente 2, es decir Construcol S.A.S.- que ofrece construir sobre un lote de terreno debidamente identificado una edificación que satisfaga las necesidades del

fideicomitente 1; Estos 2 sujetos acuerdan constituir un patrimonio autónomo mediante la suscripción de un contrato de fiducia mercantil con una fiduciaria, que en lo esencial, adquiere obligaciones instrumentales, definidas al señalarse en el capítulo IV el objeto del contrato. Construcol S.A.S. se obliga además, a transferir por su cuenta y riesgo al fideicomiso, el lote de terreno sobre el cual construirá la edificación. Una vez terminada la edificación en las condiciones acordadas la fiduciaria restituirá en favor del Fideicomitente 1 el derecho de dominio y la posesión material sobre el lote con las mejoras incorporadas.

Es claro entonces, que conforme al tenor contractual antes citado, está a cargo de Construcol S.A.S. el cumplimiento de todas las obligaciones urbanísticas derivadas de la construcción de la edificación y al cumplimiento de las exigencias hechas por las autoridades urbanísticas competentes en forma tal que H.B. Fuller S.A.S. como adquirente final del inmueble tenga plena seguridad jurídica de que se han cumplido cabalmente todas estas obligaciones y exigencias y con ocasión de ello, poder usar y gozar el inmueble sin restricciones ni limitaciones presentes o futuras debidas al incumplimiento de Construcol S.A.S. respecto de alguna de las obligaciones asumidas por ésta.

5.- Sobre la obligación de pago de las obligaciones urbanísticas generadas.

Tal como consta en los documentos anexos a la demanda, la Secretaría de Planeación del Municipio de Rionegro, mediante Resolución número 261 de junio 8 de 2013, otorgó a la empresa CONSTRUCOL S.A.S., representada legalmente por el señor JUAN FRANCISCO VELASQUEZ, licencia de construcción para bodega, en la modalidad de obra nueva. En el artículo 2 de la parte resolutive se estableció que: *“El interesado se obliga al pago de las obligaciones urbanísticas generadas en proyecto, una vez sean liquidadas por esta Secretaría a través de acto administrativo o acta de acuerdo de pago...”*. Estas obligaciones urbanísticas se generan en virtud de la construcción de la bodega amparada por la licencia de construcción mencionada. En consecuencia y de conformidad con lo acordado en el contrato de fiducia, en la forma antes referida en el punto 4, quien estaba obligado al pago de las mismas es la sociedad CONSTRUCOL S.A.S.

La respuesta del Secretario de Planeación del Municipio de Rionegro al oficio del Tribunal de Arbitramento, con radicado número 2018125152, respuesta fechada el doce (12) de julio del presente año y que consta en los folios del 42 al 45 del Cuaderno de Medidas Cautelares y Respuesta a Oficios del expediente es prueba fehaciente de que no se produjo pago alguno por concepto de las obligaciones urbanísticas adeudadas a la administración municipal. Así consta en la parte final de la respuesta cuando se expresa:

“Que a la fecha no se ha recibido pago alguno por concepto de pago de las obligaciones urbanísticas adeudadas a la administración municipal”.

Por lo demás también la declaración testimonial de la Señora Lina María González, Gerente de Proyectos de la sociedad Construcol S.A.S., confirma el conocimiento de que el pago de las obligaciones urbanísticas le correspondía a Construcol S.A.S. y demuestra claramente, además, cuál fue la conducta contractual de la sociedad demandada frente al pago de estas obligaciones. En efecto, ante preguntas hechas por el Tribunal, éstas fueron sus respuestas, así:

“PREGUNTADA: (...) Esa obligación que le está preguntando la doctora, que ustedes tenían de construir un aula o algo parecido, era para pagar qué? CONTESTÓ: Las obligaciones urbanísticas del lote, que genera el lote, porque esas obligaciones van sobre el lote donde se construyó H.B. FULLER.” y continúa el Tribunal preguntando: “¿Sabe Usted quien debía pagar esas obligaciones urbanísticas? CONTESTÓ: “¿Del lote de H.B. FULLER? Sí, nosotros CONSTRUCOL, que era la titular de la licencia de construcción. PREGUNTADA: ¿Y entonces que pasó con eso? ¿Ustedes se quedaron simplemente tranquilos, sin tratar de averiguar cuanto iba a ser, si era un aula de tantos metros o de cuántos otros? ¿Simplemente se quedaron tranquilos con eso? CONTESTÓ: Pues digamos que no es que nos quedáramos tranquilos, lo que pasa es que digamos que nosotros fuimos avanzando en el proceso con H.B. FULLER, era importante escriturarles a ellos, entregarles su construcción, a satisfacción todo, y se empezó como a trabajar mucho en ese proceso y digamos que el otro sí se empezó a quedar a la espera del municipio, y el Municipio no nos daba respuesta. De hecho nosotros después estuvimos en mucho contacto con el Municipio porque debíamos tramitar la licencia de subdivisión, y en ese momento el contacto con el Municipio era permanente porque necesitábamos esa resolución para poderles escriturar, y todo eso, y el tema de las obligaciones ellos: Si vamos a definir, si vamos a definir” y hubo un cambio de administración, CONSTRUCOL entró en una etapa complicada por otros inconvenientes que tuvo y en una crisis con socios, económica y todo eso, y sí, el tema se fue dejando como a un lado.”(Folios 812 y 813 del expediente).

No es objeto del presente procedimiento arbitral el definir si de conformidad con la normatividad urbanística vigente para el momento del otorgamiento de la licencia de construcción, el deudor de las obligaciones urbanísticas generadas por la construcción de la bodega es la convocante o la convocada.

El objeto del presente procedimiento arbitral es el decidir si la convocada – Construcol S.A.S.- cumplió o no con el pago de los servicios públicos y todos los demás costos, gastos y erogaciones que puedan causarse con ocasión de la construcción del edificio –cláusula 7.2 numeral 8 del contrato de fiducia-. En otras palabras, es posible que el Municipio con apoyo en la normatividad urbanística pretenda hacer efectivo el pago de las obligaciones urbanísticas en cabeza de H.B. Fuller Colombia S.A.S. cuestión que deberá ser discutida con el citado ente municipal, pero lo cierto es que para los efectos del presente laudo arbitral, que

entre la convocante y la convocada en virtud del contrato de fiducia suscrito se acordó que este pago de obligaciones urbanísticas correspondía exclusivamente a Construcol S.A.S., de esto no tiene duda el Tribunal, incluso la propia convocada admite que estas obligaciones debían ser asumidas por ella, así lo expresó el representante legal en el interrogatorio de parte absuelto ante pregunta formulada por el Tribunal:

