

Laudo Arbitral

Corporación Club El Nogal

v.

Banco del Pacífico S.A. - en Liquidación

Junio 26 de 2003

Agotado el trámite del proceso y dentro de la oportunidad prevista por la ley para este efecto, procede el Tribunal de Arbitramento integrado por los árbitros **Carlos Esteban Jaramillo Schloss**, Presidente, **Gilberto Peña Castrillón**, y **Jorge Suescún Melo**, y con la Secretaría de **Fernando Pabón Santander**, a dictar el laudo que pone fin a este trámite y que resuelve las diferencias contractuales surgidas entre **la Corporación Club El Nogal**, parte convocante, y **el Banco del Pacífico S.A. - en liquidación**, parte convocada.

El presente laudo se profiere en derecho y con el voto unánime de los árbitros integrantes del Tribunal en referencia.

A. Antecedentes

I. Conformación del arbitraje y desarrollo del trámite preliminar.

1. En Bogotá, D.C., el 26 de noviembre de 1997, la Corporación Club El Nogal, en adelante, la parte convocante o el club, y el Banco del Pacífico S.A. – en liquidación, en adelante, la parte convocada o el Banco, consignaron por escrito las condiciones del acuerdo que de tiempo atrás pusieron en práctica dichas partes bajo la denominación genérica de “Convenio Club El Nogal”.

2. En la cláusula vigésima segunda del referido Contrato, que obra a folio 08 del cuaderno de pruebas 1, se estipuló lo siguiente:

“VIGÉSIMA SEGUNDA. CLÁUSULA COMPROMISORIA: Las diferencias que puedan surgir entre El Banco y El Club en el desarrollo o terminación de este convenio, serán dirimidas por un Tribunal de arbitramento, conformado por tres árbitros que nombrará la Cámara de Comercio de Bogotá, quienes sugerirán (sic) el procedimiento fijado en las disposición legales para la fecha vigentes y cuyo fallo será en derecho”.

La estipulación transcrita fue modificada posteriormente por los mismos comprometidos, mediante documento por el cual “modificaron el sistema de elección de árbitros originalmente previsto, de tal manera que serán las partes y no la Cámara quienes designarán los tres árbitros” (Vd. fl. 359 cdno. ppal. 1).

3. El 29 de junio de 2001, con fundamento en la cláusula transcrita, el club mediante apoderado judicial designado para el efecto, solicitó la convocatoria del tribunal de arbitramento pactado, con el objeto de que se hicieran las declaraciones y condenas que se transcriben posteriormente.

4. El 19 de julio de 2001, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá admitió la solicitud de convocatoria arbitral y corrió traslado del auto admisorio a el Banco del Pacífico S.A. – en liquidación, en los términos del artículo 428 del Código de Procedimiento Civil.

5. El 18 de octubre de 2001, el banco, mediante apoderada judicial designada para el efecto, interpuso “recurso de reposición y en subsidio el de apelación” contra el auto admisorio de la solicitud de convocatoria, con el objeto de que se revocara dicha providencia, argumentando la improcedencia parcial del arbitraje por falta de competencia en los términos de la cláusula compromisoria pactada.

6. El 24 de octubre de 2001, el club recorrió el traslado del recurso al que se refiere el punto anterior y solicitó que se confirmara la providencia recurrida.

7. El 29 de octubre de 2001, el banco, también mediante apoderada judicial, presentó escrito de contestación de la

demanda en el que se opuso a las pretensiones de la parte actora, aceptó un hecho, negó otros y manifestó no constarle otros de los relatados por la parte actora. De igual manera propuso las excepciones que denominó: inexistencia de incumplimiento, ilegitimidad de la personería del reclamante, caducidad en la acción de reclamación, acción administrativa prevalente, la mora producida por fuerza mayor no da lugar a indemnización de perjuicios, prohibición de la compensación, la mora presupone el incumplimiento en el pago de una prestación debida, culpa de la demandante, inexistencia de los daños y perjuicios reclamados, terminación del contrato por haberse dado una expresa estipulación contractual y cobro de lo no debido.

8. Así mismo, el 29 de octubre de 2001, el Banco del Pacífico S.A. - en liquidación presentó demanda de reconvención con el objeto de que se hicieran las declaraciones y condenas que más adelante se transcriben.

9. El 30 de octubre de 2001, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá confirmó en todos sus puntos la decisión de 19 de julio por la cual se admitió la solicitud de convocatoria y declaró improcedente el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte convocada.

10. El 23 de noviembre de 2001, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá admitió la demanda de reconvención y corrió traslado de la misma a la parte convocante.

11. El 25 de enero de 2001, el Club el Nogal presentó escrito en el que contestó la demanda de reconvención, se opuso a todas sus pretensiones, se pronunció sobre los hechos y propuso excepciones de mérito, de las cuales dos fueron denominadas como “falta de causa” y “transacción”.

12. Las partes fueron citadas por el Director del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá a la audiencia de conciliación del 26 de febrero de 2002, y al no existir ánimo alguno de avenimiento entre las partes, dicho centro dio por agotada la etapa conciliatoria prevista por la ley.

II. Síntesis de las cuestiones objeto de controversia

1. Hechos en que se fundamenta la demanda

Los hechos de la demanda se sintetizan de la siguiente manera:

1.1. Señala el convocante que desde la constitución del Banco del Pacífico en Colombia, esta entidad “expresó su confianza por el proyecto del Club El Nogal” que representaba enormes atractivos para esa institución financiera.

1.2. En ese orden de ideas, el banco otorgó desde Colombia y desde los Estados Unidos de Norteamérica importantes créditos a la Promotora Club El Nogal y a sus accionistas.

1.3. Una vez inaugurado el club, entre las partes “se puso en marcha un contrato bancario atípico y compuesto por muy diversos elementos”, cuya ejecución comenzó antes de suscribirse el documento al cual se incorporó el 26 de noviembre de 1997.

1.4. Señala la demanda que entre los elementos de ese contrato destacan los siguientes: factoraje sobre la cartera del club, pago de nómina, pago de proveedores, constitución de un centro de atención financiera para el club y sus socios, manejo por parte del banco de la tesorería del club y servicios complementarios en la propia sede del club.

1.5. El contrato antedicho se desarrolló por cerca de cuatro años de manera normal y “favorable” para ambas entidades.

1.6. Apunta la demanda que por cuenta de la crisis económica del Ecuador y la tentativa de “toma hostil” por parte de los propietarios del Banco Popular de ese país, se retrasaron los planes de capitalización del Banco en Colombia.

1.7. Agrega la demanda que dicho escenario se agravó por las decisiones macroeconómicas adoptadas en Colombia, todo lo cual condujo al Banco a una crisis que propició la renuncia de sus directores, a comienzos de 1999.

1.8. Señala el convocante que desde el 13 de mayo de 1999, el banco empezó a incumplir sus compromisos con el club y dejó de atender el factoraje contratado. Por su parte, agrega que el club cumplió sus obligaciones contractuales con el Banco, lo que lo legitima para formular las pretensiones declarativas y de condena de las cuales da cuenta el escrito de convocatoria.

1.9. El 21 de mayo de 1999, el Gobierno Nacional intervino con fines de liquidación al banco, quien rompió “abrupta y definitivamente” el contrato con el club, “se colocó en incapacidad de cumplir con el factoraje, cerró su centro financiero y todos los servicios complementarios de los que dependía la tesorería de la institución”.

1.10. El club tomó medidas excepcionales para hacer frente a esa situación, tales como advertir a sus socios que, en adelante, recibiría en efectivo o mediante tarjetas de crédito, el pago de sus obligaciones. Del mismo modo, el club se comprometió a recaudar el dinero que los socios habían quedado debiendo hasta la fecha en que el banco había hecho compras de cartera (13 de mayo), se declaró deudor del banco por el valor total de esa cartera y asumió su recaudo.

1.11. Al no cobrar el banco a los socios el valor de los consumos “que había anticipado al club a título de compra o factoraje de esa cartera”, este tuvo que montar a sus expensas una operación de contabilización, procesamiento, cobro y recaudo de cartera y contratar créditos bancarios y servicios de pago de nóminas, de proveedores y otros complementarios.

1.12. Para que prestara los servicios que estaban a cargo del banco, el club celebró un nuevo contrato con el Banco de Crédito, que a la fecha de presentación de la demanda tenía a cargo las funciones bancarias para el club.

1.13. Anota el convocante que ante las malas relaciones que a la sazón existían entre el club y el banco la junta directiva del primero “pagó la totalidad de lo supuestamente debido, sumando intereses de mora ignominiosos e indebidamente liquidados, siempre bajo protesta y advirtiendo que dejaría en manos de la justicia arbitral el restablecimiento de sus derechos”.

2. Las pretensiones de la demanda

El convocante solicita que se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

“**Primera.** Que el Banco del Pacífico incumplió el contrato celebrado con el Club El Nogal, que se incorporó al documento escrito el 26 de noviembre de 1997.

Segunda. Que el Banco del Pacífico deberá indemnizar al Club El Nogal los perjuicios que le causó por incumplimiento del contrato celebrado entre las partes. A ese título indemnizatorio le corresponderá efectuar los siguientes pagos:

La suma de \$ 113.163.717, o la que resulte probada en el proceso, por los sobrecostos operativos y administrativos en que incurrió el Club El Nogal para sustituir la gestión de la tarjeta de crédito privada Banco del Pacífico, causados desde el 21 de mayo de 1999 hasta el día en que le fue posible al club iniciar la operación con el Banco de Crédito.

La suma de \$ 46.421.542 (saldo a mayo 31 de 2001), o la que resulte probada en el proceso, correspondiente al valor de los recursos de los trabajadores depositados en su fondo de empleados, que quedaron congelados en el banco y que el club debió reintegrar a sus titulares.

La suma de \$ 184.913.233 (saldo a mayo 31 de 2001), o la que resulte probada en el proceso, por concepto de los depósitos en cuenta corriente y a término, que el Club El Nogal tenía en el Banco del Pacífico, el 21 de mayo de 1999, en reciprocidad a los servicios prestados por el banco, dentro del contrato celebrado entre las partes.

La suma de \$ 13.627.326 o la que resulte probada en el proceso, correspondiente a pagos dobles o equivocados efectuados por los socios al Banco del Pacífico, después de su intervención. Estos pagos fueron reclamados por el Club el Nogal y no han sido reembolsados.

Tercera. Que el Banco del Pacífico – en liquidación aceptó con actos inequívocos y manifestaciones de voluntad

evidentes, la propuesta que le hizo el Club El Nogal para la sustitución de deudor en la cartera que el banco tenía contra los socios del club. Esa sustitución, de otra parte, se propuso y aceptó en beneficio de ambas partes.

Cuarta. Que bien porque implica pago de lo no debido, por vicio del consentimiento del club ante la fuerza ejercida en su contra, o por error de hecho y de derecho, o por otra causa jurídica que el Tribunal estime probada, es nula la liquidación del crédito que el Banco del Pacífico efectuó contra el Club El Nogal por valor de un mil ciento once millones novecientos setenta y seis mil cincuenta y nueve pesos (\$1.111.976.059) y que procede la revisión judicial de esa liquidación.

Quinta. Que la deuda que asumió el Club El Nogal para con el Banco del Pacífico – en liquidación correspondiente a la que a su turno tenían sus socios con el Banco por la compra de su cartera, deberá compensarse con las que el Banco del Pacífico tenía con el Club El Nogal por los depósitos abiertos en su caja como reciprocidad financiera dentro del contrato celebrado entre ambas partes y suscrito el 26 de noviembre de 1997. Igualmente se deberá compensar el valor de los perjuicios sufridos por el club con el incumplimiento del banco a sus operaciones y con las deudas del Banco con los trabajadores, que el club tuvo que asumir, porque no le era exigible otra conducta. El honorable tribunal procederá a efectuar la liquidación del crédito, con la ayuda de los señores peritos, imputando las deudas que el demandado tenía al valor del capital debido al demandante y declarará que el saldo a favor del banco no generará intereses.

Sexta. Que el Club El Nogal nunca debió intereses de mora al Banco del Pacífico sobre la suma de \$860.668.267,50, liquidados por el monto de \$266.968.561,74 que se le cobraron indebidamente en el momento de efectuar la liquidación de su crédito. Por consiguiente, se condenará al Banco del Pacífico a restituir el valor total de esos intereses indebidamente exigidos y pagados sin causa.

Sexta, primera subsidiaria. Que la mora en que incurrió el Club del Nogal para restituirle al Banco del Pacífico la suma de \$860.668.267,50 no fue la liquidada por el banco y pagada por el club, sino la que resulte probada en el proceso, a juicio del Tribunal.

Sexta, segunda subsidiaria. Que el Banco del Pacífico cobró intereses moratorios a tasa indebida al Club El Nogal y que por consiguiente está obligado a restituir en su totalidad los intereses percibidos.

Séptima. Que el Banco del Pacífico – en liquidación ha causado daños antijurídicos al Club El Nogal, con conductas omisivas y carentes de justificación, como la tardanza en aceptar las fórmulas de arreglo que el club le propuso para resolver el conflicto que los separaba; como la ausencia absoluta de cualquier ofrecimiento para impedir, o siquiera moderarlos, los perjuicios que el club estaba padeciendo con la intempestiva ruptura del contrato que movía toda su tesorería; como el abandono malicioso en que tiene la garantía universal de depósitos otorgada por la casa matriz y como el silencio que siguió a su oferta de rematar sus activos contra las deudas vigentes frente a sus depositantes. El Honorable Tribunal precisará el valor de esos daños, de acuerdo a las pruebas que obran en el proceso, y que estimo en cifra superior a los \$400.000.000 millones de pesos (sic).

Octava. Que los pagos parciales que el Banco del Pacífico le ha hecho al Club El Nogal, a título de reintegro parcial de sus depósitos se deben imputar a los intereses causados a favor del acreedor y solo en su remanente al capital adeudado, atendiendo las disposiciones civiles y mercantiles vigentes en la materia.

Novena. Que el Banco del Pacífico pagará al Club El Nogal todas las sumas a que resulte condenado por el Tribunal con intereses moratorios a la tasa máxima permitida por la ley, desde la fecha en que el pago debió hacerse o reconocerse la compensación, con intereses bancarios corrientes, o indexando cada una de las sumas con el índice de precios más 12 puntos de interés real, o finalmente de la manera como el Tribunal decida proceder a la actualización de esas condenas junto con los correspondientes rendimientos de capital.

Décima. Que el Banco del Pacífico deberá pagar las costas y los costos en que incurra el Club El Nogal por preparar, adelantar y llevar hasta su culminación el presente Tribunal de Arbitramento”.

3. La contestación de la demanda

El 29 de octubre de 2001, el banco mediante apoderada judicial designada para el efecto, presentó escrito de

contestación de la demanda en el que se opuso a las pretensiones de la demanda, aceptó un hecho, negó otros y manifestó no constarle otros hechos relatados por la parte actora. De igual manera propuso las excepciones que denominó: inexistencia de incumplimiento, ilegitimidad de la personería del reclamante, caducidad en la acción de reclamación, acción administrativa prevalente, la mora producida por fuerza mayor no da lugar a indemnización de perjuicios, prohibición de la compensación, la mora presupone el incumplimiento en el pago de una prestación debida, culpa de la demandante, inexistencia de los daños y perjuicios reclamados, terminación del contrato por haberse dado una expresa estipulación contractual y cobro de lo no debido.

4. La demanda de reconvención

Dentro de la oportunidad procesal conferida para el efecto, la parte convocada presentó demanda de reconvención, cuyos principales contenidos se relacionan a continuación.

4.1. Hechos en que se fundamenta la demanda de reconvención

Los hechos que constituyen el fundamento de la contrademanda se sintetizan de la siguiente manera:

4.1.1. Señala la parte demandante en reconvención que el club y el banco suscribieron el 26 de noviembre de 1997 un contrato denominado “Convenio Club El Nogal”, cuya ejecución inició desde julio de 1995.

4.1.2. Para obtener el pago de la cartera del club, el banco se obligó a expedir a favor de los socios del primero una tarjeta de crédito de consumo tradicional de uso exclusivo del club, con cupo de crédito rotativo.

4.1.3. Para la ejecución del convenio, el club enviaba al banco, directamente o por intermedio de la empresa Payment Technologies Colombia S.A., la información atinente a las cuentas de socios y facturas.

4.1.4. Señala la contrademanda que con posterioridad al 21 de mayo de 1999, el club recaudó sumas de dinero a sus socios, que le pertenecían al Banco e incumplió las obligaciones que tenía con este último.

4.1.5. Mediante Resolución 12 de 28 de mayo de 1999 de Fogafin fue designado liquidador del banco, el doctor Ignacio Copete Saldarriaga.