“PREGUNTADO POR EL TRIBUNAL: A folios 92 y 93, es un oficio del Municipio de Rionegro SP1830502, de fecha 2016-12-16, sobre un requerimiento al Municipio de Rionegro por la parte demandante. Al final dice: “Es por lo anterior que el titular de la solicitud deberá acreditar el pago de las obligaciones urbanísticas generadas en la Resolución 261 del 18 de junio de 2013 y ahí procederá a dar “visto bueno” de planos de propiedad horizontal, en caso de no haber cancelado dicha obligación deberá aportar el respectivo avalúo corporativo el avaluado por La Lonja de Propiedad Raíz, y así liquidar la obligación a que haya lugar”. ¿Entonces usted había cumplido o no con el pago de las obligaciones urbanísticas? Es la pregunta. CONTESTÓ: Nosotras pagamos las obligaciones urbanísticas que eran en efectivo, las pagamos, en plata. Nosotras teníamos unas obligaciones tipo B, tipo C, no sé cuál era, que se llegó a un acuerdo con el Municipio y se iba a construir un aula; esa es la que tenemos nosotras. El aula no se ha construido hasta el momento y el Municipio a nosotras tampoco nos ha requerido por el aula. Eso es. O sea, no estoy negando que nosotras teníamos un aula para construir con el Municipio de Rionegro, eso es claro, y era tema con ellos, y la persona ahora en el Municipio de Rionegro con la que hablamos, dijo que no debía ser un aula sino un parque.” (Folio 781 del expediente). Cursiva, negrilla y subrayas propias

Así las cosas, resulta incuestionable que la convocada conocía que debía pagar las obligaciones urbanísticas y no lo hizo, según ella, porque no le ha cobrado ni la ha requerido el Municipio de Rionegro, lo cual resulta, por decir lo menos, una conducta bastante contradictoria, como pasa el Tribunal a explicar.

6.- Sobre la conducta de la convocada en la ejecución del contrato de fiducia.

Es necesario advertir primero que en las Definiciones que constan en el Capítulo I del contrato de fiducia celebrado por las partes convocante y convocada con la sociedad Alianza Fiduciaria S.A. se señaló:

“GERENCIA DEL PROYECTO: Será ejercida por la sociedad CONSTRUCOL S.A.S. Fideicomitente del presente contrato, quien se encargará de la Gerencia, el Diseño y la Construcción.”

Y en las consideraciones que constan en el Capítulo II del mismo contrato se estipuló:

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

"1.1. CONSTRUCOL, se dedica profesionalmente a la ejecución de proyectos de construcción, está en la capacidad de elaborar los DISEÑOS DEFINITIVOS del EDIFICIO, y de construir el EDIFICIO sobre el LOTE".

En el Decreto 2090 de 1989, se define la Gerencia de Proyectos, así:

"Es la gestión de dirección, administración y control de los intereses de una persona o grupo de personas para la iniciación y el desarrollo de un proyecto inmobiliario."

Y se fijan las actividades a desarrollar por la Gerencia de un Proyecto así:

"ACTIVIDADES A DESARROLLAR. La labor de gerencia de un proyecto inmobiliario involucra aspectos de índole administrativa, legal, ética, comercial y económica-financiera, de conformidad con las políticas, acuerdos y decisiones de los propietarios."

Se establecen también las distintas Gestiones por las que debe responder la Gerencia del Proyecto, dentro las cuales como Gestiones Legales se determinan las siguientes:

"- Dirigir y controlar las gestiones legales tendientes a cumplir con las disposiciones que llegaren a afectar el proyecto."

Es decir que las obligaciones de Construcol S.A.S no eran solamente las del constructor del Edificio sino además las propias del Gerente del Proyecto.

Por lo tanto, Construcol S.A.S por dedicarse profesionalmente a la ejecución de proyectos de construcción, estaba obligado a conocer, o por lo menos a eso se aspira, las normas legales de carácter nacional y de carácter municipal que regulaban la construcción del edificio, incluyendo el Decreto Nacional número 1469 de 2010, por el cual se reglamentan las disposiciones relativas a las licencias urbanísticas; al reconocimiento de edificaciones; a la función pública que desempeñan los curadores urbanos y se expiden otras disposiciones y las normas contenidas en el Acuerdo 056 de 2011, Plan de Ordenamiento Territorial del Municipio de Rionegro.

La convocada, obligada al pago de las obligaciones urbanísticas, en virtud de lo estipulado en el contrato de fiducia, estaba también obligada al conocimiento de las normas urbanísticas existentes en el Municipio de Rionegro y por supuesto, igualmente, se encontraba obligada a conocer lo que podría ocurrirle a H.B. Fuller, en virtud del mandato del artículo 36 del Decreto 1469 de 2010, si la convocada no cumplía con el pago de las citadas obligaciones urbanísticas.

Este artículo establece:

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

Artículo 36. *Efectos de la licencia*. De conformidad con lo dispuesto en el literal a) del artículo 5° del Decreto-Ley 151 de 1998, el otorgamiento de la licencia determinará la adquisición de los derechos de construcción y desarrollo, ya sea parcelando, urbanizando o construyendo en los predios objeto de la misma en los términos y condiciones expresados en la respectiva licencia.

La expedición de licencias no conlleva pronunciamiento alguno acerca de la titularidad de derechos reales ni de la posesión sobre el inmueble o inmuebles objeto de ella. Las licencias recaen sobre uno o más predios y/o inmuebles y producen todos sus efectos aun cuando sean enajenados. Para el efecto, se tendrá por titular de la licencia, a quien esté registrado como propietario en el certificado de tradición y libertad del predio o inmueble, o al poseedor solicitante en los casos de licencia de construcción.

En el caso que el predio objeto de la licencia sea enajenado, no se requerirá adelantar ningún trámite de actualización del titular. No obstante, si el nuevo propietario así lo solicitare, dicha actuación no generará expensa a favor del curador urbano.

La conducta de la convocada en la ejecución del contrato consistió en desentenderse del cumplimiento de su obligación de pagar las obligaciones urbanísticas, realizar las gestiones para que la Fiduciaria pudiera transferir el derecho de dominio del inmueble en favor de H.B. Fuller S.A.S. y luego pretender que con los paz y salvos aportados para la elaboración y suscripción de la escritura pública de transferencia de dominio -los cuales nada tienen que ver con el pago de las obligaciones urbanísticas- ya no se encontraba obligada al pago de las obligaciones urbanísticas, puesto que no le debía nada al Municipio como se evidencia en las declaraciones maliciosas del Representante Legal de la convocada que obran en el proceso.

Frente al interrogatorio formulado por la apoderada de la convocada y conforme consta en el folio 760 del expediente manifestó el señor Juan Francisco Velásquez Vargas:

*"CONTESTÓ: No, yo le pagué al Municipio, yo te lo dije muy claro: le pagué al Municipio todo lo que me cobró en su momento para que me entregara la licencia de urbanismo y la licencia de construcción, y se lo entregué todo a paz y salvo hasta la fecha, porque yo no tengo deuda hasta que a mí no me la cobren; hasta la fecha de hoy yo estoy a paz y salvo con el Municipio de Rionegro, **CONSTRUCOL no tiene una sola deuda con el Municipio de Rionegro. O sea, por eso me dieron la licencia; sino no me habrían dado una licencia de construcción. Ellos dan la de urbanismo y la de construcción; me dieron las dos licencias y me entregaron los paz y salvos para yo poder escriturar, sino no habría podido escriturar.**"*

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

Es que la actuación de la demandada siempre fue tendiente a que transcurriera el tiempo sin que el Municipio liquidara las obligaciones urbanísticas y no tener que asumir su costo económico, eso se desprende de lo igualmente declarado por el representante legal de la demandada:

“PREGUNTA # 6: *Diga si es o no cierto, y yo afirmo que es cierto, que CONSTRUCOL incumplió esta obligación contractual al no pagar las obligaciones urbanísticas. CONTESTÓ: No es cierto, no es cierto; nosotros le entregamos a ustedes el lote y le entregamos escriturado. Yo tengo un negocio ya, o sea, el Municipio de Rionegro tiene que hablar conmigo, no ha hablado conmigo. Ya es otro tema muy aparte, es un tema muy aparte de lo que yo le entregué a usted. Yo a FULLER le entregué, como decía en el contrato, se lo entrego todo organizado, todo funcionando. **Ese problema en que ustedes se metieron, que yo no sé de dónde lo sacaron, porque yo no sé qué gestión hicieron, ni cómo manejaron eso, porque el Reglamento de propiedad horizontal así como estaba no era sino meterlo a registro, y ustedes empezaron que esa fue el primer tema de la demanda, era porque no había podido entrar a Reglamento de propiedad horizontal y ya si está en el Reglamento de propiedad horizontal; eso habría sido sin ningún problema. Que el Municipio de Rionegro se sienta conmigo y me diga cómo le hago el aula, eso es lo que yo estoy pidiendo, pero es el Municipio de Rionegro, no H.B. FULLER, y tan estaba a paz y salvo con el Municipio de Rionegro, que escrituré. ¿Usted cree que un Municipio le va a dejar a uno escriturar una propiedad si no está a paz y salvo con él?** EL TRIBUNAL, PRESIDENTE: Muy bien, ya el tema lo ha reiterado varias veces, sigamos con otra pregunta. Séptima. **REANUDA EL APODERADO DE LA PARTE CONVOCANTE. PREGUNTA # 7:** *Diga si es o no cierto, y yo afirmo que es cierto, que en el contrato de fiducia mercantil irrevocable suscrito por CONSTRUCOL con H.B. FULLER, era obligación de CONSTRUCOL (abro comillas) “el responder por los cargos no pagados a las entidades distritales de catastro o municipales”. CONTESTÓ: No, **¿cómo así que responder? Yo ya les entregué a paz y salvo, yo les entregué a paz y salvo en el momento en el que les entregué el proyecto. O sea, ya lo que siga de ahí para adelante no es mío, yo no tengo, o sea, hasta la fecha de entrega, y lo dice muy claro el contrato, yo les entrego ahí a paz y salvo.**”*(Folio 762 del expediente).Cursiva, subrayas y negrilla propias*

Además está probado en el proceso que el representante legal de la sociedad demandada no respondió a los requerimientos de la convocante que le exigía el cumplimiento de las obligaciones contraídas. Así se observa también en la siguiente respuesta dada en el interrogatorio de parte formulado por el apoderado de la convocante:

“PREGUNTA # 4: *Diga si es o no cierto, y yo afirmo que es cierto, que usted fue requerido por H.B. FULLER por escrito para que asumiera su*

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

responsabilidad de pagar las obligaciones urbanísticas ante el Municipio de Rionegro. **CONTESTÓ:** No, a mí no me ha requerido H.B. FULLER por eso, muéstreme el escrito. **A mí me citaron en una carta a una reunión y me dio tanta rabia que no fui, porque a mí no me gusta que me citen por una carta, por qué no me llaman. ¿Si me entendés? A mí que me llegue una carta de un abogado por escrito:** "Venga que le tengo esta citación, tiene que venir tal día, tal fecha". O sea, ni siquiera conciliaron conmigo de que venga reunámonos. No, eso me pareció poco, qué será palabra, como poco elegante, y yo soy como una mula a veces, cuando me ofusco ya no me muevo."(Folio 761 del expediente).Cursiva, subrayas y negrilla propias.

En igual sentido existe en el proceso prueba documental de los requerimientos efectuados por la convocante al representante legal de la convocada para que se allanara al cumplimiento de las obligaciones urbanísticas, así:

- Correo electrónico enviado el 17 de junio de 2016 a las 3:19 p.m., por el señor Guillermo Fernández en nombre de H.B. Fuller, al señor Juan Francisco Velásquez en su calidad de representante legal de Construcol, con copia a la señora Lina María González y Lina García, en cual se solicitó lo siguiente:

"Juan Francisco:

De acuerdo a la última información del municipio de Rionegro donde figuras como el representante legal de Construcol S.A.S.se determinó la necesidad de que asumas las obligaciones urbanísticas, esto es para que la facture que envíen por dicho concepto salga a nombre de Construcol s.a.s.

Por favor necesitamos nos envíes la carta firmada lo más pronto posible junto con los documentos soportes que se piden (...)." (Folio 73 del expediente).

Esta misma solicitud fue reiterada en los correos electrónicos remitidos los días 22 de junio de 2016, 12 de julio de 2016, 15 de julio de 2016 y 10 de octubre de 2016, obrantes a folios 74 a 76 del expediente, todos ellos sin respuesta de la parte convocada.

Además de lo anterior, fue aportado con la declaración del testigo Guillermo Fernández, el texto de la carta en la que se le solicitaba al representante legal de Construcol su firma para la legalización o normalización de las obligaciones urbanísticas ante el Municipio de Rionegro, la cual iba precedida de una explicación y requerimiento escrito que hiciera H.B. Fuller para el cumplimiento de las obligaciones insatisfechas por la convocada, comunicaciones que fueron remitidas como anexos del correo electrónico ya reseñado, enviado el 17 de junio de 2018, documentos que obran a folios 743 a 746 del expediente.

Solicitud y requerimiento escrito que fue ratificado por la versión de la testigo señora Lina María González, Gerente de Proyectos de la sociedad CONSTRUCOL S.A.S:

“PREGUNTADA: ¿Usted recibió un requerimiento de parte de H.B. FULLER para que acudiera directamente al Municipio y les efectuaran las liquidaciones de las obligaciones urbanísticas? CONTESTÓ: Sí señor, de H.B. FULLER. PREGUNTADA POR EL TRIBUNAL, PRESIDENTE: ¿Y qué pasó? ¿Ustedes fueron? CONTESTÓ: No, realmente ellos, el correo era, y feo, era algo diferente; era porque H.B. FULLER nos envió un correo donde nos decía como que firmáramos un documento que estaba como solicitando el Municipio de Rionegro, y allá va el tema: el Municipio de Rionegro estaba haciendo una exigencia de un pago de unas obligaciones para que el Municipio adelantara el sello de los planos del Reglamento, y el correo, que creo al que él se refiere, traía anexo un documento donde nosotros asumíamos un compromiso de un pago con esas obligaciones. Pero es que ese documento no era entendible y no era aceptable por nosotros, porque era como si nos estuvieran obligando a nosotros a firmar un documento que no tenía ningún sustento jurídico. PREGUNTADA: ¿Me recuerda qué documento era, perdón le interrumpo? CONTESTÓ: Algo así como que CONSTRUCOL se compromete al pago. “Señores Municipio de Rionegro, CONSTRUCOL se compromete al pago de las obligaciones urbanísticas”, algo así. Atentamente, Juan Francisco Velásquez. No tenía como argumentos legales.” (Folio 815 del expediente). Cursiva, subrayas y negrilla propias.

De todo lo expuesto y valorado probatoriamente concluye el Tribunal, que la conducta de la convocada en la ejecución del contrato contradice y viola no sólo el propio texto negocial sino todos los postulados de la buena fe exigidos por el artículo 83 de la Constitución Política de Colombia y por el artículo 1603 del Código de Comercio Colombiano que meridianamente prescribe:

“ARTICULO 1603. EJECUCION DE BUENA FE. Los 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.”