4.1.6. Agrega la parte convocada que al posesionarse el liquidador, el club había tomado una serie de “medidas inconsultas, abusivas y contrarias a la ley y al contrato”, dentro de las cuales destaca el recaudo de dineros que únicamente podían ser pagados al banco.

4.1.7. El club pagó al banco la suma de \$ 860.668.267,50 junto con los intereses acordados.

4.1.8. Anota la contrademanda que el club ha incumplido el contrato al negarse a entregar los comprobantes de consumo de los socios morosos que están en su poder y que han sido solicitados por el banco.

4.1.9. Señala la parte convocada que el banco y el club tuvieron intercambio de información comercial y financiera hasta agosto de 2000.

4.1.10. Anota la convocada que a la fecha de presentación de la contrademanda 294 socios del club se encontraban en mora con el banco. Para el 20 de mayo de 1999, la cartera total de consumo a cargo de los socios del club ascendía a \$3.142.000.000 por concepto de capital e intereses y estaba representada en 1.821 deudores. Para diciembre de 1999 ascendía a \$ 2.734.000.000 y para 30 de septiembre de 2001 a \$ 1.229.000.000.

4.1.11. Para la parte convocada, el convenio no le produjo beneficio económico alguno, principalmente por razón de los gastos que le generaba.

4.2. Las pretensiones de la demanda de reconvención

El demandante en reconvención solicita que se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

“Primera. Que se declare que el Club El Nogal incumplió el convenio celebrado con el Banco del Pacífico, en liquidación, el 26 de noviembre de 1997.

Segunda. Que como consecuencia del incumplimiento, se condene a El Club El Nogal a pagar a El Banco del Pacífico, en liquidación, todos los perjuicios compensatorios que se le han causado. Tal condena deberá incluir las siguientes sumas de dinero:

1. Las sumas que el Banco del Pacífico, en liquidación, entregó al Club y que no ha podido cobrar a los socios o corporados del Club El Nogal por no haber recibido del club los comprobantes de consumo o “vouchers” que se encontraban en custodia, necesarios para su cobro coercitivo o la cesión de los créditos denominados cartera morosa de los corporados.

2. Las sumas que resulten de la liquidación de intereses de mora que haga el Tribunal, teniendo como base la suma que se determine en el numeral anterior. Los intereses deberán ser calculados a la más alta tasa de mora que permita la Ley, desde el vencimiento de plazo que tenía cada socio para el pago y hasta la fecha en la cual se produzca el mismo.

Tercera. Que se declare que el Club El Nogal recaudo (sic) indebidamente dineros que eran del Banco del Pacífico de conformidad con el convenio por ellos firmados (sic), originado en anticipos que había recibido del Banco, según el convenio, por los consumos y sostenimiento de socios, durante los días comprendidos entre el 27 de abril y el 13 de mayo de 1999.

Cuarta. Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene al Club El Nogal a pagar al Banco del Pacífico los perjuicios calculados en dinero efectivo, que determinen los señores peritos, por haber desorganizado la gestión de recaudo del Banco, al haber enviado comunicaciones a los corporados del Club, donde se les indicaba que el pago en adelante —21 de mayo de 1999— debía realizarse directamente al Club, recaudando injusta e ilegalmente las sumas que pagaban sus socios y que ya había recibido del Banco, con lo cual se le causó (sic) un grave perjuicio al Banco, que ha impedido el regular y debido recaudo de cartera, perjuicio originado desde la fecha en la cual los socios han debido pagar y hasta la fecha en la cual el H. Tribunal lo reconozca y ordene su pago.

Quinta: Que se condene en costas y agencias a la Corporación Club El Nogal”.

5. Contestación de la demanda de reconvencción

El 25 de enero de 2002, el Club contestó la demanda de reconvencción, se opuso a todas las pretensiones de la misma, se pronunció sobre todos los hechos y propuso las excepciones de mérito que denominó “falta de causa” y “transacción”.

III. Desarrollo del trámite arbitral

1. Instalación

El 22 de abril de 2002 tuvo lugar la audiencia de instalación del tribunal de arbitramento, el cual fue legalmente constituido. Los emolumentos fijados en el acta de instalación fueron oportunamente cancelados por ambas partes en las proporciones señaladas por la ley.

El 30 de mayo de 2002 se inició la primera audiencia de trámite, diligencia en la que, entre otras decisiones, el tribunal asumió competencia mediante auto que se encuentra ejecutoriado.

El 13 de junio de 2002, continuó la primera audiencia de trámite, oportunidad en la que el Tribunal resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el auto de competencia y decretó las pruebas del proceso.

2. Pruebas

Mediante auto de 13 de junio de 2002, el Tribunal decretó las pruebas solicitadas por las partes, las cuales fueron practicadas en su totalidad, salvo las inspecciones judiciales solicitadas por ellas, de cuya práctica los apoderados desistieron ya que los documentos que serían objeto de dichas diligencias fueron allegados al proceso en forma conjunta por las partes.

El 9 de septiembre de 2002, el Tribunal designó como peritos a las doctoras Ana Matilde Cepeda Mancilla y Esperanza Ortiz Bautista para la práctica de la prueba pericial decretada en el trámite. Los peritos tomaron posesión del cargo el 15 de octubre de 2002. También el 9 de septiembre las partes manifestaron prescindir de los testimonios de Isabel Cristina Ardila Vallejo, Alejandra Rueda, Fernando Londoño Hoyos y Wilson Jiménez.

El 10 de octubre de 2002 el Tribunal recibió las declaraciones testimoniales de José Manuel Cuéllar Saenz, Gastón Eduardo Abello Polo y Juan Carlos Bernal Romano.

El 15 de octubre de 2002, se recibieron las declaraciones de parte del liquidador del Banco, Ignacio Eduardo Copete Saldarriaga y de la Representante Legal del Club, Luke Pujana Angoita, así como el testimonio de Marco Guillermo Arango Restrepo. En esa fecha se aceptó el desistimiento del testimonio de Álvaro del Valle Bayona.

El 16 de octubre de 2002, se recibieron las declaraciones de Luis Fernando González Vargas, Pablo Guillermo Rueda Gómez, José Fernando Tenorio Pardo y Luis Eduardo Belalcázar Garay.

El 23 de octubre de 2002 culminó el interrogatorio de parte del liquidador del banco, se recibieron los testimonios de Javier Escandón Jaramillo, Camilo Alfonso Trujillo Gironza y se aceptó el desistimiento del testimonio de Jaime Alberto Villegas.

El 3 de febrero de 2003, se corrió traslado a las partes del dictamen pericial rendido por las expertas designadas.

El 10 de febrero de 2003, se decretaron las aclaraciones y complementaciones al dictamen pericial solicitadas por la parte convocante, se aceptó el desistimiento de las inspecciones judiciales decretadas por el Tribunal y de los testimonios de Jesús Pérez, Ana Claudia Guzmán, Gladys Hernández Bravo y Ana Cristina Bloch.

El 20 de marzo de 2003, de manera oficiosa el Tribunal ordenó a las peritos complementar el dictamen pericial, el cual fue objetado por error grave por la parte convocada. En la misma fecha se aceptó el desistimiento de los testimonios de Adriana Aguilar y Martha Buenaventura y se citó a los apoderados de las partes a la audiencia de alegaciones finales.

3. Alegatos de conclusión

Una vez concluido el período probatorio y practicadas todas las pruebas decretadas por el tribunal, se surtió el 23 de abril del año en curso audiencia en la cual ambas partes efectuaron sus alegaciones finales de las cuales presentaron los correspondientes resúmenes que obran en los autos.

En este orden de ideas, resultando que la relación procesal existente en el presente caso se ha configurado regularmente y que en su desarrollo no se advierte que se haya incurrido en defecto alguno que, en cuanto tenga virtualidad legal para invalidar lo actuado y no aparezca saneado, imponga darle aplicación al artículo 145 del Código de Procedimiento Civil, es de rigor decidir sobre el mérito de la controversia sometida a arbitraje por las partes y en orden a hacerlo son pertinentes las siguientes

B. Consideraciones

I. El pacto arbitral y el negocio jurídico que lo contiene

1. Bien sabido es que en el origen de la jurisdicción arbitral y por fuerza del postulado que la doctrina suele denominar de “habilitación”, se encuentra de ordinario un convenio arbitral cuya caracterización en términos de derecho no ofrece en verdad mayor dificultad. Se trata de una estipulación contractual mediante la cual dos o más personas, naturales o jurídicas, en ejercicio de la legitimación que para proceder autónomamente en tal sentido les otorga el artículo 116 de la Constitución Política, expresan su voluntad inequívoca de someter la solución de todas o algunas cuestiones litigiosas, actuales o futuras y surgidas de relaciones jurídicas determinadas, sean o no contractuales, a la decisión de uno o más árbitros cuyo pronunciamiento final, en el laudo respectivo que habrán de proferir, de antemano se obligan a aceptar y cumplir escrupulosamente.

En consecuencia, y así lo indica el artículo 117 del Decreto 1818 de 1998 (texto del art. 115 de la L. 446 del mismo año), el convenio en referencia puede adoptar la forma de una convención específica e independiente que

recibe el nombre de “compromiso”, estipulada para abrirle paso mediante el arbitraje a la decisión de una controversia concreta, ya surgida entre los compromitentes y determinada en todos sus elementos relevantes, principalmente en los que configuran su objeto exclusivo. Y de otra parte, sin mengua alguna de la autonomía que le atribuye el artículo 2A del Decreto-Ley 2279 de 1989 (texto del art. 116 de la L. 446/98), el convenio arbitral puede ser parte integrante de un negocio jurídico de mayor amplitud, evento en el cual cobra entidad la llamada “cláusula compromisoria” cuya operancia supone, valga recordarlo, que quienes la pactan es porque han contemplado la posibilidad de que con ocasión del desenvolvimiento de las relaciones que entre ellas emergen del señalado negocio, se presenten diferencias arbitrables a propósito de los intereses que el mismo disciplina.

De los anteriores conceptos que quedan apenas reseñados, salta a la vista la significativa importancia que sin duda tiene la voluntad particular en la atribución de la jurisdicción arbitral y, en general, en el desarrollo del sistema heterocompositivo de solución de conflictos en que ella se pone de manifiesto con arreglo a la ley, conocido como el “proceso arbitral” o “arbitraje” a secas. Sin mediar dicha voluntad que desde luego ha de cumplir con los requisitos de validez que impone la legislación común, junto con otros que derivan de exigencias peculiares propias de la institución arbitral, no pueden darse el contrato de compromiso ni la cláusula compromisoria, y por ende el arbitraje tampoco podría alcanzar eficazmente su objetivo, de manera que en ambos supuestos, independientemente de la modalidad del convenio arbitral en cada caso, resulta ser tarea de prioritaria realización la de fijar su contenido, sentido y alcance, toda vez que según quedó dicho, los árbitros solo reciben autoridad decisoria vinculante en la medida en que los compromitentes lo han establecido y condicionado. En otras palabras, los límites de la jurisdicción arbitral (competencia) se encuentran en los términos del pacto compromisorio y la extralimitación de aquellos, por exceso o por defecto, satisfechas ciertas exigencias procesales, puede llegar hasta acarrear la invalidez del laudo que incurra en defectos de este linaje.

Pero no quiere lo anterior decir que en orden a cumplir el cometido indicado, sea del todo indiferente el modo como la estipulación, fuente del arbitramento, se hace presente, ello por cuanto a diferencia de lo que ocurre con el contrato de compromiso, donde la declaración de voluntad consulta controversias actualmente existentes e identificables con relativa facilidad, controversias que los interesados deciden componer mediante la intervención de árbitros, en tratándose de la cláusula compromisoria el asunto ofrece, al menos por regla general, un grado de dificultad mucho mayor. En la cláusula compromisoria por definición —lo tiene dicho de vieja data la jurisprudencia arbitral en el país— “...la voluntad particular opera en el momento de la formación del vínculo contractual cuyo desarrollo puede generar, sea por interpretación o por aplicación, eventuales diferencias que los contratantes, anticipadamente, deciden someter al juicio de arbitradores. Se pacta con anterioridad a la controversia posible siempre de acaecer, pero que contratantes de buena fe no podrían previamente determinar ante la posibilidad de innumerables ocurrencias futuras propicias para producir entre ellos diferencias de matices e intensidad diversas. La determinación anticipada de las posibles controversias futuras, no puede ir más allá del señalamiento de las materias en derredor de las cuales pueden presentarse esas diferencias todavía ignoradas; y tales materias son las que el contrato gobierne, todas o solamente algunas de ellas, según se haya convenido...”, agregando líneas adelante, sobre la premisa de advertir antes que es obvio que el consentimiento de los sujetos del litigio es indispensable para atribuir la competencia a los árbitros, que en el caso de la cláusula compromisoria, “...tal consentimiento se otorga anticipadamente, sin limitaciones distintas de aquellas que derivan de las materias gobernadas por el contrato al que la cláusula accede. No pueden arbitrar sobre otras distintas, pero a ellos, y no a una de las partes, corresponde decidir en definitiva si una cuestión determinada esta incluida o no dentro de su competencia...” (Laudo de 17 de febrero de 1964. Caja Agraria v. General Electric de Colombia).

2. La diferencia apuntada es abundante en consecuencias, siendo una de ellas, quizá la de mayor interés desde el punto de vista práctico, aquella que lleva a concluir que los criterios de interpretación del convenio arbitral con el fin de fijar su contenido, sentido y alcance en función de determinar la competencia arbitral en cada caso, no son los mismos respecto del compromiso que si se trata de una cláusula compromisoria.

En efecto, si por sabido se tiene que esa “competencia arbitral” —resultante positiva primaria y común en los dos tipos de pactos aludidos— es el poder que con carácter excepcional las partes depositan en la persona de los árbitros para que estos últimos puedan llevar a cabo la misión de “juzgamiento” que ellas les encomiendan, poder de tipo jurisdiccional que se ejerce con exclusividad, sin perjuicio naturalmente de las especiales características que se derivan de ese componente convencional que constituye su razón de ser, y que se agota una vez proferido el

laudo, por simple inferencia lógica ha de entenderse que en principio y haciendo de lado otros factores relevantes que pudieran desprenderse de la materia específica sobre la cual versa el convenio arbitral, es el examen concienzudo de este último el que permite apreciar los límites que en un plano predominante, circunscriben la susodicha competencia y permiten calificar la extensión de la autoridad decisoria que ella implica.

Significa lo anterior, para decirlo con claridad, que el pacto fuente del arbitraje requiere las más de las veces de ser interpretado en procura de establecer, con la precisión indispensable puesto que se trata en últimas del título que legitima la intervención de los árbitros en el proceso, la competencia arbitral, interpretación que no es posible hacer dejando de lado los pilares básicos sobre los cuales descansa la institución del arbitramento en el ordenamiento jurídico nacional, recapitulados sumariamente en los párrafos que anteceden. Por una parte, dada la naturaleza negocial del pacto arbitral en cualquiera de sus modalidades posibles (compromiso y cláusula compromisoria), se trata en últimas de desentrañar el sentido y alcance de estipulaciones contractuales, por lo que en este ámbito tienen aplicación, en principio, las normas comunes previstas de manera general en los artículos 1618 y siguientes del Código Civil; pero al propio tiempo es forzoso, de otra parte, no perder de vista que el efecto típico de aquel pacto es el establecimiento de una jurisdicción excepcional, apreciaciones que conducen a concluir que debe ser siempre interpretado en forma restrictiva, como corresponde hacerlo con todos aquellos actos que la doctrina denomina “contratos procesales”, sin perjuicio de que en guarda de un razonable equilibrio y atendidas las circunstancias de cada caso, se evite imponerles a los árbitros, socapa de un excesivo rigor hermenéutico, injustificadas cortapisas que no les permitan cumplir a cabalidad el encargo a ellos confiado por los compromitentes.

Vistas así las cosas, no se remite a duda que al menos en línea de principio, la interpretación requerida para determinar la competencia arbitral, debe ser más estricta cuando se trata de un compromiso, ello por cuanto, al tenor del artículo 117 de la Ley 446 de 1998 tantas veces citada, por definición contempla un conflicto “...presente y determinado...” cuyos extremos son delimitados con precisión por las partes al celebrar dicho negocio. Con la cláusula compromisoria no acontece lo mismo y frente a ella, de ordinario, se hace patente la necesidad de una labor interpretativa de mayor envergadura, dado que alude en su contenido a divergencias futuras entre los contratantes, y es debido precisamente a esta circunstancia que la caracteriza, que como lo apunta la doctrina, “...su objeto forzosamente ha de caer bajo los límites de una previsión, de una anticipación en la que las partes han de hacer gala de imaginación; por ello es que son recomendables cláusulas de tipo general que abarquen, por ejemplo como es el caso de la fórmula sugerida por la CCI, a todas las controversias que puedan surgir respecto de la interpretación y ejecución del contrato en el que va contenida...” (Chillón Medina y Merino Merchán. Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional. Segunda Parte. Título III. Cap. 1º, Sección Segunda & 3).

3. En la especie de la que estos autos dan cuenta, las partes convocante y convocada, a saber la Corporación Club El Nogal y el Banco del Pacífico —en liquidación— respectivamente, optaron por encomendar de antemano a tres árbitros cuya designación tendría lugar posteriormente, el conocimiento y la decisión de los conflictos que eventualmente pudieran llegar a presentarse entre ellas con ocasión, o a propósito, del desarrollo y la terminación del que denominaron “Convenio Club El Nogal”, aludiendo con este diciente emblema a un acuerdo atípico de carácter predominantemente normativo y de duración continuada por diez años, que de hecho comenzó a ser puesto en práctica en el mes de julio de 1995 (Cfr. fl. 413 del cdno. de pbas. 2) puesto que tan solo después de transcurrido más de dos años —el 26 de noviembre de 1997— su contenido regulatorio fue documentado en escrito que suscribieron los representantes de las dos entidades en mención.

Significa lo anterior que en este caso y de conformidad con lo que sobre el particular reza el citado escrito (estipulación Vigésimo Segunda), la fuente de la competencia arbitral radica en una cláusula compromisoria cuya cobertura respecto de algunas de las fases de la controversia concreta planteada por la corporación convocante, ha merecido reparos por parte de la convocada, circunstancia que obliga a detenerse en el punto para examinarlo nuevamente contando ahora con pleno conocimiento de causa, tal y como quedó anunciado en la primera audiencia de trámite. Y para el efecto, el método que habrá de seguirse consiste en establecer si existe o no la necesaria congruencia entre las materias litigiosas sobre las que dichas pretensiones versan y aquellas que el convenio en cuestión gobierna, habida consideración que con arreglo a la voluntad conjunta de las partes expresada en aquella cláusula, la competencia entregada a los árbitros atañe específicamente a cualquier diferencia que, entre el banco y el club, surja en el desarrollo o a raíz de la terminación del señalado convenio.

a) En este análisis, un primer elemento por destacar, dada su indiscutible relevancia frente a los motivos en que se apoya la impugnación de la competencia efectuada desde el comienzo del proceso por la convocada, es la naturaleza “bancaria”, en sentido genérico, que tiene el convenio del cual forma parte el pacto arbitral por cuyo alcance se indaga, naturaleza que en punto de colmar este cometido, a juicio de este Tribunal no puede pasar desapercibida. Es dicho Convenio la vestidura contractual compleja de un conjunto de prestaciones típicamente bancarias —en tanto encajan desde el punto de vista funcional en los conceptos de financiación, custodia de fondos y mediación en los pagos— y de ejecución continuada, que constituyen su objeto, destinado claramente a reglamentar, en interés de ambas partes, la realización de tales prestaciones dentro del ámbito empresarial propio de un establecimiento de crédito.

Ahora bien, acerca del contenido de esas prestaciones alrededor de las cuales gravitan las reglas de que da cuenta el convenio y que por ende delimitan la competencia arbitral en el caso de autos, la realidad es que el documento firmado por las partes el 27 de noviembre de 1997 es categórico. Independientemente de que la común intención de las partes haya sido la de crear un marco jurídico general para poner en práctica con el paso del tiempo un sistema de manejo de la tesorería del club por parte del banco, cosa que a simple vista no parece descartable dados los estrechos nexos comerciales y de dirección existentes entre las dos entidades desde que la primera de ellas se organizó e inició sus actividades, aquello que allí se ofrece como dato cierto e incontestable es que todo se centra en tres categorías de operaciones a cada una de las cuales hacen referencia los tres primeros capítulos en que se divide el citado documento, a saber: el suministro de disponibilidad financiera, tanto para el club con el fin de facilitarle liquidez permanente como para los corporados que lo requieran, se pone de manifiesto en la expedición por el banco, a favor de los segundos, de una tarjeta de crédito de consumo tradicional de uso exclusivo a través de la cual realizarán sus consumos, junto con el otorgamiento también a ellos de un cupo de crédito rotativo de empleo opcional cuyo objeto era “...la financiación de los consumos realizados en el club...”, haciendo salvedad de las cuotas de sostenimiento y las extraordinarias que llegaren a decretarse; la prestación de servicios bancarios con amplio espectro, tanto financieros como de gestión y custodia de fondos u otra clase de bienes en beneficio de los diversos intereses involucrados (corporación, socios, empleados y terceros proveedores), quedaba atendida mediante la apertura por el banco en las instalaciones del club, de un centro de servicios financieros; y en fin, en lo que toca con la mediación en los pagos a terceros, por virtud del convenio en estudio el banco asumió la obligación de pagar la nómina de empleados y las cuentas de los proveedores del club, atendiendo las instrucciones que este último le impartiera cual corresponde a la idiosincrasia de esta clase de servicios de caja y tesorería que como tiene aceptado la doctrina, no derivan de un contrato peculiar que de suyo entrañe la concesión de crédito, sino que se trata “...de una simple comisión de la que el cumplimiento se matiza en cada caso con las convenciones particulares establecidas entre el banco y el cliente...” (Luis Muñoz. Derecho Bancario Mexicano. Cap. XXXIII, num. 225).

b) Puestas así las cosas, con el fin de identificar el objeto del pacto arbitral en examen, importa pues diferenciar la reglamentación normativa de la que da cuenta, conforme acaba de verse, el convenio y las obligaciones que de ella se derivan para las partes, de un lado, y del otro las operaciones bancarias concretas llevadas a cabo entre el banco y el club, toda vez que únicamente las diferencias que en su origen tengan relación directa con dicha reglamentación, su desarrollo y terminación, es posible catalogarlas como materias respecto de las cuales aquel pacto les otorga potestad decisoria a los árbitros y por lo tanto competencia. De dársele al tema un tratamiento interpretativo que no haga la debida separación entre el convenio y las operaciones bancarias específicas realizadas en aplicación del mismo, se llegaría inexorablemente a insólitos extremos que en sana lógica no es dable estimar que tengan cabida en la común intención que asistió a las partes al estipular la cláusula compromisoria en cuestión, puesto que habría que someter a arbitraje, entonces, cualquier controversia que llegare a ocurrir por causa o con ocasión de dichas operaciones, v. gr., la devolución injustificada de cheques girados por el club contra fondos depositados en cuenta corriente en el Banco, las eventuales reclamaciones que el primero pudiera hacerle al segundo por la liquidación excesiva de intereses o comisiones en desarrollo de operaciones ordinarias de crédito o de administración y, en fin, cualquier otro supuesto imaginable de conflictos de análoga estirpe que, dentro de la muy amplia gama de posibilidades que ofrece la técnica empresarial bancaria, podría llegar a alcanzar grados insospechados de detalle.

c) Definida como queda la extensión de la competencia arbitral a la luz de la cláusula 22ª del denominado Convenio Club El Nogal, partiendo de la puntualización de las materias que este último gobierna, resta confrontar

estos factores objetivos, delimitantes de dicha competencia, con las pretensiones que configuran el litigio acerca del cual se solicita el pronunciamiento de este Tribunal, pretensiones que son tanto las deducidas en la demanda principal entablada por la corporación convocante como las formuladas en sede de reconvención por la institución financiera convocada.

Pues bien, si se estudian con el cuidado del caso esas pretensiones y las circunstancias de hecho relatadas en los correspondientes escritos para fundamentarlas, particularmente vistas tales circunstancias con la perspectiva suficientemente esclarecedora que de ellas suministra la abundante prueba documental y testimonial recaudada a lo largo del proceso, sin dificultad se concluye que todas aquellas pretensiones dicen relación con el reconocimiento que se pide sea hecho en el laudo de los efectos jurídicos de conductas de comisión por acción y omisión que, por considerarlas violatorias de las obligaciones contraídas, se imputan entre sí las dos partes, conductas que tuvieron ocurrencia en desarrollo del convenio tantas veces mencionado o como secuela inmediata de su terminación, la cual se produjo anticipadamente como consecuencia de la liquidación forzosa administrativa a que fue sometido el Banco del Pacífico por la determinación que adoptó el Superintendente Bancario de tomar posesión de sus bienes, haberes y negocios según los términos de la Resolución 751 de 20 de mayo de 1999.

En otras palabras, el litigio se centra en materias que regula el Convenio Club El Nogal y en concreto versa sobre hechos que, dentro de esa amplia moldura negocial, tuvieron lugar en desarrollo del mismo o como consecuencia de su terminación, motivo por el cual no le asiste razón a la parte convocada en sus objeciones a la competencia.

En efecto, en lo que atañe al alcance de la sumisión arbitral voluntaria respecto de la controversia planteada en este proceso y como lo expresó el Tribunal en la primera audiencia de trámite llevada a cabo el treinta (30) de mayo del año próximo pasado (Acta N° 4), en apreciación que en esta oportunidad juzga pertinente reiterar, es de verse que sobre todas las pretensiones formuladas por las partes en los escritos rectores del proceso, vale decir en la demanda principal, en la de reconvención y en las respectivas réplicas, se encuentra habilitado para decidir. Y de modo particular, frente a las peticiones consecuenciales distinguidas con los literales b) y c) de la pretensión segunda principal, incluida ella en el capítulo correspondiente de la solicitud de convocatoria, peticiones en las cuales focalizó la parte convocada las aludidas objeciones, la conclusión precedente se mantiene, toda vez que en el parecer del Tribunal, apreciada dicha pretensión en su estructura integral y desde luego sin calificarla en su mérito, es claro que la corporación convocante presentó aquellas peticiones como expresión de su aspiración a obtener el resarcimiento de perjuicios patrimoniales que señala como derivados del incumplimiento que le imputa al banco. Existe, en síntesis, conexión suficiente entre los puntos litigiosos a que hacen referencia las aludidas peticiones indemnizatorias y el convenio instrumentado por escrito el 26 de noviembre de 1997 del que es parte integrante la cláusula compromisoria que, para los efectos que aquí importa destacar y ha quedado visto a espacio, constituye la base contractual del arbitraje que mediante el presente laudo tendrá cumplida realización.

II. El alegado incumplimiento de las obligaciones del banco

El presente proceso versa sobre un caso de responsabilidad contractual, pues en él se persigue que al demandante —Club El Nogal— se le indemnicen los perjuicios que alega le fueron irrogados por el demandado —Banco del Pacífico— como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones asumidas por este último en el contrato suscrito entre las mencionadas entidades el 26 de noviembre de 1997.

Entratándose, según lo dicho, de un caso de responsabilidad contractual, no existe discusión en cuanto a los elementos que la conforman, pues unánimemente se admite que se requiere (i) del incumplimiento de una obligación asumida por el deudor, (ii) que dicho incumplimiento le sea imputable a este, es decir, que se haya originado en su culpa o en su dolo y (iii) que tal incumplimiento le haya generado un daño al acreedor. A estos ingredientes debe agregarse el de (iv) la mora del deudor, si la obligación incumplida es positiva, tal como lo disponen los artículos 1608 y 1615 del Código Civil.

En consecuencia, para obtener la indemnización perseguida, es menester que el acreedor pruebe la existencia de un contrato y de las obligaciones a cargo del demandado; que demuestre su incumplimiento, si esto es posible, o en caso contrario, vale decir, si se trata de una negación indefinida, que simplemente lo alegue; y que acredite que se le causó un perjuicio cierto, directo y, en principio, previsible y allegue las pruebas para cuantificarlo. Así lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte según la cual:

“Para la prosperidad de súplicas de este linaje, se requiere que aparezca: a) El contrato, como fuente de obligaciones que afirma haberse incumplido; b) La mora del demandado; c) El incumplimiento de tales obligaciones; d) El daño sufrido como consecuencia de ese incumplimiento” ⁽¹⁾ .

La doctrina, por su parte, señala que para que surja la responsabilidad contractual, es necesario un incumplimiento imputable al deudor, la generación de un perjuicio al acreedor como resultado de ese incumplimiento y la mora del deudor si la obligación es positiva ⁽²⁾ .

Por tanto, deberá acreditarse la existencia de la fuente de las obligaciones, las prestaciones que de dicha fuente se derivan; el incumplimiento de las mismas y el perjuicio producido por tal incumplimiento. El Tribunal habrá de analizar si en este proceso están presentes los mencionados elementos esenciales.

1. El convenio

Está plenamente demostrado en este proceso que las obligaciones que se dice fueron incumplidas por la convocada provienen del convenio suscrito el 26 de noviembre de 1997 entre la Corporación Club El Nogal y el Banco del Pacífico S.A., cuyo objeto múltiple, según quedó visto, consistía en varias prestaciones principales de carácter típicamente bancario, a saber:

a) La expedición de una tarjeta de crédito de consumo, prevista en la cláusula primera así:

“El banco, con el fin de procurar el pago de la cartera de el club, se obliga a expedir a favor de los corporados de el club una tarjeta de crédito de consumo tradicional de uso exclusivo en el club, a través de la cual los corporados realizarán los consumos y si así lo decidieren, utilizaran el cupo de crédito rotativo que el banco le otorgase, con el objeto de financiar los conceptos que más adelante se indican (...)”.

b) El establecimiento, en las dependencias del club, de un centro de servicios financieros, aspecto contemplado en el capítulo ii, cláusula décima primera, en los siguiente términos:

“El objeto del centro de servicios financieros es poner a disposición por parte de el banco, y en las instalaciones de el club, a este, a sus corporados, a sus empleados y a las personas que tengan relación comercial con él, como es el caso de los proveedores, la prestación de los servicios que se describen en el numeral primero de la cláusula décima segunda”.

c) Pago a terceros, servicio este de que trata la cláusula décima sexta, que es del siguiente tenor:

“Mediante el pago a terceros el banco adelantará, de conformidad con las instrucciones que reciba de el club, la labor de pago de nómina de empleados y proveedores de este”.

2. Las obligaciones que la convocante alega fueron incumplidas

Para la convocante, como consecuencia de la toma de posesión para liquidar, ordenada por la ^(*) Superintendencia Bancaria, mediante Resolución 751 del 20 de mayo de 1999, el Banco del Pacífico “dejó de cumplir la totalidad de las obligaciones que había adquirido con el Club El Nogal en virtud del convenio documentado entre las partes el día 26 de noviembre de 1997”.

Puntualiza el demandante que la mencionada medida administrativa,

“Resultó de la culpa exclusiva del banco, toda vez que actuó con total negligencia e impericia al abstenerse en forma imprudente de aplicar las medidas correctivas advertidas y recomendadas de manera reiterada por la administración anterior de la entidad y por la ^(*) Superintendencia Bancaria, razón por la cual la toma de posesión no constituye una circunstancia de fuerza mayor que lo exima de responsabilidad”.

Y con base en el anterior argumento, el actor concluye:

“Luego, como consecuencia de la toma de posesión, el Banco del Pacífico no continuó desarrollando sus actividades ni cumpliendo las obligaciones que para el efecto había adquirido para con el Club El Nogal. En

efecto, el banco no continuó con el manejo de la tarjeta de crédito privada; ni con la administración y pago de la nómina del club; ni con el pago de proveedores; ni con la recepción y pago de impuestos, etc., razón por la cual el Club El Nogal se vio forzado a adoptar medidas con el fin de garantizar su propia subsistencia y evitar la extensión de los daños que la mencionada situación estaba causándole al club, a sus socios, sus empleados y sus proveedores”.

En el alegato de conclusión el señor apoderado del Club El Nogal, para respaldar las afirmaciones que aquí se describen, esto es, para demostrar que el proceso liquidatorio a que llegó el banco le es imputable a título de culpa a la propia entidad financiera, se refiere a diversos documentos que obran en el proceso, en los que se da cuenta de las múltiples ocasiones en que la administración del Banco del Pacífico S.A. recomendó a su matriz en el Ecuador adoptar las medidas correctivas enderezadas a solucionar la debilidad patrimonial que de tiempo atrás venía mostrando el banco. Así mismo hace hincapié la convocante en la prueba documental que acredita cómo en varias ocasiones la (*) Superintendencia Bancaria requirió la capitalización de la entidad, sin que dichos requerimientos hubieran sido atendidos oportuna e íntegramente, lo que llevó a la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios del banco.

Por lo anterior, afirma el convocante, los incumplimientos producidos por la terminación del contrato, originada en la toma de posesión para liquidar, son “imputables a la conducta negligente del Banco” y agrega que no existen factores capaces de romper el nexo causal, entre el incumplimiento culposo del banco y los daños sufridos por el club, toda vez que no es de recibo el planteamiento del convocado en el sentido de que el incumplimiento alegado fue ocasionado por un hecho de fuerza mayor como es la toma de posesión ordenada por la (*) Superintendencia Bancaria. A juicio del actor no cabe dicha fuerza mayor, pues el desenlace que ocurrió se debió a la conducta negligente de quien la alega, puntualizando que según jurisprudencia reiterada de la Corte la fuerza mayor se caracteriza por constituir una “imposibilidad absoluta de cumplir derivada de la presencia de un obstáculo insuperable unido a la ausencia de culpa del agente, cuya responsabilidad se pretende comprometer” (3).