No encuentra el Tribunal ajustado a derecho ni a la lealtad reclamada en el contrato ni en la ley, que la parte convocada pretenda sustraerse del cumplimiento de sus obligaciones con el pretexto de que entregó el bien inmueble contra la expedición de la escritura pública a paz y salvo y dejó de asumir, abiertamente, el pago de obligaciones urbanísticas que sólo se le liquidarán, como ella bien sabe en su condición de profesional de la construcción y gerente del proyecto, posteriormente a la suscripción de la mencionada escritura. **La obligación de asumir el pago de las obligaciones urbanísticas no sólo hace parte de las**

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

obligaciones de saneamiento legal que le corresponden al vendedor del bien sino que le obliga el mandato contractual.

Para el Tribunal, le correspondía a Construcol como vendedor y constructor del bien inmueble, el impulso de la actuación administrativa desde el momento de la expedición de la licencia. Él debía solicitar la realización del avalúo, si éste se requería, o solicitar la determinación de la obra concreta que debía hacer como pago en especie de las obligaciones urbanísticas tipo B, sin lugar a ninguna clase de dilación o argucia.

Con base en ese avalúo o acuerdo sobre la obra a realizar, la dependencia municipal competente liquidaría las obligaciones urbanísticas.

Por lo anterior, Construcol al no haber efectuado la gestión administrativa necesaria y no solicitar la liquidación de las obligaciones urbanísticas tipo B y por supuesto, por no haber procedido al pago de la misma, incumplió el contrato de fiducia mercantil.

Así las cosas, la pretensión primera principal será acogida así como la primera consecucional por haberse demostrado el incumplimiento contractual de la convocada. En razón de esto, no habrá necesidad de efectuar ningún pronunciamiento respecto a las pretensiones subsidiarias. Ahora, frente a las pretensiones segunda y tercera consecuenciales, el Tribunal se ocupará en los siguientes numerales de su análisis.

7.- La pretensión consecucional tercera de la demanda. Condena al pago de la Cláusula Penal.

El Tribunal para poder analizar la procedencia o no de la pretensión consecucional segunda de la demanda, en la cual se solicita el resarcimiento de los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de la demandada, deberá dar cuenta de la naturaleza de la cláusula penal pactada entre las partes, para lo cual, citará el numeral 14.1 del capítulo XIV del contrato de fiducia:

***"14.1. CLAUSULA PENAL SANCIONATORIA.** El incumplimiento de cualquiera de los FIDEICOMITENTES de alguna de las obligaciones derivadas del presente contrato, dará derecho a aquel que hubiere cumplido o se hubiere allanado a cumplir las obligaciones a su cargo, a exigir a título de pena al FIDEICOMITENTE que no cumplió o no se allanó a cumplir, el pago de una suma equivalente a 1.235.753.011. Lo anterior no obstará para que el FIDEICOMITENTE cumplido pueda reclamar la totalidad de los daños y perjuicios que le sean ocasionados por el incumplimiento."*

***"PARAGRAFO PRIMERO:** En el evento en que uno de los FIDEICOMITENTES incumpla alguna de las obligaciones a su cargo, el FIDEICOMITENTE cumplido, o que se allanó a cumplir, requerirá al otro*

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

por escrito, mediante comunicación enviada de acuerdo con lo dispuesto en el presente contrato, para que en el término de diez (10) días calendario subsane el incumplimiento reclamado. Pasado dicho período sin que se hubiere subsanado el incumplimiento de las obligaciones, el fideicomitente cumplido podrá exigir judicialmente el cumplimiento de las mismas o la resolución del contrato y en ambos casos podrá exigir además, el pago de la suma indicada como cláusula penal y cualquier otra suma adicional que se llegare a causar a título de daños, sin que para ello sea necesario efectuar requerimientos adicionales, privados o judiciales, en cuyo beneficio renuncian recíprocamente los fideicomitentes.”

“PARAGRAFO SEGUNDO: *Por el pago de la pena no se extingue la obligación principal, la cual podrá ser exigida separadamente. El FIDEICOMITENTE que hubiere cumplido o se hubiere allanado a cumplir sus obligaciones, podrá exigir bien el cumplimiento del contrato o bien la resolución del mismo, en caso de que el otro FIDEICOMITENTE no cumpla o no se allane a cumplir sus obligaciones. En ambos casos, conjuntamente con el cumplimiento o la resolución del contrato, el FIDEICOMITENTE CUMPLIDO tendrá derecho a pedir el pago de la pena y la indemnización de los perjuicios causados, de conformidad con los artículos 870 del Código de Comercio y 1546 y 1600 del Código Civil.”*

Sea lo primero advertir que la reclamación de perjuicios y la cláusula penal en principio no podrán ser acumuladas, salvo estipulación expresa en contrario (art. 1600 Código Civil), así lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia, por lo que en ese sentido el demandante deberá optar entre la pena y los perjuicios, así:

“En el mismo sentido, la parte final del artículo 1594 que faculta al acreedor cobrar la pena junto con la obligación principal, “a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal”; e igualmente, el artículo 1600 ejusdem, en cuanto determina que “no podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena”. Como se ve, tales preceptos permiten a las partes acordar la cláusula con un signo particularmente punitivo al posibilitar su acumulación con la reclamación de perjuicios, a la cual, subsecuentemente, no sustituye.”Sala de Casación Civil. M. P. Pedro Octavio Munar Cadena. Sentencia del 18 de diciembre de 2009. Expediente 68001 3103 001 2001 00389 01.

Ahora bien, en el caso que ocupa la atención del Tribunal, se encuentra pactada, inequívocamente, que la parte cumplida podrá solicitar el cumplimiento del contrato o su resolución, y como consecuencia de ello, pedir la acumulación de la pena y la totalidad de los perjuicios ocasionados con el incumplimiento contractual.

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

Estipulando, como bien se definió en el contrato, una cláusula penal de orden sancionatorio.

Así, es posible jurídicamente, como lo hizo el demandante pedir no sólo el pago de los perjuicios irrogados sino la condena del valor estipulado en la cláusula penal, para lo cual deberá demostrar que requirió a la parte demandada para la subsanación de la obligación insatisfecha en los términos del parágrafo segundo del numeral 14.1 del capítulo XIV del contrato de fiducia para luego de esto poder proceder a la formulación de la demanda arbitral.

Dejando de lado la discusión sobre el alcance o validez del requerimiento previo como requisito de procedibilidad convencional a la luz de lo establecido en el artículo 13 del Código General del Proceso, lo cierto es que la presente demanda fue promovida luego de haberse agotado múltiples requerimientos verbales y escritos a la demandada.

De esto dio cuenta la declaración rendida por la señora Amparo del Socorro Carmora Toro, quien fue administradora de la Copropiedad Karga Fase 2.