Para corroborar su afirmación de que fue la conducta culposa del Banco la que propició su toma de posesión para liquidarlo, el Club El Nogal se apoya en las manifestaciones contenidas en la Resolución 751 del 20 de mayo de 1999, por la cual se ordenó la aludida toma de posesión, acto administrativo en el cual se precisan, como causales determinantes para la toma de posesión, las siguientes:

“Incumplimiento persistente de la relación de capital adecuado durante los meses de diciembre de 1998 y enero, febrero y marzo de 1999, en contravención a lo requerido por el artículo 2º del Decreto 673 de 1994, con lo cual el banco incurre en la causal señalada por el literal e) del artículo 114 ibídem, tal como se determinó por esta superintendencia a partir de los estados financieros transmitidos en dichos meses.

Incumplimiento reiterado de las órdenes de recapitalización impartidas por esta Superintendencia en la forma y condiciones antes indicadas, con lo cual tiene ocurrencia la causal contemplada en el literal d) del artículo 114 ibídem.

Aunado a tales conductas, a través de las diferentes visitas de inspección realizadas por esta superintendencia al Banco del Pacífico S.A. se determinó que dicho establecimiento ha sido reiterativo en la inobservancia de las instrucciones expedidas por esta autoridad sobre la adecuada valoración del portafolio de créditos. Es decir, no venía calificando adecuadamente dicho portafolio y, por ende, el nivel de provisionamiento era inferior al requerido por las disposiciones establecidas en la Circular Básica Contable Financiera (Circ. Externa 100/95).

La entidad vigilada finalmente atendió los requerimientos de calificación y provisionamiento del portafolio de créditos, a instancias de la reiteradas órdenes expedidas por este organismo en tal sentido. No obstante lo anterior, es claro que el incumplimiento reiterado por parte de la referida institución financiera de la normativa sobre la materia, condujo a la institución a una situación más crítica de la que hubiera llegado al haber revelado oportuna y debidamente sus riesgos de crédito, conforma a las disposiciones referidas.

Así pues tal como queda demostrado en este considerando, el Banco del Pacífico S.A. incumplió reiteradamente las órdenes e instrucciones debidamente expedidas por este organismo de supervisión, incurriendo así en la causal de toma de posesión consagrada en el literal d) del artículo 114 del estatuto orgánico del sistema financiero”.

Por su parte, el Banco del Pacífico en su alegato de conclusión, compendia su defensa en los siguientes planteamientos:

“Tal como lo confiesa el demandante en el hecho XX de su demanda, “las relaciones entre ambas entidades se mantuvieron sin tropiezos hasta el mes de mayo de 1999” y tal como quedó probado en el proceso, hasta el día anterior de la fecha en la cual operó la causal de terminación del convenio, 19 de mayo de 1999, el Banco estaba dando cumplimiento al convenio.

En la demanda, se pretende que el Tribunal declare que el Banco del Pacífico, incumplió el contrato celebrado con el club “el 26 de noviembre de 1997”, **por haberse dado por terminado sin previo aviso por parte del banco una vez este fue intervenido por la (*) Superintendencia Bancaria.** El Banco no incumplió el contrato celebrado con el club. Es importante resaltar:

El Convenio Club el Nogal, señala claramente en la cláusula vigésima quinta, que podrá darse por terminado por: **“a) Disolución de alguna de las partes y (...) d) Por la imposibilidad legal o restricción de carácter administrativo o judicial que le impida al banco continuar prestando los servicios a que hace referencia este convenio”.**

Es claro, que cuando una causal contractual opera ocurren una serie de actos relacionados con la etapa de su ejecución, con su terminación y con su liquidación. En el caso que nos ocupa, las partes pactaron, al parecer, desde el principio, que la operación financiera contratada al banco, terminaba al darse los eventos señalados en las causales a) y d) arriba anotados.

En consecuencia, claramente se deduce que la terminación del contrato que no fue abrupta, fue tal cual como se había pactado, y se dio por el evento de presentarse dos de las causales de terminación contractual. Tal y como lo reconoció la junta del club en su reunión del 21 de mayo de 1999 (Acta 109) que transcribimos atrás.

Cuando opera la causal de terminación pactada, el contrato simplemente pasa a una etapa diferente a la ejecución y las partes deben hacer, de buena fe, lo que a cada una le corresponde para finiquitar su relación contractual. Llegamos entonces a la etapa que la doctrina denomina post contractual, donde las obligaciones han novado y hacen que las partes deban terminar de cumplir con aquellas obligaciones —pactadas o no— que les permitan liquidar el contrato.

Reclamar en la demanda perjuicios sobre base de una terminación injusta y sorpresiva del Contrato, es por lo menos insólito, ya que la relación contractual no terminó por culpa de una de las partes, ni de manera unilateral por el incumplimiento de la otra, terminó, como ya se dijo, por presentarse dos causales de terminación contractual pactadas”.

Así, pues, a juicio del convocado,

“Las partes tenían claro que la ocurrencia de uno cualquiera de los eventos pactados, son una justa causa para dar por terminado el contrato”.

Agrega que:

“Además de la suficiencia del pacto celebrado entre las partes, legalmente al darse la intervención del banco, los actos de autoridad ejercidas por el Estado a través de la (*) Superintendencia Bancaria, que ordenaron la intervención inmediata del banco, para su liquidación, configuran un claro estado de fuerza mayor que impedía al banco continuar con el ejercicio normal de sus actividades, de conformidad con el artículo 1° de la Ley 95 de 1890”.

Ahora bien, para el Tribunal es claro que operaron las dos causales de terminación previstas en la cláusula vigésima quinta del contrato, las cuales invoca el banco. En efecto, la toma de posesión ordenada por la (*) Superintendencia Bancaria, cuyo propósito era la liquidación inmediata del Banco del Pacífico, implica que dicha entidad quedaba en estado de disolución para proceder a su subsecuente liquidación, toda vez que como lo explica la doctrina, la disolución es un presupuesto de la extinción de la persona jurídica, disolución que da lugar en la

vida de la sociedad a un nuevo período, “en el que la anterior actividad social lucrativa dirigida a la obtención de ganancias se transforma en una mera actividad liquidatoria dirigida al cobro de los créditos, al pago de las deudas, a la fijación del haber social remanente y a la división de este, en su caso, entre los socios” (4).

En cuanto a esta causal, la cláusula 25 no hace distinción, de suerte que dan lugar a la terminación del convenio todos los distintos eventos de disolución, ya sean estos de origen convencional o legal, o que puedan calificarse como imputables o no a la persona jurídica que se disuelve.

Así las cosas, el convenio en cuestión podía finalizar por la mera voluntad de los accionistas del banco (por ejemplo por la decisión de liquidar prematuramente la persona jurídica), o por circunstancias ajenas a su voluntad y atribuibles, *verbi gracia*, a los malos resultados de los negocios (art. 114, lit. g) del EOSF, que prevé como causal para la toma de posesión y la eventual liquidación del banco la reducción de su patrimonio neto por debajo del 50% del capital suscrito).

La segunda causal alegada también operó, pues como resultado de la resolución de toma de posesión, el Banco quedó en la imposibilidad legal, en virtud del aludido acto administrativo, de continuar prestando los servicios previstos en el convenio.

Con todo, el apoderado del Club El Nogal arguye que dichas causales ocurrieron por hechos y omisiones imputables al banco, que lejos de exonerarlo lo hacen responsable de las consecuencias derivadas del incumplimiento generado por la terminación del contrato.

A este respecto debe tenerse en mente que los motivos que dieron lugar a la toma de posesión —los cuales se describen en los considerandos de la Resolución 751 de 1999— consistieron, básicamente, en la inobservancia parcial pero reiterada de las órdenes de capitalización impartidas por la (*) Superintendencia Bancaria.

Es verdad que en la aludida Resolución 751 también se le reprocha al banco la inobservancia de la reglamentación sobre la adecuada valoración del portafolio de créditos, toda vez que no calificó apropiadamente dicho portafolio, ni realizó las consecuentes provisiones exigidas por la normatividad vigente (Circ. Externa 100/95). Sin embargo, para la fecha en que se llevó a cabo la toma de posesión, esta situación ya se había corregido, como la propia resolución lo reconoce.

En todo caso, la prueba documental tomada de archivos del banco arroja elementos de juicio suficientes para concluir que la conducta que según el párrafo anterior se le reprocha, muy probablemente provenía del mismo problema esencial que lo afectó desde el inicio de sus operaciones desde 1994, esto es, el de su falta de liquidez e insuficiencia estructural de capital, de suerte que las deficiencias en la provisión de cartera eran impuestas por la necesidad de evitar un mayor deterioro en los coeficientes referentes a su patrimonio técnico y relación de solvencia.

Está demostrado que en múltiples ocasiones la (*) Superintendencia Bancaria le dirigió requerimientos al Banco para que sus accionistas procedieran a capitalizarlo. Pero esas órdenes no fueron atendidas con la prontitud requerida y tampoco aportando los nuevos recursos de capital exigidos, lo que constituyó la razón esencial para la toma de posesión con fines liquidatorios.

Hubo, pues, incumplimiento material a las órdenes de la autoridad de control, pero ese incumplimiento en su escueta realidad, no significa de suyo que sea culposo, vale decir, jurídicamente imputable a los destinatarios de las órdenes de capitalización. Esto es así porque no existe un régimen de responsabilidad objetiva que automáticamente se le aplique a quien no capitaliza una entidad financiera y por el mero hecho de no hacerlo, pues no existe una obligación de contar siempre con todos los recursos exigidos, ni de conseguirlos a toda costa y en cualquier evento. Si no se cuenta con dichos medios, con seguridad la institución crediticia, en situación crítica o irregular, cuya gravedad es factor que aprecia privativamente la autoridad pública competente de supervisión y control, será sometida por esta última a penetrantes medidas de intervención y sustitución transitoria o definitiva de sus órganos ordinarios de administración, pero esta circunstancia de por sí no implica que la falta de capitalización adecuada y oportuna haya de convertirse inexorablemente en prueba irrefragable de una conducta culposa propia o atribuible a sus accionistas, de cuyas secuelas resarcitorias frente a terceros acreedores

eventualmente perjudicados, necesariamente tenga que responder patrimonialmente dicha institución.

En el caso que nos ocupa, se sabe que la matriz ecuatoriana del Banco del Pacífico S.A. atravesaba por una gravísima situación económica, al punto de que también fue intervenida por las autoridades de aquel país. Por dicha situación no podía hacer frente a las exigencias de capitalización que le demandaba la (*) Superintendencia Bancaria colombiana, tal como se aprecia en comunicaciones que obran en el proceso, como la carta dirigida por Juan Carlos Pitarque a Quiroz Arturo, Julio Malo, Leopoldo Báez e Isabel Garzón del 20 de mayo de 1998 (fl. 674, T. III, de los documentos aportados en forma conjunta), en la cual la matriz ecuatoriana —frente al hecho de que la filial Colombiana, requería de veinticinco millones de dólares para paliar sus problemas de liquidez— manifiesta que no cuenta con los recursos necesarios para resolver el problema que se le plantea.

Aún así, la mencionada matriz destinó en distintas ocasiones importantes recursos para capitalizar el Banco del Pacífico S.A., los cuales, si bien no eran suficientes para atender los requerimientos de la (*) Superintendencia Bancaria, sí denotan esfuerzos enderezados a respaldar a su filial.

Así se observa por ejemplo en las notas a los estados financieros correspondientes al ejercicio de 1998, en las cuales se lee:

“Al 31 de diciembre de 1998, los accionistas efectuaron un anticipo para futuras capitalizaciones por US \$8.000.000, con el fin de restablecer el indicador del capital adecuado del Banco por los defectos presentados. De común acuerdo con los accionistas (...) la (*) Superintendencia Bancaria ordenó una capitalización adicional por \$20.000.0, (sic) la cual fue atendida solamente en \$5.065.0 (sic)”.

Por tanto, el Tribunal considera que en estas circunstancias, de la falta de capitalización completa no puede deducirse un error de conducta que convierta en imputable para el banco la causal de terminación del convenio, apreciación esta que cobra aún más fuerza si se advierte, para abundar en razones, que las órdenes de capitalización son dirigidas a los accionistas, pues son estos quienes deben atenderlas a través de la correspondiente adquisición de las nuevas acciones que se emitan para tal efecto.

Por ende, el banco mismo no es el obligado, ni la inobservancia de la capitalización —atribuible a los accionistas— puede ser calificada como un incumplimiento de la entidad financiera que debía ser la receptora de la capitalización.

Esto significa que en condiciones normales de utilización correcta de la personalidad jurídica no puedan identificarse accionistas y sociedad, pues entre ellos se interpone la personería jurídica, de manera que los actos u omisiones de aquellos no han de ser imputados a esta, con lo cual la sociedad no ha de soportar las consecuencias nocivas de las determinaciones de los asociados que la controlan.

Recuérdese que en teoría, como causal de exoneración de responsabilidad, vale decir, como constitutivo de la llamada causa extraña, se encuentra el hecho de un tercero, por el cual el deudor no esté obligado a responder. Pues bien, los accionistas son terceros por cuyos actos u omisiones no está llamada a responder la sociedad. En efecto, dentro de la teoría organicista vigente en nuestro ordenamiento, tal como lo reconoce reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema, la persona jurídica responde por lo que hagan o dejen de hacer sus administradores, empleados y dependientes, pero no sus accionistas, salvo supuestos excepcionales de fungibilidad subjetiva para efectos de imputación de la consiguiente responsabilidad, originada dicha fungibilidad en situaciones en las que el control social o efectivo está directa o indirectamente, a través de otras sociedades o de testaferros, en manos de uno o varios de dichos accionistas.

Esto se deduce claramente de la adopción por nuestro más alto tribunal de la doctrina que acoge la responsabilidad directa de las personas jurídicas, lo que ha sido puntualizado en múltiples pronunciamientos, en términos como los que a continuación se transcriben:

“La persona natural obra por sí y en razón de sí misma; goza no solo de entendimiento y voluntad sino también de los medios u órganos físicos para ejecutar sus decisiones. La persona moral, no; su personalidad no decide ni actúa por sí misma, sino a través del vehículo forzoso de sus agentes sin los cuales no pasaría de ser una abstracción. Por eso se ha dicho que su voluntad es la voluntad de sus gentes. Entonces, la coexistencia de la entidad creada y de

sus agentes, a través de la “incorporación” de estos en aquella, constituye un todo indivisible, que no admite discriminación”.

“(…) la culpa en que puede incurrir la persona moral es inseparable de la individual del agente, porque aquella obra por medio de sus dependientes o empleados, de modo que los actos de estos son sus propios actos. La responsabilidad en que puede incurrir es, por lo tanto, la que a toda persona en capacidad de obrar por sí misma corresponde por sus propias acciones” ⁽⁵⁾ .

No puede desconocerse, lógicamente, que, como acaba de decirse, que en ciertas ocasiones, los accionistas de una sociedad, específicamente los que ejercen el control sobre esta, pueden con sus determinaciones colocarla en estado de insolvencia, llevándole a su extinción. Para esos casos, el legislador ha previsto el levantamiento del velo corporativo, de manera que con ello se desestima la ficción de la personalidad jurídica para ver los intereses que efectivamente se encuentran detrás de ella y que condujeron a la sociedad hacia su inviabilidad jurídica y económica, con el propósito de que esos intereses respondan de las consecuencias negativas de sus decisiones.

Así, siguiendo esta orientación, la Ley 222 de 1995, estableció una subsidiaridad en la responsabilidad de la matriz en los eventos de concurso de la sociedad subordinada y, por otra, una responsabilidad directa en la hipótesis de liquidación obligatoria de esta última, cuando se compruebe fraude de la primera.

Es así como el párrafo del artículo 148 de la mencionada ley preceptúa:

“Cuando la situación de concordato o de liquidación obligatoria haya sido producida por causa o con ocasión de las actuaciones que haya realizado la sociedad matriz o controlante en virtud de la subordinación y en interés de esta o de cualquiera de sus subordinadas y en contra del beneficio de la sociedad en concordato, la matriz o controlante responderá en forma subsidiaria por las obligaciones de aquella. Se presumirá que la sociedad se encuentra en situación concursal, por las actuaciones derivadas del control, a menos que la matriz o controlante o sus vinculadas, según el caso, demuestren que esta fue ocasionada por una causa diferente”.