***“PREGUNTADA:** Yo quiero leerle un pedazo del acta número 8 del consejo de administración, me parece que es del consejo, yo la ubico, espéreme un segundito. **CONTESTÓ:** Me suena más bien como de asamblea. **PREGUNTADA:** De asamblea, sí. **CONTESTÓ:** Sí, porque en el acta número 8 todavía no se había hecho ninguna negociación con FULLER. **PREGUNTADA:** Sí, es de la asamblea. **CONTESTÓ:** ¿De qué fecha? **PREGUNTADA:** Esto es 2 de agosto del 2014, folio 73, reverso. Está hablando de la franja de terreno. Dice: “La administración cumplió con lo pactado y realizó todos los trámites necesarios, pero en Planeación fue rechazada la desafectación porque la matrícula inmobiliaria que estaba en la promesa no correspondía al lote que había comprado la empresa H.B FULLER, a la cual se anexaría la franja. Se envió carta al señor Juan Francisco Velásquez para que continuáramos el proceso, pero nunca respondió. Sin embargo la Constructora, con el borrador de la promesa de compra, intervino la franja haciendo una cuneta y organizando el terreno. Al final no se compró dicha franja, todo fue un engaño por parte de la constructora para hacer uso de la franja mientras la construcción”. Usted aquí utiliza la palabra “engaño”. La pregunta es si en otros momentos Karga Fase 2 se sintió engañada por CONSTRUCOL. **CONTESTÓ:** Mire, al principio no nos sentimos engañados, porque todo el tiempo nos comió a carreta, que era la segunda etapa, que el coeficiente iba a ser grandísimo, que a ellos la cuota de administración se les iba a rebajar al 50%. Pero ya después, como en esa acta, ya nos dimos cuenta de que todo era un engaño, todo lo que nos dijo él fue un engaño, y engañó también al municipio de Rionegro, porque para que le dieran la licencia de construcción, llevó al municipio de Rionegro todo lo que le habían aprobado para Karga Fase 2. Entonces allá me mostraron: “Vea, es que aquí está el acueducto, el alcantarillado”. Todo lo que ya*

tenían listo, él lo llevó allá para poder construir a FULLER. Lo que nosotros nunca nos explicamos cómo es que le aprueban en Rionegro eso y después le hacen una matrícula independiente que no tiene nada que ver con Karga Fase 2. Ese negocio no lo supimos nunca cómo fue. Entonces ya después nos dimos cuenta que todo lo que Juan Francisco nos había dicho, era un engaño, todo, y ahí está muy claro en la asamblea, y creo que esa asamblea está firmada por él, mira a ver si él estaba ahí, yo creo que el firmó esa acta, él mismo firmó esa acta."

De los requerimientos también da cuenta los insistentes correos electrónicos enviados por la demandante al representante legal de la demandada y a su gerente de proyectos, fechados el 17 de junio, 22 de junio de 2016, 12 de julio de 2016, 15 de julio de 2016 y 10 de octubre de 2016, obrantes a folios 73 a 76 del expediente, de todos ellos no existe en el plenario contradicción o respuesta de la parte convocada.

Finalmente, hay evidencia del requerimiento escrito que hiciera H.B. Fuller para el cumplimiento de las obligaciones incumplidas por la convocada, remitida como anexo del correo electrónico del 17 de junio de 2018, folio 743 a 745 del expediente.

"Medellín, Junio 17 de 2.016

Doctor:
JUAN FRANCISCO VELASQUEZ
CONSTRUCOL S.A.S
Ciudad

REF. TRAMITE DE INTEGRACIÓN DEL LOTE DE PROPIEDAD DE HB FULLER A LA COPROPIEDAD CENTRO CIUDAD KARGA RIONEGRO FASE II – PH

Por medio de la presente me permito dirigirme a Usted con la finalidad de informarle que en desarrollo del trámite de incorporación del lote de propiedad de HB FULLER a la copropiedad CENTRO CIUDAD KARGA RIONEGRO FASE II – PH, el cual actualmente adelantamos ante la Oficina de Planeación Municipal del Municipio de Rionegro, se determinó por parte de dicha entidad la necesidad de dar cumplimiento a unas obligaciones urbanísticas como requisito previo para el perfeccionamiento de dicho trámite.

Teniendo en cuenta que si bien nosotros estamos adelantando el trámite para la incorporación de nuestra bodega a la propiedad horizontal ya mencionada, el cumplimiento de dichas obligaciones no nos corresponde asumirlo toda vez que cuando adquirimos el bien de parte de la sociedad que Usted presenta, en ningún momento adquirimos dentro de la negociación obligaciones de esta índole con respecto a dicha adquisición

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

y por el contrario, nuestra empresa adquirió el derecho de dominio sobre un inmueble que se suponía debía estar completamente al día con respecto a sus obligaciones urbanísticas como proyecto ante el Municipio de Rionegro y debidamente incorporado en el reglamento de propiedad horizontal de CENTRO CIUDAD KARGA RIONEGRO FASE II – PH.

Por tal razón y después de haber efectuado este planteamiento al funcionario que atiende el trámite, esta dependencia estuvo de acuerdo en que se presente una carta dirigida al Municipio de Rionegro en la cual se señale que la sociedad CONSTRUCOL S.A.S., pese a no ser quien adelanta el trámite de la referencia, asume el costo total derivado de cualquier concepto relacionado con las obligaciones urbanísticas derivadas del trámite de incorporación de la bodega a la propiedad horizontal, dando cumplimiento a los compromisos contractuales asumidos con HB FULLER.

En este orden de ideas, adjuntamos a la presente comunicación el texto de lo que consideramos debe ser dicha carta con la finalidad de que sea firmada por Usted y devuelta a nosotros, para continuar con el trámite.

Atentamente,

LINA MARIA GARCIA MEJIA
Representante Legal
HB FULLER COLOMBIA S.A.S.
NIT No. 800.026.092-2”

Requerimiento escrito que fue avalado por la testigo señora Lina María González, Gerente de Proyectos de la sociedad Construcol.

En ese orden de ideas, están acreditados los presupuestos legales y contractuales para que se abra paso la prosperidad de la cláusula penal, no obstante ello, el Tribunal de acuerdo a lo previsto en el artículo 867 del Código de Comercio procederá a reducir equitativamente el monto o suma pactada entre las partes, por cuanto se encuentra probado con suficiencia y de esto no existe discusión que la obra civil culminó, el bien inmueble se escrituró y se transfirió el derecho de dominio, esto es, la obligación principal se cumplió de forma material y jurídica, no así, como también quedó probado, la satisfacción del pago de obligaciones urbanísticas.

“ART. 867.—Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse.

Cuando la prestación principal esté determinado o sea determinable en una suma cierta de dinero, la pena no podrá ser superior al monto de aquella.

Cuando la prestación principal no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta de dinero, podrá el juez reducir equitativamente la pena, si la considera manifiestamente excesiva habida cuenta del interés

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

que tenga el acreedor en que se cumpla la obligación. Lo mismo hará cuando la obligación principal se haya cumplido en parte." Negrilla y subrayas propias.

En razón de esto, no estima el Tribunal que la suma pactada en la cláusula penal se haya causado en su integridad, en otras palabras, resulta excesiva en contraste a lo ejecutado en el contrato.

Así las cosas, aunque no media oposición ni excepción planteada al respecto, en acatamiento de lo dispuesto en la parte final del inciso segundo del mencionado 867 del Código Comercio y de lo probado en el plenario, el Tribunal reducirá el monto de la pena que deberá reconocer y pagar la demandada por su incumplimiento en un 50%, esto es, en la suma de \$617.876.505.

8.- La pretensión consecuencial segunda de la demanda. Condena al pago de perjuicios ocasionados por el incumplimiento.

Esta pretensión tiene por finalidad que se le reconozcan los costos asumidos por la convocante en la atención directa de los requerimientos planteados por el Municipio de Rionegro para la inclusión del bien inmueble al reglamento de propiedad horizontal, en razón a que la parte convocada desatendió esa obligación al igual que la del pago de las obligaciones urbanísticas tipo B.

La pretensión consecuencial elevada ante el Tribunal es del siguiente tenor:

"Que se ordene a la sociedad Construcol S.A.S., al resarcimiento de los perjuicios ocasionados con su incumplimiento a la sociedad HBFuller Colombia S.A.S., los cuales comprenden:

- *El pago de la suma de COP\$ 6.960.000 por concepto del Avalúo realizado por la Lonja de Propiedad Raíz.*
- *El pago de la suma de COP\$ 32.289.211 por concepto de honorarios de abogado generados por el acompañamiento y asesoría desde el incumplimiento de contrato de Fiducia.*

N° FACTURA	VALOR
N°000000776	\$4.296.756
N°000000902	\$530.233
N°000001013	\$1.393.679
N°000001208	\$6.004.561

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

N°000001606	\$1.777.781
N°000001782	\$9.123.656
N°000001829	\$9.162.545
TOTAL	\$32.289.211"

El Tribunal luego de analizar los gastos incurridos por la parte convocante observa que tales perjuicios se enmarcarían en la clasificación del daño emergente porque son costos que asumió, sin tener que hacerlo, por el incumplimiento de la parte convocada en el pago de las obligaciones urbanísticas, por lo que resultan perjuicios directos e imputables a la negligencia o incuria de la causante del daño, Construcol y, como se examinó en el numeral anterior tales conceptos económicos pueden ser cobrados por la convocante además de la pena pactada en el contrato.

De otro lado, no comparte el Tribunal la alegación de la convocada en la que se señaló que los rubros discriminados en la presente pretensión se causaron por la intromisión de la convocante o por su propia culpa en el desarrollo de la gestión administrativa, ya que todo lo contrario resultó probado en el proceso, la convocante fue diligente y cuidadosa en su actuar porque era su legítimo interés como comprador legalizar el bien inmueble adquirido sujetándolo al régimen de copropiedad y dejándolo a paz y salvo de los requerimientos o cobros de la administración municipal, en razón de lo cual, no se observa que los costos cobrados sean desproporcionados o ajenos a esa labor, punto éste que fue tratado extensamente por el declarante Guillermo Fernández.

Teniendo en cuenta lo expuesto, el Tribunal acogerá esta pretensión.

9.- Las excepciones de mérito propuestas por Construcol.

Tienen definida la doctrina y la jurisprudencia que la defensa o resistencia a la pretensión se concreta en dos momentos: negando los hechos en los que se sustenta aquella, u oponiendo otros hechos que, de acuerdo con la ley, son aptos para impedir el nacimiento de la relación sustancial que invoca el demandante o que modifican o extinguen dicha relación. Es decir, si el demandante no prueba los hechos fundantes de su pretensión, sucumbe por una declaración desestimatoria de su pretensión.

Así mismo, la excepción se estudia por el juzgador *in eventum*, vale decir, en el caso del inicial triunfo de la pretensión. Si esta resulta rechazada, obviamente no hay lugar a estudiar la excepción, es decir, ante el fracaso de la pretensión no hay por qué enfrentar el estudio de hechos impositivos, modificativos o extintivos de algo que no está llamado a ser acogido.

De igual suerte la excepción necesariamente tiene que estar sustentada en hechos que sean fundantes de la misma, por lo que, si el excepcionante no prueba tales hechos, obviamente su defensa fracasará.

Con fundamento en el concepto que se deja plasmado, el Tribunal procede a despachar las excepciones de mérito:

a.- “Cumplimiento del objeto contractual”. Afirma la parte convocada que cumplió a satisfacción el objeto contractual porque sobre el lote de terreno se construyó la bodega prometida, inmueble que fue restituido a la convocante a la finalización de la obra conforme a lo previsto en el contrato de fiducia mercantil, además de ello, fue transferido jurídicamente el bien inmueble a su adquirente libre de gravámenes, impuestos, tasas y contribuciones, valorización y demás erogaciones de orden nacional, departamental o municipal.

Ya se vio como, efectivamente, algunas de las obligaciones adquiridas por Construcol en el contrato sobre el cual se discute en este proceso arbitral no fueron satisfechas. Frente a la insatisfacción o incumplimiento, solo quedaba enfrentar un hecho concreto que fuese suficiente, de acuerdo con la ley, para desestimar la pretensión por no haber nacido la obligación o por haberse modificado o extinguido ésta. Alegar simplemente el cumplimiento, si bien es un medio de resistencia o de defensa frente a la pretensión, no es propiamente una excepción, a no ser que se tuviese como tal el pago como cumplimiento. Y si se analizó atrás que efectivamente no se ha cumplido con el pago de las obligaciones urbanísticas tipo B y que éstas resultan ser obligaciones de saneamiento legal y contractual que le corresponden al vendedor y constructor del bien, obviamente la excepción de cumplimiento, entendida de la manera como aquí se expresa, no ha quedado configurada y será rechazada.

b.- La solución del negocio jurídico. Si bien la solución o pago sí comporta un hecho extintivo de la obligación reclamada, en el proceso no se advierte prueba de se haya dado cabal cumplimiento de la prestación debida, como acaba de explicarse en el anterior punto.

El Tribunal no comparte la posición jurídica adoptada por la parte demandada, en el sentido de indicar que la obligación de mantener el bien inmueble adquirido por la convocante en paz y salvo, solo permanecía vigente hasta el momento de la entrega y la transferencia del derecho de dominio, como lo hizo al suscribir la escritura pública N° 3495 del 31 de octubre de 2014 ante la Notaría 7ª de Medellín, puesto que existen obligaciones como las urbanísticas que no están cobijadas con el paz y salvo que se aporta para la firma del citado instrumento público, por cuanto tales obligaciones en muchas ocasiones, no se liquidan ordinariamente para ese momento, por lo cual permanecen hasta que el obligado las pague, en este caso conforme al contrato, éstas le correspondían a la parte convocada, Construcol, en razón de ello, se podían reclamar, como ocurrió, a través de la obligación contractual asumida por ésta y a través de la obligación de saneamiento incumplida por el vendedor de la cosa. Por lo considerado no prosperará entonces, la excepción.

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

c.- Interpretación sistemática e integral del contrato. La presentación de una forma particular de interpretar el texto contractual, en sí no es un hecho y por consiguiente no es propiamente una excepción. A lo sumo sería una consideración o argumentación para la prosperidad de una excepción. Sin embargo, luego de estudiarse, se encuentra que su sustentación gira en torno al cumplimiento del contrato y de la solución o pago de la obligación de mantener el bien a paz y salvo hasta la entrega y transferencia del derecho de dominio, por lo cual, las razones expuestas para negar las dos primeras excepciones permanecen para restarle mérito a la presente oposición o excepción, razón suficiente para su rechazo.

d.- Falta de Legitimación en la causa por activa y falta de litisconsorcio necesario. Estas dos excepciones quedaron resueltas y rechazadas en los puntos, en su orden en capítulo III, literal B, ordinales e, f y g, y en literal D numeral 2.

e.- Nadie puede alegar su propia torpeza o “*nemo auditur propriam tuptitudinem allegans*”. Se alega la culpa de la demandante como hecho extintivo de la obligación de la parte convocada fundamentada en que la actora pretende obtener rédito por unas gestiones administrativas que no eran necesarias.