Por su parte, el artículo 207 de la misma ley dispone:

“Cuando los bienes de la liquidación sean insuficientes para cubrir el total de los créditos reconocidos y se demuestre que los socios utilizaron la sociedad para defraudar a los acreedores, serán responsables del pago del faltante del pasivo externo, en proporción a los derechos que cada uno tenga en la sociedad. La demanda deberá promoverse por el acreedor respectivo y se tramitará por el proceso ordinario”.

En síntesis, pues, por norma general, la sociedad no es responsable por los hechos y omisiones de sus accionistas. Son estos los llamados a asumir directa o subsidiariamente las secuelas dañosas de sus determinaciones, prescindiendo de la personificación moral del ente corporativo, aspecto que no es materia debatida en este arbitraje.

De acuerdo con este principio, la falta de capitalización suficiente no puede atribuírsele al Banco del Pacífico, y menos a título de culpa, pues se trata de una omisión ajena, que no constituye *per se* un error de conducta a dicha institución imputable y por la cual ella no es llamada a responder.

No se ve, por lo demás, que el Banco del Pacífico hubiera deliberadamente hecho operar las causales invocadas de la cláusula vigésima quinta del convenio, para por esa vía indirecta dar por finalizado ese negocio jurídico. Hay evidencia fehaciente que acredita que esas causales operaron por razones genuinas que venían presentándose, con creciente gravedad, desde hacía varios años, debido a la marcada debilidad patrimonial del banco, lo que constituía un defecto crónico estructural que a pesar de los esfuerzos de los accionistas para atenuarlo, llevó inexorablemente a la indicada entidad a la imposibilidad de seguir operando.

En consecuencia, habrá de admitirse que el convenio, como lo sostiene la parte convocada, terminó por haber operado dos de las causales que con ese efecto previeron las partes y que tales causales no le son imputables al Banco del Pacífico, de manera que no se configura el incumplimiento que le enrostra la corporación convocante, de suerte que falta, así, un elemento esencial de la responsabilidad contractual, lo que hace que no sea necesario analizar los restantes para llegar a la conclusión de que la pretensión indemnizatoria formulada por El Club El

Nogal, así como también la declarativa de la aludida responsabilidad que le sirve de base, no pueden alcanzar prosperidad.

Conclusión que, viene al caso decirlo desde ahora, se extiende igualmente a la responsabilidad que “...por conductas omisivas carentes de justificación...”, le imputa la Corporación convocante al Banco en la pretensión séptima de la demanda que al proceso le dio inicio, ello por cuanto en este aspecto de la controversia, la prueba producida tampoco demuestra que al unísono, como debiera ser concurren todos los presupuestos indispensables para que la obligación resarcitoria en que dicha responsabilidad habría de traducirse, pueda ser reconocida en el laudo.

En efecto, lo primero por observar en apoyo de la afirmación precedente, es que no obran argumentos de prueba concluyentes en orden a acreditar cabalmente que el banco, al no hacer los ofrecimientos que el club echa de menos y “...abandonar maliciosamente...” la garantía universal de depósitos otorgada por su casa matriz en Ecuador incurrió en contravención culpable de obligaciones positivas catalogables como de su cargo al tenor de la relación contractual a la cual se circunscribe este arbitraje; muy por el contrario, y para citar tan solo un ejemplo en suma bastante elocuente, sobre el tema de la aludida garantía, el expediente desmiente por completo la aseveración de la convocante cuya sorprendente ligereza ante la cual sentó su justa protesta el Banco en su alegato final, no puede en modo alguno pasar desapercibida ⁽⁶⁾ .

Y la otra observación por hacer es que, aun cuando en gracia de avanzar en el análisis se aceptare que esas pruebas se trajeron a los autos y que, por lo tanto, al banco le son atribuibles los comportamientos antijurídicos en mención, lo cierto es que ninguna evidencia objetiva hay de que el club, como consecuencia directa de esas omisiones, experimentó menoscabos patrimoniales, en concepto de daños resarcibles, que sobrepasen la suma de cuatrocientos millones de pesos (\$400.000.000).

3. El recaudo de cartera efectuado por el club y los intereses de mora exigidos por el banco

Las pretensiones tercera a sexta de la demanda, la última con sus dos subsidiarias, se refieren al recaudo de la cartera, llevado a cabo por el Club El Nogal, correspondiente a los consumos efectuados por sus socios en el período comprendido entre el 27 de abril y el 13 de mayo de 1999, consumos estos que ya le habían sido abonados al club por el Banco del Pacífico, en desarrollo del convenio celebrado por dichas entidades y, en particular, en virtud del esquema acordado para el funcionamiento de la tarjeta de crédito, expedida por el mencionado banco en favor de los socios del club, para financiar sus consumos.

De acuerdo con las aludidas pretensiones, así como con los hechos descritos en la demanda y las argumentaciones planteadas en el alegato de conclusión, la parte convocante sostiene que el Banco del Pacífico la facultó implícitamente para realizar el señalado recaudo de la cartera, lo que deduce de ciertas manifestaciones del banco, en las cuales se dio por enterado de que el club estaba llevando a cabo la tarea indicada, sin que se opusiera a ello, ni manifestara su desacuerdo, lo cual vino a hacer tan solo 15 meses después de la toma de posesión, cuando el club, desde hacía mucho tiempo, había concluido las labores de recaudo.

Agrega el club que, por lo demás, sus gestiones de recaudo significaron un innegable beneficio para el Banco, toda vez que de otra manera —dada la falta de diligencia de este último, que no adelantó prácticamente ninguna tarea de cobro— dicha cartera se habría perdido para esa entidad financiera. Con estos fundamentos, y frente a las aseveraciones contenidas en la demanda de reconvenición, el club sostiene que no quebrantó sus compromisos contractuales.

Así, pues, se infiere de los planteamientos de la parte demandante que, si bien de la autorización tácita que le fuera otorgada por el banco para cobrar y recaudar la cartera a que nos referimos, se desprendía una obligación ulterior de reembolso a cargo del Club El Nogal y en favor del Banco, dicha obligación no tenía un plazo estipulado para su cumplimiento, de manera que cuando los dineros fueron restituidos al banco, el club —en los términos del artículo 1608 del Código Civil— no se encontraba en mora, lo que significa que no se le podían exigir intereses moratorios, los que el Banco le impuso con presiones indebidas y el club pagó, bajo reserva, exigiendo en este proceso su restitución.

Ahora bien, el club, para acreditar los hechos sobre los que reposa su argumentación y específicamente para demostrar que el banco implícitamente lo habilitó para recaudar la cartera correspondiente a los consumos hechos entre el 27 de abril y el 13 de mayo de 1999, se apoya en diversas pruebas testimoniales y documentarias, en especial las siguientes:

a) Testimonio del señor Luis Fernando González Vargas, contralor del Club El Nogal, quien hizo las precisiones que a continuación se transcriben:

“DR. MIRANDA: Indique quién elaboró la facturación y realizó los cobros por los consumos de los socios a partir del mes de mayo/99.

SR. GONZÁLEZ: La Corporación directamente.

DR. MIRANDA: ¿Indique si el Banco del Pacífico tuvo conocimiento de la realización de esta facturación y cobro de los consumos de los socios por parte del propio Club?

SR. GONZÁLEZ: El banco tuvo que haberse enterado, primero porque se mandó una comunicación a la superintendencia con copia al banco y en las conversaciones que tuvieron los directivos del club con los directivos del banco pidiendo a los señores de Payment que era el outsourcing de la facturación.

DR. MIRANDA: ¿Diga si sabe o le consta que en alguna oportunidad el Banco del Pacífico se haya opuesto o haya prohibido al Club el Nogal la facturación y recaudo de la cartera del mes de mayo/99 en adelante?

SR. GONZÁLEZ: En ningún momento tuve conocimiento”.

Así mismo, el Liquidador del Banco del Pacífico en su declaración de parte puntualizó lo siguiente:

“DR. MIRANDA: ¿Diga cómo es cierto, sí o no, que después de su posesión como liquidador del Banco del Pacífico, fue invitado a una reunión en el Club el Nogal, en la cual se informó de las actividades adelantadas por el club para la facturación y cobro de cartera del club con sus asociados en el mes de mayo/99, así como de las reclamaciones del Club el Nogal por la terminación del convenio denominado Club el Nogal?

“SR. COPETE: “...” Efectivamente en ese momento tomo conocimiento de qué está sucediendo, me encuentro que lo único que hay en los archivos del banco es un par de cartas que la gente del club le había enviado al banco, anteriores a mi posesión en la cual le comunica que ellos continuarán cobrando el dinero ya adelantado por el banco al club directamente a los socios y que así le han dado instrucciones a sus asociados”.

“ ... ”.

El doctor Londoño me explica que han hecho ...(CAMBIO CASSETTE)... le han instrucciones a... le paguen al banco, me menciona que la toma de posesión y la liquidación del Banco del Pacífico ha sido un golpe muy fuerte para el club, que les ha generado unos problemas muy serios y mencionó que él espera que se produzca una compensación entre lo que ellos dicen deberle al banco y lo que dice el banco deberle, según los libros de las dos instituciones o los depósitos que se quedaron en el proceso liquidatorio dentro del banco”.

En cuanto a lo manifestado por la Gerente del Club El Nogal en su declaración de parte, la parte convocante subraya los siguientes apartes:

“DRA. ACUÑA: 5. Por qué razón la junta directiva del club tomó la decisión de recaudar de sus socios las sumas que estos le adeudaban al Banco del Pacífico.

SRA PUJANA: Esa fue una decisión acordada por el banco, el banco del Pacífico hacía corte de sus cuentas los días 25 o 26 de cada mes, al momento de la intervención el día 23 al 27 de mayo que era lo que habían dado de dinero, había como que metida (sic) que le tocaría recaudar al banco la mitad que tendría que recaudar el club. Se acordó en que el club se declaraba deudor del banco del Pacífico en esa suma que había sido entregada por el banco entre el 27 de abril y el 13 de mayo y que lo recaudaría el club”.

En cuanto a la prueba documental, la parte convocante trae a colación varias comunicaciones que, a su juicio, permitirían inferir no solo que el Banco del Pacífico tenía conocimiento exacto de las labores de recaudo que estaba adelantando el club, sino que la habría tolerado e incluso autorizado tácitamente al no haberse opuesto a ellas, ni reprochado la gestión emprendida por el club.

Es así como en comunicación de Enrique García Duperly para el doctor Francisco Duarte Gerente de Sistemas de Payment Technologies del día 21 de junio de 1999 (fl. 478, T. II de los documentos aportados en forma conjunta) se encuentran estas instrucciones:

“Solicitamos a ustedes proceder con el proceso de cierre mensual y la facturación de la tarjeta privada del Club El Nogal correspondiente al mes de mayo. Este cierre deberá realizarse con fecha de facturación 25 de mayo de 1999 y se deberán incluir todos los pagos hasta esa fecha.

La fecha límite de pago deberá ser 28 de junio de 1999. Los pagos y ajustes serán reportados a ustedes en su totalidad a más tardar en la mañana del 22 de junio de 1999.

Los consumos realizados a partir del 27 de abril deberán tener el siguiente tratamiento:

El Banco del Pacífico contabilizó los consumos hasta el 13 de mayo, estos consumos deberán ser reversados y reportados al banco de acuerdo con los procedimientos definidos para el efecto.

Los consumos que ustedes recibieron del Club el Nogal, posteriores al 13 de mayo, deberán ser reversados solo en su sistema y no deben ser reportados a nosotros debido a que los mismos no fueron contabilizados”.

Comunicación del doctor Camilo A. Ordóñez (Cobranzas Cartera BPC-NOGAL) para el señor Alí Cedeño y Asociados del día 29 de julio de 1999 (fl. 482, T. II de los documentos aportados en forma conjunta).

“Los cargos a partir del mes de mayo/99 están siendo facturados directamente por el club, por lo que el pago de estos deberá atenderse directamente con esta corporación”.

Comunicación de los doctores Mauricio Fernández F., y Adriana A. Aguilar García (Gerente Ejecutivo Financiero y Gerente de Tesorería del BPC, respectivamente) para la doctora Martha Elena Morris Gerente Oficina Calle 85 de la Corporación de Ahorro y Vivienda Conavi del día 10 de agosto de 1999 (fl. 483, T. II de los documentos aportados en forma conjunta).

“Nos permitimos ratificar la vigencia del convenio del recaudo correspondiente a la cartera del Banco del Pacífico-Club El Nogal, teniendo en cuenta las siguientes especificaciones: (...)

(...).

La Corporación Club El Nogal en carta N° 175-99 de junio 12 de 1999, les solicitó abstenerse de recibir los pagos de su facturación, por lo que aclaramos que dicha comunicación hace referencia a la nueva facturación que viene manejando esta corporación desde el mes de mayo, en un formato totalmente diferente al del banco (también adjunto), pero el del banco si debe recibirse”.

El Club El Nogal complementa los anteriores medios demostrativos acudiendo al dictamen pericial, rendido el 20 de enero de 2003, el cual le sirve de apoyo para alegar que el banco nunca se opuso al cobro de la cartera por parte del club y que solo 15 meses después envió una carta en la cual requería el pago de las sumas recaudadas.

A este efecto la parte demandante se refiere a la respuesta dada por las peritos a la pregunta 1, literal g), del dictamen señalado, en donde precisan que revisados los archivos del banco no encontraron escritos dirigidos al Club El Nogal en los que se manifestaran protestas u objeciones por haber cobrado la cartera, con excepción de una comunicación fechada el 5 de julio de 2000, enviada por el liquidador del Banco a la gerencia del club, en la que se lee:

“...Por medio de la presente quiero, una vez más, requerir de la Corporación Club El Nogal, la devolución. Con los correspondientes intereses de mora que estipula la ley, del dinero propiedad del Banco del Pacífico (en

liquidación), ochocientos sesenta millones, seiscientos sesenta y ocho mil, doscientos sesenta y siete pesos con cincuenta centavos (\$860.668.267,50), cuyo pago, ilegalmente, la Corporación Club El Nogal solicitó a varios deudores del banco y que, también ilegalmente, recibió”.

Por su parte, el banco ha argüido en el proceso que jamás consintió en que el club cobrara la cartera, dado que cuando este adoptó las determinaciones encaminadas a tal fin, el banco no tenía aún administración ni representantes, toda vez que el liquidador para la fecha no se había posesionado, de suerte que no se podía inferir del comportamiento o de la inacción de ningún funcionario del mencionado establecimiento de crédito, una voluntad tácita y vinculante para este, enderezada a facultar al club a recaudar lo que era del banco. Por tanto, el club, en criterio del convocado, obró ilegítimamente, incumpliendo las obligaciones a su cargo y colocando al banco ante hechos cumplidos, a que este debió acomodarse para evitar mayores trastornos, como los que hubieran acaecido, de haber decidido facturar y cobrar a los socios del Nogal, las cuentas cuyo pago ya les estaba demandando el club.

Para respaldar sus alegaciones, el Banco del Pacífico se apoya, especialmente, en los siguientes medios probatorios.

— Acta N° 109 de la reunión de la junta directiva del Club El Nogal, celebrada el 21 de mayo de 1999, esto es, al día siguiente de la toma de posesión del Banco del Pacífico. En esta sesión se dio a conocer el informe del contralor general del club sobre la situación frente al Banco, en el que se lee:

“2. Informe contralor general situación frente al Banco del Pacífico

Con ocasión de la comunicación emanada de la (*) Superintendencia Bancaria de fecha mayo 20 del presente año, en la cual se informa que mediante Resolución 751 de la fecha, dicha entidad financiera (sic), tomó posesión de los bienes, haberes y negocios del Banco del Pacífico con el objeto de liquidarlo, el doctor Luis Fernando González informa que la corporación Club el Nogal tenía aproximadamente en cuenta corriente y depósitos a término, una suma de \$250.000.000. En el momento ya se está analizando la situación de manera global frente al contrato que se tenía suscrito con dicha entidad financiera, con el fin de ver la real incidencia del hecho comentado.

De igual manera, informa que dado que muchos de los consumos de los socios se generan a través de la tarjeta de crédito privada del Banco del Pacífico es necesario que la junta directiva establezca una política sobre el manejo que se le dará a la utilización de la misma para esos efectos y la parte relativa a eventos.

Sobre el particular, la junta directiva aprueba que las cuentas que constituyen un pagaré quedan a favor de la de la corporación Club el Nogal. Igualmente, establece que a partir de la fecha y hasta nueva orden los consumos solo sean cancelados mediante tarjetas de crédito diferentes a las del banco, cheques personales o compra de valeras para lo cual emitirá un comunicado a los socios sobre el particular, cuyo texto ha sido aprobado por unanimidad y que adelante se transcribe. Respecto de los eventos, la junta directiva, en forma unánime, establece que estos deberán ser cobrados de la misma forma y en el caso de que vayan a cancelar con cheques estos podrán ser autorizados para que se giren posfechados y hasta la fecha de cierre del período respectivo. En caso de imposibilidad de estas formas de pago se hará a través de cuentas de cobro.

“Comunicado del Club El Nogal

Apreciado socio:

Como es de su conocimiento, el Club el Nogal, desde su comienzo, ha tenido un convenio con el Banco del Pacífico, mediante el cual, el club le entregaba la cartera al Banco del Pacífico para su cobro.

Ese convenio funcionó sin contratiempos hasta el día de hoy, viernes 21 de mayo de 1999, cuando la (*) Superintendencia Bancaria de Colombia, mediante la Resolución 751 de la fecha, ordenó la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios del Banco del Pacífico, con el objeto de proceder a su liquidación.

Esta decisión no afecta en nada la estabilidad financiera del Club el Nogal.

Sin embargo, mientras el club negocia un acuerdo con otra entidad financiera para el manejo de su cartera, la junta directiva del club, en sesión de la fecha, ha dispuesto que los consumos que hagan los socios a partir de hoy deben cancelarse mediante tarjetas de crédito o cheques personales.

Adicionalmente, el club continuará prestando a los socios el servicio de venta de valeras para aquellos consumos que no puedan ser cancelados con tarjeta de crédito o con cheque personal. Estas se pueden adquirir en la recepción hotelera del 6° piso.

Estamos seguros de que los señores socios sabrán comprender y excusar esta incomodidad que confiamos superar en el menor tiempo posible y que ha sobrevenido inesperadamente por causas completamente ajenas al club, que somos los primeros en lamentar.

Santafé de Bogotá, mayo 21 de 1999”

“Con respecto a la posición que deberá asumir el club frente al Banco, el Sr. Luis Fernando González presentó a consideración de la junta directiva, para su aprobación, la siguiente comunicación enviada por el doctor Londoño, la cual en caso de ser aprobada deberá ser suscrita por el doctor Mario Lega o la Dra. Luke Pujana:”

“Santafé de Bogotá, mayo 21 de 1999

Señores

BANCO DEL PACÍFICO

E. S. M.

Apreciados señores:

El cierre de sus operaciones y la consiguiente imposibilidad absoluta en que se encuentran para cumplir los compromisos que tienen adquiridos con esta club, nos fuerzan a entender que han dado por terminado unilateralmente el contrato que tenemos celebrado para la compraventa de cartera y servicios complementarios.

Por decisión de nuestra junta directiva, **estamos impartiendo instrucciones a nuestros socios para que nos paguen las cuentas que aún no hemos cedido a ustedes.**

Quedamos a sus órdenes para la liquidación del aludido contrato, advirtiéndoles que somos acreedores muy importantes del Banco del Pacífico, por los perjuicios gravísimos que nos causa el incumplimiento contractual al que hemos venido haciendo referencia.

Esperamos discutir en el más breve término el monto de este daño antijurídico que nos causan y su forma de reparación.

Atentamente,

LUKE PUJANA ANGOITA

Representante legal

c.c.: (*) Superintendencia Bancaria de Colombia”

“El Doctor Mario Lega aprueba la comunicación así como los demás miembros de la junta directiva y se dispone lo necesario para su firma y envío al Banco del Pacífico”.

“El doctor José Camilo Legal informa a los demás miembros de la junta directiva que ya tiene cita con el Banco Ganadero para efectos de iniciar la búsqueda de opciones tanto para la cartera como para posibles préstamos para el pago de proveedores y nómina, y que los resultados de la misma se informará oportunamente a la junta directiva y a la administración del club:

“3. Propositiones varias

...

b) Obras Bar Grill

...

c) Terminación Contrato Banco del Pacífico

La administración informa a la junta directiva que dados los hechos sucedidos con el Banco del Pacífico, el contrato con dicha entidad **se ha rescindido por acaecer una de las causales estipuladas contractualmente para su terminación** (subrayados fuera de texto).

El banco subraya que ese mismo día, 21 de mayo, el Club El Nogal le envió la comunicación que había preparado el doctor Fernando Londoño Hoyos, con un texto igual al anteriormente transcrito y firmada por la doctora Luke Pujana, Gerente del Club.

— Acta N° 110 de la reunión de la junta del Club el Nogal, celebrada el 24 de mayo de 1999 —cuando aún no se había posesionado el liquidador designado del banco— para recibir el informe de la gerencia con ocasión de la toma de posesión de la señalada entidad financiera. En dicha acta se precisa lo siguiente:

“3. Informe de la gerencia

“La Dra. Luke informa a la junta directiva que de acuerdo con las medidas tomadas en la pasada sesión de la junta directiva con ocasión de la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios del Banco del Pacífico por la (*) Superintendencia Bancaria y su posterior liquidación, se hace necesario una revisión de las mismas a fin de que los socios no se vean afectados con dicha situación, en especial, en lo que hace referencia a la imposibilidad de firmar sus consumos.

Por tal motivo la gerencia solicita sea reconsiderada esta medida, pues administrativa y operativamente el club está en capacidad de generar la facturación de manera directa y asumir la cartera en forma temporal, estableciendo como condición que los pagos por consumos no sean diferidos sino pagaderos mensualmente. Para ello se haría necesario que el club consiguiera los recursos de capital necesarios a través de un endeudamiento financiero.

Con este procedimiento se cobrarían, directamente los consumos y la cuota de sostenimiento sin que sea necesario la intervención del banco.

La Dra. Luke reitera que esta medida tendría que ser absolutamente temporal y obviamente, se llevaría un mejor control, fundamentalmente, en lo que se refiere a los socios morosos con la promotora pues los que tienen deudas con el Banco del Pacífico se encuentran bloqueados y no se puede modificar esta situación hasta el momento en que el banco o el liquidador oficial les entregue el correspondiente paz y salvo.

La junta directiva una vez analizados los hechos y el informe de la gerencia general informa a esta que la medida tomada en la sesión anterior fue eminentemente temporal y dadas las circunstancias particularísimas del momento, esperando que la gerencia llegara y analizara la situación de una forma más profunda. En consecuencia, en forma unánime se modifica la situación de no aceptar la tarjeta del banco con el fin de no afectar al socio y que la cartera sea asumida temporalmente por el club, sin que haya crédito diferido sino únicamente con pago mensual.

De otra parte la Dra. Luke informa que **de acuerdo a las conversaciones sostenidas con el Dr. Londoño, una vez analizados en profundidad los sucesos acontecidos con el Banco del Pacífico, jurídicamente hablando el club es un deudor neto de dicha entidad, puesto que a la fecha ha recibido de esta la suma de 874 millones, la cual fue abonada al club en calidad de anticipo por virtud del contrato suscrito con ellos, correspondiente a la facturación del mes de mayo. En consecuencia a partir de la fecha y para todos los efectos legales a que haya lugar, el club se declaró deudor del Banco del Pacífico** y para ello ya se han iniciado algunas actividades tales como una comunicación enviada al Banco en tal sentido, así como a Payment, operador del Banco quien se ha comprometido a no generar más extractos partiendo de la base que el contrato con el Banco del Pacífico se dio

por terminado al constituirse una de las causales establecidas para ello dentro del convenio suscrito.

La mencionada posición jurídica será presentada al liquidador oficial del banco con el fin de **solicitar una compensación** o cruce de cuentas entre las dos entidades, banco y club.

...

La junta directiva manifiesta que se encuentra en un todo de acuerdo con las gestiones realizadas por la gerencia general y ratifica las actuaciones y decisiones tomadas.

4. Comunicado a los socios

La gerencia presenta a consideración de la junta directiva el texto de la comunicación para enviar a los socios con el objeto de que tengan claridad sobre la situación del club frente a la decisión de la (*) Superintendencia Bancaria con respecto al Banco del Pacífico y de igual manera darle las instrucciones con relación a los pagos por dineros adeudados al banco antes del 26 de abril del presente año y como será el pago de consumos y cuotas de sostenimiento hasta tanto no se tenga un convenio con otra entidad financiera.

El texto aprobado por la junta directiva es la siguiente:

CARTA CIRCULAR

“Apreciados socios:

La junta directiva y la gerencia del Club El Nogal completan las instrucciones contenidas en su comunicado del viernes 21 de los corrientes, con las siguientes:

Primera: A partir del 27 de abril de 1999, el Club El Nogal facturará directamente a ustedes, las cuotas de sostenimiento y los consumos que se generen. Ustedes comprenderán que, hasta tanto el club no realice un convenio con la entidad financiera que maneje nuestra operación, los consumos no podrán ser diferidos.

Segunda: En consecuencia, los señores socios se servirán pagar al Banco del Pacífico todos los créditos pendientes hasta dicha facturación, cerrada el 26 de abril último. A partir de ese día, recibirán cuenta directa del Club el Nogal y deberán ser canceladas en las oficinas del club.

Tercera: Los socios podrán, a partir de la fecha, cancelar nuevamente sus consumos en la forma habitual.

Cuarta: El club ya está gestionando con Bancos de primer nivel la celebración de un contrato que sustituya al que fue terminado con el Banco del Pacífico.

Advertimos que el Club el Nogal demandará, por la vía que corresponda, todos los perjuicios que eventualmente llegaren a producirle el cierre del Banco del Pacífico y su posterior liquidación, ordenada por la (*) Superintendencia Bancaria de Colombia. Al respecto, nos permitimos asegurarles que ya se tomaron y se continuarán tomando todas las medidas y providencias que fueran necesarias, encaminadas a reducir y evitar estos perjuicios.

Agradecemos a ustedes su amable comprensión a estas medidas que nos hemos visto en la obligación de tomar ante este lamentable insuceso.

Solicitamos a todos ustedes seguir puntualmente estas instrucciones y confiamos en que no sean mayores las molestias que el hecho comentado pudiere ocasionarles.

Finalmente, queremos reiterarles que, examinada nuevamente la situación del Club el Nogal frente al Banco del Pacífico a la fecha y a la luz de estos hechos, no encontramos motivo razonable para pensar que el club sufrirá perjuicio económico por lo acontecido, por que cortadas las últimas operaciones al momento del cierre de la entidad financiera, el Club el Nogal resulta siendo deudor neto del Banco del Pacífico.

Agradecemos su atención y renovamos nuestra cordial solicitud por el cumplimiento estricto de estas instrucciones

(subrayados fuera de texto).

Muy cordialmente,

LUKE PUJANA ANGOITA

Gerente General

La junta directiva aprobó en forma unánime dicha comunicación”.

— Carta del 24 de mayo de 1999, en la cual, en desarrollo de lo convenido por la junta directiva, en su sesión de la misma fecha, el club se reconoció deudor del banco, mediante manifestaciones del siguiente tenor:

“El Club El Nogal, se reconoce deudor del Banco del Pacífico, por los anticipos recibidos desde el 27 de abril de 1999 hasta el 13 de mayo de 1999, en desarrollo del contrato que teníamos celebrado, por la suma de \$874.559.401.

Igualmente, el club le hace saber que en virtud del incumplimiento del banco a sus obligaciones, se ha visto en la obligación de facturar directamente a sus socios los consumos posteriores al pasado 25 de abril de 1999, fecha de la última facturación de esa entidad.

Cordialmente,

LUKE PUJANA ANGOITA

Gerente General

Copia: (*) Superintendencia Bancaria de Colombia”

— Acta N° 111, correspondiente a la reunión de la junta directiva del club llevada a cabo el 2 de junio de 1999, en la que la gerencia presentó el siguiente informe:

“La Dra. Luke informa a la junta directiva que la operación del club en la última semana ha sido normal, obteniéndose una respuesta muy favorable tanto de socios, proveedores y empleados, comprendiendo claramente las medidas que se han tomado ante la situación del Banco Pacífico.

Durante el mes de mayo se presentó un aumento en los ingresos del 4% con relación al mismo mes del año anterior y se cumplió en un 99% el presupuesto asignado. Respecto de la facturación esta alcanzó la suma de 680 millones de pesos.

Así mismo informó que el corte de facturación a los socios se realizó con fecha mayo 26 y que el club directamente inició la generación de extractos el 28 de mayo. Para esta labor se contó con la experiencia que muy al inicio de las actividades del club se había tenido y se trabajó con turnos de personal que cubrieron 24 horas, con el fin de cumplir a los socios...”.

“La Dra. Luke informa que el mes de junio es fuerte para el club en cuanto a egresos se refiere, pues en materia de nómina se tiene que pagar lo correspondiente al aumento salarial y al pago de las primas legales y extralegales, por tal motivo solicita aprobación para conseguir un préstamo adicional por 400 millones de pesos...”.

— Comunicación del 10 de junio de 1999 enviada por el liquidador del Banco a Payment Technologies, dándole las siguientes instrucciones:

“Solicitamos a ustedes proceder con el cierre de proceso de la tarjeta privada del Club el Nogal. Este cierre deberá incluir los consumos realizados hasta el 13 de mayo de 1999 y los pagos reportados a ustedes hasta el 20 de mayo de 1999 inclusive.

En este cierre los intereses corriente y de mora, que vienen reportados en el archivo de movimiento, deberán ser liquidados hasta el 20 de mayo de 1999”.

— Comunicación del 21 de junio de 1999 dirigida por el doctor Enrique García D., ex vicepresidente del banco, a Payment Technologies, en la que puntualiza lo siguiente:

“Solicitamos a ustedes proceder con el proceso de cierre mensual y la facturación de la tarjeta privada del Club El Nogal correspondiente al mes de mayo. Este cierre deberá realizarse con fecha de facturación **25 de mayo de 1999** y se deberán incluir todos los pagos hasta esta fecha.

La fecha límite de pago deberá ser **28 de junio de 1999**. Los pagos y ajustes serán reportados a ustedes en su totalidad a más tardar en la mañana del 22 de junio de 1999.

Los consumos realizados a partir del 27 de abril deberán tener el siguiente tratamiento:

El Banco del Pacífico contabilizó los consumos hasta el 13 de mayo, estos consumos deberán ser reversados y reportados al Banco de acuerdo con los procedimientos definidos para tal efecto.

Los consumos que ustedes recibieron del Club el Nogal, posteriores al 13 de mayo, deberán ser reversados solo en su sistema y no deben ser reportados a nosotros debido a que los mismos no fueron contabilizados”.

— Acta N° 112 correspondiente a la reunión de la junta directiva del club sostenida el 21 de junio de 1999, en la que se dijo:

“La Dra. Luke informa que en día pasados se reunió con el Doctor Ignacio Copete; liquidador oficial del Banco del Pacífico y con el Doctor Londoño, con el fin de exponer la situación del club frente a dicha entidad financiera. En la mencionada reunión se le expuso al liquidador la posición jurídica del club como deudor del banco y por consiguiente **la posibilidad de aplicar la figura de la compensación**.

Sobre el particular el Doctor Londoño informa que la posición inicial del liquidador es que la compensación pura y simple no es dable en estos casos pero igualmente reconoce que esta se puede dar siempre y cuando no se rompa la igualdad con los demás acreedores, y que esta facultad está claramente establecida dentro de la legislación para ser utilizada por el liquidador. Por tal motivo, es importante aclarar que dicha figura jurídica si está autorizada y por tanto se trabajará sobre ella.

Por otra parte informa que el Doctor Sergio Rodríguez Azuero se está constituyendo como apoderado común de varios acreedores del banco y propone facultar a la gerencia general para que inicie conversaciones con el Doctor Rodríguez con el fin de estudiar la posibilidad de que se constituya en nuestro apoderado. La junta directiva aprueba esta recomendación del Doctor Londoño y solicita a la gerencia informar sobre el resultado de estas conversaciones.

“Respecto de Payment, en su calidad de operador del Banco del Pacífico, la Dra. Luke informa que ya se encuentra claramente definido que la facturación a través de ellos terminó el 27 de abril del presente año, fecha de la última facturación que realizaron durante la vigencia del contrato con el Banco del Pacífico...”.

— Acta N° 113 de la reunión de la junta directiva del Nogal, llevada a cabo el 14 de julio de 1999, donde aparece que la gerente informó que el doctor Rodríguez Azuero asesoraría permanentemente al club, y que se presentaron las reclamaciones del club y del fondo de empleados. “La junta recomendó que se hiciera la propuesta de cancelar en 16 meses la deuda al Banco del Pacífico”.

“En cuanto a la deuda de los socios con el banco, este generó extractos con corte de consumos hasta abril 26 y pagos hasta el mes de junio. Inicialmente, se recibieron múltiples llamadas sobre el porque de dos extractos, uno del banco y otro del club, pero una vez se les explicaba entendían las razones”.

“El banco deberá informarnos después del día 15 de julio el estado de cuenta de los socios...”.