Olvida la convocada, que la parte demandante en aras de legalizar el bien adquirido e integrarlo al régimen de copropiedad tuvo que hacer las gestiones que se le censuran, puesto que al no recibir atención oportuna de la convocada como obligada contractual frente al pago de las obligaciones urbanísticas se vio compelida a llevar a cabo una serie de gestiones que no estaban a su cargo. No obstante ello, el Tribunal estima que la actuación desplegada por la convocante estuvo dentro de los parámetros de diligencia y cuidado en búsqueda de su interés o finalidad negocial. No acreditada la supuesta culpa o torpeza alegada en el comportamiento de la demandante, la excepción podrá prosperar.

f.- Verbos rectores como núcleo esencial de las obligaciones contractuales. La denominada excepción no es tal, no configura un hecho impeditivo, modificativo o extintivo de la pretensión, es pues, una mera afirmación para replicar a una pretensión, la cual por demás ha quedado resuelta con lo considerado en el laudo respecto al incumplimiento de la obligación a cargo de la demandada.

Solo bastaría por considerar lo siguiente, en el plenario quedó suficientemente demostrado que la parte convocante informó, notificó y requirió a la demandada para que la acompañara y coadyuvara con la gestión administrativa de la inclusión del bien inmueble al régimen de propiedad horizontal, por lo que resulta contrario a la realidad lo afirmado en esta “excepción” sobre el hecho que nunca tuvo conocimiento ni se le informó puesto que la demandante actuó de forma independiente y separada.

g.- Inexistencia de elementos de responsabilidad civil contractual. La sustentación de esta excepción gravita en que la víctima, H.B. Fuller, se causó su

propio daño por haber llevado a cabo una actuación administrativa innecesaria, independiente, errónea y descuidada, de la cual se pretende endilgar responsabilidad a la demandada.

La sustentación de esta excepción fue despachada negativamente en el anterior literal e, por esa razón se negara igualmente el presente medio exceptivo.

h.- Buena fe por parte de Construcol. Si bien la buena fe no configura en estricto sentido una excepción, en el proceso quedó demostrado lo contrario, esto es, el Tribunal no encontró ajustado a derecho ni a la lealtad reclamada en el contrato ni en la ley, que la parte convocada pretenda sustraerse del cumplimiento de sus obligaciones con el pretexto de que entregó el bien inmueble contra la expedición de la escritura pública a paz y salvo y dejó de asumir, abiertamente, el pago de obligaciones urbanísticas que sólo se le liquidaran, como ella bien sabe en su condición de profesional de la construcción y gerente del proyecto, posteriormente a la suscripción de la mencionada escritura. La obligación de asumir el pago de las obligaciones urbanísticas no sólo hace parte de las obligaciones de saneamiento legal que le corresponden al vendedor del bien sino que le obliga por el simple mandato contractual. Por lo considerado esta "excepción" no será acogida.

i.- Prescripción. Se propuso como excepción la prescripción de la obligación pero no se aludió de cuál de ellas se solicitaba ese medio extintivo ni mucho menos se precisa cuál es el régimen y término aplicable a la prescripción alegada. El Tribunal para poder resolver la prescripción propuesta como excepción, la circunscribirá a la exigencia de cumplimiento en el pago de la obligación urbanística tipo B, la cual resulta ser el objeto de discusión en la presente litis.

Es así como, en el proceso obra título ejecutivo, el cual contiene la obligación de cobro efectuado a la demandante por concepto de obligaciones o áreas de cesiones urbanísticas tipo B, liquidadas por la secretaría de hacienda del Municipio de Rionegro en la suma de \$1.092.502.000, folio 648 del expediente.

El anterior documento data del 15 de diciembre de 2016, y conforme a lo previsto en el artículo 488 del Código de Comercio, constituye una obligación clara, expresa y exigible de pagar una suma de dinero.

Por su parte, el artículo 99 de la Ley 1437 de 2011, establece que prestan mérito ejecutivo por la vía de jurisdicción coactiva todo acto administrativo ejecutoriado que imponga a favor de las entidades públicas una suma líquida de dinero, en los casos previstos en la ley.

Ahora, conforme a lo reglado en el artículo 2536 del Código Civil, modificado por el artículo 8 de la Ley 791 de 2002, la obligación descrita prescribirá en 5 años, por lo que si tenemos en cuenta el anterior hito, esto es, la liquidación de la obligación urbanística tipo B y lo contrastamos con la fecha de presentación de la demanda, 25 de julio de 2017, resulta evidente que la pretendida prescripción no se ha consolidado por lo que se despachará negativamente este medio exceptivo.

j.- **La genérica.** No existe en el expediente prueba de hechos que constituyan excepciones que, con ocasión de su deber, tuviera el Tribunal que declarar oficiosamente.

10.-Juramento estimatorio y su oposición.

El artículo 206 del C.G.P. establece que:

“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

Formulada la objeción el juez concederá el término de cinco (5) días a la parte que hizo la estimación, para que aporte o solicite las pruebas pertinentes.

Aun cuando no se presente objeción de parte, si el juez advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospeche que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido.

Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) la que resulte probada, se condenará a quien la hizo a pagar a la otra parte una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia.

El juez no podrá reconocer suma superior a la indicada en el juramento estimatorio, salvo los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda o cuando la parte contraria lo objete. Serán ineficaces de pleno derecho todas las expresiones que pretendan desvirtuar o dejar sin efecto la condición de suma máxima pretendida en relación con la suma indicada en el juramento.

El juramento estimatorio no aplicará a la cuantificación de los daños extrapatrimoniales. Tampoco procederá cuando quien reclame la indemnización, compensación los frutos o mejoras, sea un incapaz.

Parágrafo. También habrá lugar a la condena a la que se refiere este artículo a favor del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus

veces, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento, la sanción equivaldrá al cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.

La aplicación de la sanción prevista en el presente párrafo sólo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte."

La parte convocante realizó el juramento estimatorio correspondiente en la demanda, reformada²¹, incluyendo en él las siguientes sumas por los siguientes conceptos: \$6.960.000 por un avalúo, \$32.289.211 por honorarios de abogados y **\$1.235.753.011 por concepto de cláusula penal contenida en el contrato de fiducia**. La parte convocada lo objetó en la contestación de la misma²².

Frente a este tema, el Tribunal considera que, no obstante las pretensiones de condena o indemnizatorias formuladas en la demanda no prosperaron en su totalidad, no hay lugar a condenar a la parte convocante a las sanciones previstas en la norma anteriormente transcrita, toda vez que el enunciado normativo no aplicaría, por cuanto que no era necesario incorporar en dicho juramento la estimación de lo que se reclamó por concepto de cláusula penal, siendo indiferente la naturaleza jurídica que ésta asuma –de apremio, indemnizatoria, o cualquiera otra calificación que quisiera predicarse-, pues de todas maneras correspondía a una estimación convencional anticipada de pago en caso de incumplimiento, consideración sustancial sobre la cual tendría que pronunciarse el Tribunal en el análisis de fondo de la controversia, si llegare a ser pertinente, como en efecto lo hizo en la presente providencia.

11.- Medidas cautelares.

Teniendo en cuenta que existe evidencia en el cuaderno de medidas cautelares que de las cautelas solicitadas por la parte convocante y decretadas por el Tribunal, sólo fue posible practicar el embargo del establecimiento de comercio denominado Construcol Medellín, identificado con el número de matrícula 21-536533-02 de la Cámara de Comercio de Medellín de propiedad de la demandada, y conforme a lo dispuesto en el séptimo inciso del artículo 32 de la Ley 1563 de 2012, siendo éste el momento procesal oportuno, procederá el Tribunal a ordenar el levantamiento de la citada medida cautelar.

12.- Costas.

Habiendo concluido la evaluación del proceso, el Tribunal encuentra que el balance del arbitraje favorece completamente a la parte demandante en virtud de

²¹Cfr. Folio 298 (al reverso) del expediente.

²²Cfr. Folios 451 y ss del expediente.

la prosperidad de la pretensión principal y de las consecuenciales de la demanda, así se haya reducido el monto de la cláusula penal reclamada.

Por consiguiente, y de conformidad con los artículos 365 Núm. 1 de la Ley 1564 de 2012 “Código General del Proceso”²³ se impondrán las costas del Proceso en contra del demandado y a favor de la demandante, incluyendo las *agencias en derecho* a que se hace referencia en el artículo 366 Núm. 3 y 4 de la Ley 1564 de 2012 “Código General del Proceso”²⁴.

El total de honorarios y gastos decretados y pagados en el proceso ascendió a la suma de \$112.207.686 (Cfr. folio 500 a 504 del expediente) y, como consta en el expediente, estas partidas fueron consignadas únicamente por la parte Demandante. Como quiera que la parte vencida ha resultado ser la Demandada, ésta será condenada a pagar a la Convocante la totalidad de la suma pagada por ésta para el funcionamiento del presente proceso por concepto de honorarios y gastos, esto es, la suma de \$112.207.686.

De otro lado, con fundamento en el Acuerdo PSAA16-10554 del cinco (5) de agosto de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, y concretamente en el criterio establecido en su artículo 5º “Procesos Declarativos en General en Única Instancia”: “cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario, entre el 5% y el 15% de lo pedido”, el Tribunal fijará las *agencias en derecho* a favor de la Demandante y en contra de la Convocada, en la cantidad de \$52.570.057 suma equivalente al ocho por ciento (8%) del valor de las pretensiones de condena que prosperaron.

En síntesis, los valores por concepto de costas, a cargo de los demandados y a favor de las demandantes, son los siguientes:

CONCEPTO	VALOR
Gastos y honorarios del proceso pagados por la convocante	\$112.207.686
Agencias en derecho fijadas por el Tribunal	\$52.570.057

²³ “En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia, la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...).”

²⁴ “3. La liquidación [de costas] incluirá el valor de los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, y las *agencias en derecho* que fije el magistrado sustanciador o el juez, aunque se litigue sin apoderado. (...)

4. Para la fijación de *agencias en derecho* deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá además en cuenta la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que puede exceder el máximo de dichas tarifas. (...)” La negrilla es propia del Tribunal.

TOTAL COSTAS	\$164.777.743
---------------------	----------------------

Advierte el Tribunal, por último, que en el evento que la suma disponible de la partida "*Gastos de funcionamiento del Tribunal*" presentase un sobrante, éste será reintegrado a la parte convocante, quien pagó la totalidad de dicha suma de dinero, pero ésta deberá hacer la compensación correspondiente a favor de la parte convocada, de conformidad con la condena en costas anteriormente relacionada.

IV. DECISIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL

En mérito de todo lo expuesto, el Tribunal Arbitral constituido para dirimir en Derecho las controversias entre H.B. Fuller Colombia S.A.S. y Construcol S.A.S., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

A. Sobre las pretensiones de la demanda:

PRIMERO.-Declarar que no prosperan las excepciones propuestas por la sociedad Construcol S.A.S..

SEGUNDO.-Declarar que no prospera la tacha de sospecha formulada por la convocada Construcol S.A.S. frente a la declaración de la testigo Amparo Carmona Toro, por las razones expuestas en la parte motiva.

TERCERO.-Declarar que la sociedad Construcol S.A.S. incumplió el contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración Inmobiliaria celebrado con la sociedad H.B. Fuller Colombia S.A.S. el día 17 de mayo del año 2013, al no haber pagado las contribuciones e impuestos a su cargo, correspondiente a las cesiones urbanísticas.

CUARTO.-Como consecuencia de la declaración anterior, ordenar a la sociedad Construcol S.A.S. a cumplir con el contrato de Fiducia mercantil irrevocable de administración inmobiliaria, que fue celebrado con la sociedad H.B. Fuller Colombia S.A.S. el día 17 de mayo del año 2013, específicamente con la obligación de saneamiento contemplada en capítulo VII, derechos y obligaciones generales de las partes, numeral 7.2, obligaciones generales de los fideicomitentes, puntos 1 y 2, relativa a responder por los cargos no pagados a la entidades distritales, de catastro o municipales.

QUINTO.-Condenar a la sociedad Construcol S.A.S. al pago de la suma de \$39.289.211 por concepto los perjuicios ocasionados con su incumplimiento a la sociedad HB Fuller Colombia S.A.S., de acuerdo a lo relacionado en la parte motiva.

SEXTO.-Condenar a Construcol S.A.S al pago de la suma de \$617.876.505 a favor de H.B. Fuller Colombia S.A.S., por concepto de la cláusula penal establecida en el Capítulo XIV, numeral 14.1 del contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración Inmobiliaria, conforme a lo motivado en este laudo para la reducción del monto de la pena.

El pago de las anteriores sumas lo deberá efectuar la convocada a la convocante en el día hábil siguiente al de la ejecutoria de estelaudo.

SÉPTIMO.-No imponer sanción conforme a lo previsto en el artículo 206 del Código General del Proceso y a lo motivado en este laudo.

OCTAVO.-Ordenar el levantamiento de la medida cautelar consistente en el embargo del establecimiento de comercio denominado **Construcol Medellín**, identificado con el número de matrícula 21-536533-02 de la Cámara de Comercio de Medellín de propiedad de la sociedad demandada, ofíciase por secretaria.

B. Sobre las Costas:

PRIMERO.-Condenar en costas a la convocada, Construcol S.A.S., a pagar a favor de la convocante, H.B. Fuller Colombia S.A.S., la suma \$164.777.743, de acuerdo con la siguiente discriminación:

CONCEPTO	VALOR
Gastos y honorarios del proceso pagados por la convocante	\$112.207.686
Agencias en derecho fijadas por el Tribunal	\$52.570.057
TOTAL COSTAS	\$164.777.743

El pago de las anteriores sumas lo deberá efectuar la convocada a la convocante en el día hábil siguiente al de la ejecutoria de este laudo.

C. Sobre aspectos administrativos:

PRIMERO.- Decretar la causación y pago a los Árbitros y al Secretario del 50% restante de sus respectivos honorarios, los cuales deberán ser cancelados por la ejecutoria del Laudo o de la providencia que decida su aclaración, corrección o complementación (Cfr. Art. 28 de la Ley 1563 de 2012).

SEGUNDO.-Decretar el pago de la *contribución especial para laudos arbitrales de contenido económico* a que se refiere el artículo 364 de la Ley 1819 de 2016, equivalente al dos por ciento (2%) del valor total de los pagos ordenados en el laudo, el cual deberá retener la parte convocada al momento de efectuar el pago del monto ordenado en el laudo a la convocante; y consignarlo dentro de los tres


LUIS GUILLERMO RODRÍGUEZ D'ALLEMAN