— Acta N° 115 correspondiente a la sesión de la junta directiva del club, realizada el 1° de septiembre de 1999, en la que se presentó un informe de la gerencia, cuyos apartes relevantes indican:

“(…) a) **Banco del Pacífico:** La Dra. Luke informa que de acuerdo con la solicitud de la junta directiva, la gerencia

se reunió con el Doctor Ignacio Copete, liquidador del Banco del Pacífico y presentó una propuesta para cancelar la deuda del Club de \$860 millones en un plazo de 18 meses y a un interés igual al IPC. A esta reunión también asistió el Doctor Enrique García”.

“El Dr. Copete comentó que se encontraba en una difícil situación pues en sus libros no aparecía el Club el Noyal como deudor sino cada uno de los socios del Club, que ya la aparecían en mora y por consiguiente podrían ser reportados”.

“Manifestó que de todas maneras estaba dispuesto a explorar la figura jurídica mediante la cual quedará como deudor el club pero que sería en las mismas condiciones del crédito de consumo que se otorgaba a los socios y que por ningún motivo podrían otorgar los 18 meses de plazo. Comentó el Doctor Londoño a este respecto que el Doctor Copete aún no ha entendido, o no quiere entender que el club ha insistido en una fórmula transaccional para no plantear el legítimo reclamo que le cabe por los enormes perjuicios que sufrió con el incumplimiento del contrato en que incurrió culposamente el Banco del Pacífico”.

“El Doctor Rodríguez está preparando una propuesta fundamentalmente en lo que se refiere a la figura jurídica que permite al club asumir la deuda de sus socios. Así mismo informó la Dra. Luke que con respecto al proceso ante el Banco del Pacífico ya se realizaron los trámites ante el Fogafin con el fin de recibir el pago del seguro”.

— Acta N° 123 que recoge los temas tratados en la reunión de 22 de marzo de 2000 de la junta directiva del club, en la que se analizó la situación con el Banco del Pacífico, así:

“La gerencia informa que la deuda del banco con el club es de \$298.849.542, compuesto por los siguientes items:

Cuentas corrientes y CDAT	\$ 243.322.319
Fondo de empleados	\$ 70.527.223
Pagos Fogafin	\$ 15.000.000
DEUDA TOTAL DEL BANCO	\$ 298.849.542

“Igualmente informa que en relación con la propuesta presentada por el club a dicha entidad bancaria, esta no se ha pronunciado salvo para manifestar que no es dable tal alternativa pues se amparan en la ley que prohíbe la compensación cuando se trata de liquidaciones de entidades financieras. En consecuencia han propuesto la siguiente fórmula de pago con relación a la suma de \$860.688.000 que conforma el valor de la deuda del club para con el Banco a mayo 20 de 1999”.

9. Liquidar los intereses al DTF + 7 hasta marzo 31 del presente año y congelar estos intereses en 18 cuotas mensuales iguales.

10. Iniciar el pago del capital en abril otorgando 18 meses de plazo al DTF + 7

“Sobre el particular el Doctor Londoño considera que la propuesta presentada por el Banco no es aceptable por varias razones: En primer lugar, dicha propuesta no ha tenido en cuenta que con la intervención por parte de la (*) Superintendencia Bancaria a dicha entidad financiera y, por consiguiente, su cierre intempestivo, el contrato que se tenía con dicha entidad fue terminado en forma abrupta causando serios perjuicios al club, no solo de orden patrimonial sino de imagen y costos administrativos, pues todo el capital de trabajo estaba en el banco. Perjuicios que si bien no todos son fáciles de tasar si se hace necesario hacer un recuento de los mismos con el fin de presentarlos a los jueces si es que las cosas llegaran a ese punto de conflicto. De otra parte, la actuación que han tenido los liquidadores en el estudio de la propuesta del club no ha sido responsable ni diligente, en particular en lo que hace referencia a la deuda con el club, en donde no se puede aceptar que no se nos cancelen los intereses correspondientes a la deuda que ellos tienen para con la corporación premiando una negligencia amparada en una ley a todas luces injusta al no permitir la compensación, figura regulada por el Derecho Civil desde siempre, norma que a la fecha se encuentra demandada ante la Corte Constitucional con el fin de que dicho ente se pronuncie sobre la inexecutable de la misma. En consecuencia, considera que la posición de la corporación

deberá consistir en mantener su propuesta tal y como se presentó inicialmente y darles un plazo máximo hasta el próximo 31 de marzo para su respuesta sobre ella”.

“La junta de manera unánime, apoya la posición expuesta por el Doctor Fernando Londoño y solicita a la gerencia enviar las comunicaciones pertinentes al banco (...)”.

“Informe de la junta directiva a la asamblea de socios del club - 2000”

“Comentando el ejercicio terminado el 31 de diciembre de 1999, la junta directiva le informa a sus socios, respecto a la situación financiera del club, entre otras cosas las siguientes:

“(…) Aunque el club aparece con una deuda financiera de 547 millones de pesos, que es un crédito a favor del Banco del Pacífico en liquidación por esa cuantía, terminó con una disponibilidad de efectivo de 852 millones de pesos. Esta aparente inconsecuencia se explica por que no ha sido posible resolver con los liquidadores de aquel banco el estado de nuestra cuenta, puesto que evaden el tema fundamental de los muchos y gravísimos perjuicios que nos causó la institución cuando interrumpió abruptamente sus actividades, congelando nuestros recursos en efectivo y paralizando un contrato sobre el que descansaba nuestra operación administrativa y todo el manejo de tesorería. Creemos estar en camino de una solución razonable a este diferendo, pero sea cual fuere su desenlace final es lo cierto que el Club el Nogal no tiene cargas financieras de ninguna especie y que su situación de caja es óptima”.

“(…) pero pudimos sortear el temporal y sin pausa nos dedicamos a establecer una relación que sustituyera con ventajas la que fue en un momento tan productiva con el Banco del Pacífico. Después de escuchar las propuestas de los muchos intermediarios financieros interesados en servirnos, y los que damos las gracias por su interés y sus ofertas, elegimos la propuesta del Banco del Crédito. Aquí tampoco falló la ley de Murphy (...)”.

— Acta N° 126 correspondiente a la reunión de la junta directiva del club, realizada el 31 de mayo de 2000, en la cual se presentó el informe de la gerencia, en el que se lee:

“La gerencia informó que el Banco del Pacífico había presentado una nueva propuesta para la cancelación de la deuda que tiene el club para con esa entidad y que asciende a \$865.000.000. La propuesta sería el no cobro de intereses de mayo de 1999 a septiembre de 1999 y a partir del mes de octubre se cobrarían intereses al DTF más 6.5.%”.

“El Doctor Fernando Londoño insistió en que esta propuesta no es aceptable y que el banco ha querido desconocer los inmensos perjuicios que causó al club. El club no está pidiendo una rebaja en unas tasas de interés sino exigiéndole al banco del Pacífico que asuma una responsabilidad por los graves perjuicios que le causó al club con la intempestiva e injusta terminación (...)”.

Aparte de la prueba documental que se viene de reseñar, también es pertinente, para el análisis de la materia que nos ocupa, transcribir los apartes relevantes de la declaración de parte rendida por el doctor Ignacio Copete, liquidador del Banco del Pacífico, quien manifestó:

“Dr. Miranda: 8. ¿Diga cómo es cierto, si o no, que durante el año 1999 y el primer semestre del año 2000, el Banco del Pacífico no objetó, prohibió, ni se opuso a través de ninguna comunicación a las gestiones adelantadas por el Club El Nogal para realizar el cobro de la cartera de sus socios correspondiente a los meses de mayo y junio/99?

“SR. COPETE: El Banco del Pacífico en liquidación formalmente no objetó la posición tomada por el Club el Nogal por una sencilla razón porque cuando eso sucedió era un hecho cumplido y lo que nosotros queríamos y buscábamos hacer era simplemente que el Club el Nogal nos entregara el dinero que había recaudado de sus socios y eso lo tuvimos claro todo el tiempo.

Hubo desde junio/99 hasta julio/2000 donde el club nos dice que si recaudaron pero que no podían pagar en ese momento, que había que darles un plazo; durante todo ese año tuvimos negociando con el club, buscando que el club nos pagara lo que ya había recaudado, es decir, formalmente no se utilizó la palabra objetar, lo que sí se le

hizo saber era que el dinero era del banco y por lo tanto debe estar en sus arcas.

(...).

DR. MIRANDA: ¿Diga cómo es cierto, sí o no, que el Banco del Pacífico, no remitió facturación o extractos a los socios del Club El Nogal en relación con los consumos realizados durante el mes de mayo/99?

SR. COPETE: Es cierto, es cierto que no envié facturación, esa fue una decisión que personalmente tomé por razón de que el club ya había ordenado a sus socios pagarlo directamente (CAMBIO CASSETTE)... entonces mientras definíamos cuál era la situación de relación con el club y en aras de no dañar a terceras personas a quienes les iba a llegar un doble cobro, le hubieran pagado al club y el Banco del Pacífico también les hubiera cobrado, yo di la orden de que retuvieran esa facturación mientras definía cuál era la situación del club y qué íbamos a hacer; esa fue una decisión que tomamos muy después de la reunión”.

“DR. MIRANDA: 13: ¿Diga cómo es cierto, sí o no, que el Banco del Pacífico no adelantó ninguna gestión para el cobro de la cartera de los socios del Club El Nogal correspondiente al mes de mayo/99?

SR. COPETE: Efectivamente no, no por la misma razón que mencioné antes, la decisión de no cobrarle a los socios la porción de cartera que el Club El Nogal había pedido que le pagaran directamente, se tomó en aras de no dañar a unos terceros que podrían verse obligados a tener que pagar doblemente sus obligación y lo que hicimos en ese momento, es decirle al Club El Nogal: como usted ya recaudó, deme el dinero y no pasa nada”.

Así las cosas, de los elementos demostrativos así resumidos se sigue, como un dato de hecho cierto, que el Banco del Pacífico le abonó al Club El Nogal los valores correspondientes a los consumos de sus socios hasta el 13 de mayo de 1999, y de otra parte, la gerente del club le comunicó al Banco del Pacífico, mediante escrito enviado el 21 de mayo del citado año, que “por decisión de nuestra junta directiva, estamos impartiendo instrucciones a nuestros socios para que nos paguen las cuentas que aún no hemos cedido a ustedes”.

No obstante esta última aseveración, el club, por decisión unilateral, retrotrajo las labores de facturación, cobro y recaudo, a los consumos realizados a partir del 27 de abril de 1999, lo que significa que volvió a percibir, como el propio club lo ha reconocido expresamente, sumas que ya le había acreditado el banco, en ejecución del convenio que vinculaba a estas dos entidades, vale decir, los montos correspondientes a los consumos de los corporados entre la fecha arriba indicada y el 13 de mayo del mismo año, inclusive.

Dichas sumas que le pertenecían ya al banco y que el club recibió doblemente, ascienden a \$860.668.275.50, valor este que reconoció deber el club y que reembolsó al banco. Dicha cantidad, según lo que aparece en las relaciones 1, 2 y 3 —páginas 11 a 13— del dictamen pericial rendido el 20 de enero de 2003, comprende consumos del período señalado, cuotas de sostenimiento y cuotas de parqueadero. Del mencionado monto bruto, el banco descontó la comisión pactada, que en total ascendía a \$43.033.413.38 y el valor de la retención de \$10.839.049,47, de suerte que procedió a abonar a favor del club la suma neta de \$806.795.804.65, con lo cual hizo suya la totalidad de la cartera del período comprendido entre el 27 de abril y el 13 de mayo de 1999.

De otra parte, para la cabal evaluación de la conducta de las partes —en orden a establecer si el banco conoció oportunamente que el club estaba llevando a cabo labores tendientes a obtener el recaudo de cartera que no le pertenecía, y si en razón del silencio e inacción de aquel (y por tanto por no haberse opuesto a dichas labores ni haber reprobado la gestión del club) podría entenderse que autorizó al convocante a obrar en la forma en que lo hizo, habilitándolo a percibir, por cuenta del Banco la cartera en cuestión— es del caso tener en mente el orden cronológico en que sucedieron ciertos hechos, a saber:

La decisión esencial que en este sentido adoptó el club, fue aprobada por su junta directiva en la sesión del 21 de mayo de 1999, esto es, al día siguiente de la expedición de la Resolución 751 de la (*) Superintendencia Bancaria, en la que se ordenó la toma de posesión para liquidar los bienes, haberes y negocios del Banco del Pacífico S.A. En esta reunión, la junta directiva aprobó el texto de una circular que en la misma fecha fue enviada a los socios, en la que les manifiesta que el contrato con el Banco ha terminado y les informa la manera como en adelante deberán pagar los consumos.

Tres días después, esto es, el 24 de julio de 1999 —cuando aún no se había posesionado el liquidador del banco— se reúne de nuevo la junta directiva del club, ante la cual manifiesta la gerente del mismo, Dra. Luke Pujana, que analizados con el presidente de esa corporación, Dr. Fernando Londoño, los sucesos acontecidos en el Banco del Pacífico, puede concluirse que:

“(…) jurídicamente hablando el club es un deudor neto de dicha entidad, puesto que a la fecha ha recibido de esta la suma de 874 millones, la cual fue abonada al club en calidad de anticipo por virtud del contrato suscrito con ellos, correspondiente a la facturación del mes de mayo. En consecuencia a partir de la fecha y para todos los efectos legales a que haya lugar, el club se declaró deudor del Banco del Pacífico y para ello ya se han iniciado algunas actividades tales como una comunicación enviada al Banco en tal sentido, así como a Payment (…)”.

Agrega que:

“La mencionada posición jurídica será presentada al liquidador oficial del banco con el fin de solicitar una compensación o cruce de cuentas entre las dos entidades, banco y club”.

Para dar desarrollo a la estrategia que viene de describirse, la junta directiva, en la misma reunión del 24 de mayo, aprobó el texto de un comunicado que debía ser enviado de inmediato a los socios del club, en el cual se lee:

“La junta directiva y la gerencia del Club El Nogal completan las instrucciones contenidas en su comunicación del viernes 21 de los corrientes, con las siguientes:

PRIMERA: A partir del 27 de abril de 1999, el Club El Nogal facturará directamente a ustedes, las cuotas de sostenimiento y los consumos que se generen (...).

SEGUNDA: En consecuencia, los señores socios se servirán pagar la Banco del Pacífico todos los créditos pendientes hasta dicha facturación, cerrada el 26 de abril último. A partir de ese día, recibirán cuenta directa del Club El Nogal y deberán ser canceladas en las oficinas del club”.

El mismo día 24 de mayo, en seguimiento de lo aprobado por la junta directiva, la gerente del club le dirigió al banco una comunicación, en la cual le puntualizó lo siguiente:

“El Club El Nogal, se reconoce deudor del Banco del Pacífico, por los anticipos recibidos desde el 27 de abril de 1999 hasta el 13 de mayo de 1999, en desarrollo del contrato que teníamos celebrado, por la suma de \$874.559.401. Igualmente, el club le hace saber que en virtud del incumplimiento del banco a sus obligaciones, se ha visto en la obligación de facturar directamente a sus socios los consumos posteriores al pasado 25 de abril de 1999, fecha de la última facturación de esa entidad”.

Así las cosas, la prueba documental que viene de reseñarse muestra claramente que el Club El Nogal adoptó e implementó la decisión de recaudar cartera que le pertenecía al banco, en el lapso comprendido entre el 21 y el 24 de mayo de 1999. En ese lapso no conversó, ni negoció con el banco la determinación aludida, toda vez que la analizó y debatió internamente, vale decir, unilateralmente, y luego se la dio a conocer al banco, sin preguntar su criterio, ni aguardar su reacción, colocándolo así ante un hecho cumplido, llevado a cabo, según las palabras del club, “en virtud del incumplimiento del banco”.

Para seguir en la relación cronológica, es del caso precisar que durante el aludido período —en el que el club diseñó y puso en marcha la decisión referida— la administración del Banco del Pacífico se encontraba acéfala, en razón de los siguientes eventos:

— El 20 de mayo de 1999, mediante la Resolución 751 de la (*) Superintendencia Bancaria, se dispuso la posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios del Banco del Pacífico, S.A., para su liquidación.

— El 28 de mayo de 1999, a través de la Resolución 12 del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, se designó como liquidador del Banco del Pacífico al Dr. Ignacio E. Copete Saldarriaga.

— El mismo día, 28 de mayo de 1999, tomo posesión de su cargo el liquidador designado.

Es evidente, por tanto, que en el lapso en el que el club analizó, debatió, acogió e implementó su determinación de cobrar y recaudar cartera que le pertenecía al banco, este no contaba con una organización administrativa actuante, ni con representante legal, de suerte que no es posible admitir que en dicho período alguien, de manera explícita o implícita, hubiera, dado su consentimiento, con efectos vinculantes para el Banco, en el sentido de autorizar o facultar al club para que facturara, cobrara y recaudara en su nombre, pero por cuenta del banco.

De acuerdo con lo anterior, en el período mencionado ninguna acción, ni ningún comportamiento omisivo del banco, ni menos su silencio, tenían la virtualidad jurídica de dejar traducir su voluntad en los términos alegados por el convocante.

Así las cosas, el Tribunal considera que le asiste razón al banco, cuyo representante legal (liquidador) señaló en la declaración de parte que rindió, que cuando llegó a desempeñar su cargo, se encontró ante un hecho consumado, razón por la cual era inoficioso poner de manifiesto oposiciones y reprobaciones ya extemporáneas, cuando lo que procedía era exigir al club el reembolso de lo recaudado.

También el Tribunal encuentra de recibo las explicaciones del liquidador cuando afirma que se abstuvo de adelantar gestiones de cobro de la cartera en cuestión a los socios del club “(...) en aras de no dañar a unos terceros que podrían verse obligados a tener que pagar doblemente (...)”.

En efecto, entiende el Tribunal que ante lo que se muestra como un hecho cumplido por determinación unilateral del club, y habiéndose formalmente declarado este último, desde el 24 de mayo de 1999, deudor del banco por la totalidad de la cartera señalada, no solo era inane, sino generador de mayores trastornos, el perseguir a los socios, para que estos cubrieran al banco expensas que el club ya había facturado, cobrado y recaudado. Era sin duda más lógico, abreviado y efectivo, exigirle al club, con base en el convenio y en su reconocimiento explícito de deuda, que le restituyera al banco lo que a este le pertenecía. Dentro de este contexto, entiende el Tribunal la comunicación del banco dirigida el 21 de junio de 1999 a Payment Technologies, en la que le manifiesta:

“Los consumos realizados a partir del 27 de abril deberán tener el siguiente tratamiento:

El Banco del Pacífico contabilizó los consumos hasta el 13 de mayo, estos consumos deberán ser reversados y reportados al banco de acuerdo con los procedimientos definidos para el efecto”.

Lo mismo puede decirse de las comunicaciones del 29 de julio y 10 de agosto de 1999, antes reseñadas, en las cuales el banco manifiesta que la facturación del mes mayo de 1999 la estaba manejando directamente el club.

Por ende, estas manifestaciones del banco se acomodan a una situación de hecho ya consolidada, creada unilateralmente por el club, frente a la cual el liquidador del mencionado establecimiento crediticio opta por el camino menos traumático y más eficiente, como es abstenerse de cobrar nuevamente a los socios y concentrar sus esfuerzos para obtener del club el reembolso correspondiente, actitud que en modo alguno puede tener el alcance de una ratificación tácita de lo decidido y realizado *motu proprio* por el club, sino que es la expresión inequívoca de un mecanismo práctico para afrontar situaciones que se consumaron sin la aquiescencia del banco.

El club por su parte arguye que actuó en beneficio del banco, pues de no haber mediado su intervención para cobrar y recaudar la cartera generada entre el 27 de abril y el 13 de mayo de 1999, la aludida entidad financiera habría seguramente perdido esos dineros, dado que no adelantó ninguna gestión de cobro, aseveración esta que en verdad poca credibilidad merece toda vez que esa acuciosa gestión inspirada, según se dice, en móviles altruistas no tiene respaldo probatorio alguno en los autos. Lo cierto es que según viene exponiéndose, el liquidador se abstuvo justificadamente de perseguir a los socios para no causar mayores trastornos, toda vez que el club reconoció deberle al banco los valores que recaudó sin que le pertenecieran. Pero es del caso puntualizar que, si bien el banco enderezó en adelante todos sus esfuerzos a lograr del club la restitución de lo percibido por este, no es menos cierto que aquel jamás manifestó que liberaba a sus deudores directos —que lo eran los corporados del club— del pago de las obligaciones pendientes.

Para el Tribunal es claro, en este orden de ideas, a partir de la interpretación de los hechos acaecidos y de su secuencia, que el club actuó con dos propósitos esenciales, ambos en su exclusivo y entero beneficio y, si se quiere, en detrimento del banco en liquidación. Por una parte, habiendo quedado congelados —en razón de la toma

de posesión— recursos del club, depositados a la vista y vinculados por plazos en curso (cuentas corrientes, CDT y CDAT), era indispensable que obtuviera sin demora liquidez para su operación cotidiana. De ahí que acudiera a recaudar la cartera más reciente, con la seguridad de que los socios no habían recibido aún la facturación y por lo tanto no la habían pagado al banco.

Es por ello que el club, en la comunicación del 24 de mayo de 1999 que dirigió al Banco, le precisó que “(...) en virtud del incumplimiento del banco a sus obligaciones, (el club) se ha visto en la obligación de facturar directamente a sus socios los consumos posteriores al pasado 25 de abril de 1999 (...)”.

El mismo designio de contar con recursos financieros que le sirvieran como capital de trabajo, llevó al club a manifestar al banco que no podría devolver de inmediato el monto recaudado, por lo que solicitó un plazo de 18 meses para el reembolso, con intereses remuneratorios bajos, equivalentes al IPC (Acta N° 115 de la junta directiva del 1° de septiembre de 1999), es decir, con solo la corrección monetaria, pero sin reconocerle al banco el costo de oportunidad del dinero, oferta que desde luego el liquidador del banco rechazó.

Es cierto que estos intereses bajos constituían un tratamiento de favor que el club entendía como una especie de resarcimiento, al considerar que la terminación del contrato, como consecuencia de la intervención ordenada por la (*) Superintendencia Bancaria, le causó “(...) serios perjuicios al club, no solo de orden patrimonial sino de imagen y costos administrativos, pues todo el capital de trabajo estaba en el Banco (...)”, agregando que “(...) la actuación que han tenido los liquidadores en el estudio de la propuesta del club no ha sido responsable ni diligente, en particular en lo que hace referencia a la deuda con el club, en donde no se puede aceptar que no se nos cancelen los intereses correspondientes a la deuda que ellos tienen para con la corporación (...)” (aportes del Acta N° 123 del la junta directiva del Club El Nogal, celebrada el 22 de marzo de 2000).

La conducta y exigencias del club, aunque explicables desde el punto de vista práctico, dada la urgencia de liquidez que tenía dicha entidad, no pueden ser justificadas en derecho, pues el convocante no podía por sí y ante sí cobrar lo que no era suyo, sin tener facultad para ello, y cuando ya estaba en curso una liquidación administrativa, a la cual debían ingresar imperativamente todos los créditos a favor de la entidad bancaria intervenida. Por tanto, el club irrumpió ilegítimamente en la esfera de derechos del Banco del Pacífico.

Tampoco era de recibo la pretensión del club para que se le reconociera, a modo de indemnización indirecta del menoscabo patrimonial que alega haber sufrido, un plazo de un año y medio, con la sola corrección monetaria, para restituir lo que había inapropiadamente recaudado. Es indudable que un liquidador no podría, sin fórmula de juicio, acceder a resarcimientos como los que se describen, pues ello conllevaría un tratamiento discriminatorio, vale decir, el rompimiento de la *Par Conditio Creditorum*, sobre todo al admitir que la terminación de los contratos —originada en la toma de posesión para liquidar— lleva de suyo el incumplimiento de las obligaciones contraídas por la entidad intervenida, pues este precedente se haría extensivo prácticamente a todos los usuarios, proveedores y demás personas que tuvieran relaciones contractuales en curso con la entidad financiera que entre en liquidación obligatoria.

Igual rechazo merece la insistencia del club respecto de la exigencia de intereses sobre los saldos que tenía en cuenta corriente y en depósitos a término al momento de la toma de posesión y a partir de esta, pues la jurisprudencia relativa a la liquidación de entidades financieras expresamente ha denegado el reconocimiento de réditos en favor de los acreedores de la entidad intervenida ⁽⁷⁾ .

El segundo objetivo perseguido por el club consistía en convertirse en deudor neto del banco, como en efecto lo logró a través del recaudo de la cartera de este último, buscando una posición apropiada de fortaleza para negociar o presionar una compensación entre sus deudas y los créditos que tenía frente al banco. Este propósito es evidente desde un comienzo, por cuanto ya en las primeras actas de la junta directiva de la corporación que dan cuenta de la situación producida por la intervención del banco, y de la estrategia puesta en marcha por el club para afrontarla, se hace referencia a la intención del convocante enderezada a obtener una compensación (Actas de la Junta Directiva N° 110 del 24 de mayo de 1999 y N° 112 del 21 de Junio del mismo año), propósito en el cual nunca cejó, por cuanto a lo largo del período de negociaciones que sostuvieron las partes —cerca de 15 meses, pues el club hizo el reembolso el 18 de agosto de 2000— el demandante siempre insistió en que el liquidador debía acceder a la compensación. Con todo y por sabido se tiene, este medio de extinción de las obligaciones no opera

cuando se hallan en curso los trámites de una liquidación forzosa de una entidad, ya sea esta financiera o de otra naturaleza, pues en este caso debe preservarse estrictamente, como ya se explicó, la *Par Conditio Creditorum*, la cual resultaría menoscabada si los acreedores del establecimiento de crédito intervenido, que al mismo tiempo sean deudores de este, vieran satisfechos sus créditos, por obra de la compensación, antes que los demás acreedores y sin sufrir la eventual pérdida proporcional a que están expuestos todos los titulares de derechos de crédito, en especial los quirografarios.

Es precisamente por el respeto a la igualdad entre acreedores que diversas normas de nuestro ordenamiento —como ocurre igualmente en el derecho comparado— prohíben la compensación en caso de quiebra o liquidación forzosa de quien sea a la vez acreedor y deudor de otra persona (art. 1385 del C. Co.; art. 301, N° 2, del D. 663/93 - EOSF; y el art. 17 de la L. 550/99).

Con apoyo en planteamientos similares a los arriba expuestos, la Corte Constitucional, en la Sala Plena, mediante Sentencia C-403 del 19 de abril de 2001, declaró exequible la disposición del régimen financiero (D. 663/93, art. 301, num. 2°) que prohíbe la compensación, hallándose en curso una liquidación administrativa, al puntualizar:

““Para esta Corte, una compensación anterior al proceso liquidatorio que operase en forma automática y por vía general, resulta constitucionalmente inaceptable, pues, ciertamente, si se permitiera que, en esa hipótesis a través de la compensación, el acreedor de una entidad liquidada recibiera la satisfacción de su crédito, este no entraría al prorrateo a que están sujetos los otros acreedores, y ello constituiría una verdadera injusticia frente a los demás acreedores, quienes sí están obligados a hacerse parte en el proceso concursal, para poder obtener el pago de sus acreencias.

(...).

En efecto, de acuerdo con el principio según el cual el patrimonio del deudor es prenda general para responder de sus obligaciones con los acreedores, se explica el fundamento de la norma acusada.

Ella coloca en pie de igualdad a todos los acreedores quirografarios, de tal suerte que todas sus deudas sean satisfechas en la misma proporción, con el patrimonio del acreedor que se encuentra en un proceso concursal, principio que se conoce como “par conditio creditorum”.

En esas condiciones, es claro que si el actor tacha el numeral 2° del artículo 301 del Decreto 663 de 1993, presuntamente, de desconocer la igualdad de los acreedores, es más bien, a causa de los efectos prácticos que la interpretación aislada de esta norma, ciertamente produce, en la aplicación del literal i) del numeral 9° del artículo 295 ib., cuyo verdadero sentido y significado sufre grave distorsión, si no se le interpreta sistemáticamente con el conjunto de disposiciones que regulan las facultades y los deberes del liquidador, la finalidad del proceso liquidatorio, y en fin, con el trasunto axiológico que informa este proceso, según la regulación que del mismo hace el estatuto orgánico del sistema financiero, pues solo en tal conjunto sistemático es que puede discernirse el verdadero significado que en él adquiere el principio de igualdad de los acreedores (...).”

Es verdad que dentro del proceso de liquidación existe la posibilidad de una compensación facultativa consagrada en el literal i) del numeral nueve del artículo 295 del Estatuto Financiero que de conformidad con los principios del Código Civil incluye dentro de las facultades concedidas al liquidador la posibilidad de compensar, siempre que no se afecte la igualdad de los acreedores de acuerdo con la ley.

A este respecto ha dicho la H. Corte Constitucional en la sentencia antes citada:

“Esta corporación estima necesario recordar que dentro del proceso de liquidación forzosa administrativa el bien jurídico más importante a proteger es el de la igualdad de los acreedores. Antes de la intervención administrativa nada impide que obre la compensación de pleno derecho, e incluso la convencional, si se reúnen los requisitos señalados por el Código Civil, pero una vez intervenida la entidad y sobre todo constituida la masa de liquidación, la posibilidad de una compensación, necesariamente debe quedar limitada a los casos en que el liquidador, respetando la igualdad de los acreedores, pueda proceder a compensar las deudas en que ello sea posible hasta concurrencia de las sumas asignadas dentro de la masa respectiva”.

Por tanto, a través de los dos propósitos descritos, buscados por el Club El Nogal al recaudar cartera del banco, aquel perseguía la satisfacción exclusiva de sus intereses y no los de la convocada. Dichos propósitos, según fue explicado, no pueden tener respaldo ni protección jurídica, pues con ellos se quebrantan normas imperativas. Lo anterior, unido al hecho de que el banco jamás dio su consentimiento para que el club recaudara la cartera de su propiedad, hace que las gestiones adelantadas con este fin por el Club El Nogal no produzcan los efectos que este pretende asignarles en su favor, por no contar con autorización ni facultades para realizarlas.

Puestas en este punto las cosas, con fundamento en los anteriores análisis fáctico y jurídico, el Tribunal procede a estudiar las pretensiones de la demanda que giran en torno al recaudo por parte del Club El Nogal de cartera del Banco, así:

En la pretensión tercera del libelo de la demanda, la parte convocante solicita que se declare que el Banco del Pacífico, “aceptó con actos inequívocos y manifestaciones de voluntad evidentes, la propuesta que le hizo el Club El Nogal para la sustitución de deudor en la cartera que el banco tenía contra los socios del club. Esa sustitución, de otra parte, se propuso y acepto en beneficio de ambas partes”.

En relación con esta pretensión, el Tribunal reitera que cuando el club planeó, debatió, acogió e implementó la determinación de recaudar cartera que le pertenecía al banco, lo hizo de manera absolutamente unilateral, sin formular oferta alguna al convocado y sin solicitarle autorización, pues ni siquiera se le informó previamente. Simplemente se le colocó ante un hecho cumplido, que se consolidó mientras se encontraba acéfala la administración del banco, momento en el cual el club se declaró, por su sola voluntad, deudor del banco.

Posteriormente, tal como se deduce de lo relatado en el Acta N° 115 correspondiente a la sesión de la junta directiva del club, realizada el 1° de septiembre de 1999, el liquidador del Banco del Pacífico contempló la posibilidad de aceptar como deudor al club, sin que jamás hubiera dado su consentimiento a este respecto.

En efecto, en dicha acta se lee que la gerente del club, en desarrollo de lo decidido por la junta directiva, le propuso al liquidador del banco reembolsar la cartera recaudada en un término de 18 meses, con un interés de IPC. Y en cuanto a la reacción del mencionado liquidador se señala lo siguiente en la mencionada acta:

“El Dr. Copete comentó que se encontraba en una difícil situación pues en sus libros no aparecía el Club El Nogal como deudor sino cada uno de los socios del club, que ya le aparecían mora y por consiguiente podrían reportarlos”.

“Manifestó que de todas maneras estaba dispuesto a explorar la figura jurídica mediante la cual quedara como deudor el club pero que sería en las mismas condiciones del crédito de consumo que se otorgaba a los socios y que por ningún motivo podrían otorgar los 18 meses de plazo”.

No hay prueba de que el liquidador hubiera posteriormente otorgado su consentimiento para tener como único deudor al club, liberando a los socios del pago de los consumos efectuados entre abril 27 y mayo 13 de 1999, cartera esta cuya titularidad era exclusivamente del banco.

No se presentaron tampoco, a juicio del Tribunal, “los actos inequívocos” ni “las manifestaciones de voluntad evidentes”, mediante los cuales, según la convocante, el banco habría aceptado la sustitución de deudor. Como ya se puntualizó en apartes anteriores de esta providencia, encontrándose el Banco ante un hecho cumplido y habiéndose declarado el club unilateral y expresamente deudor del convocado, este optó como un mecanismo práctico y efectivo, por dirigir sus esfuerzos de recobro contra el club, quien al recaudar lo que no le pertenecía había incumplido el contrato que lo vinculaba con el banco. De esta manera se evitaban los problemas adicionales que se habrían derivado de un doble cobro a los socios. Pero ha de advertirse que el banco nunca expresó su voluntad de liberar en forma absoluta y definitiva a los socios mientras el club no le reembolsara las sumas que había recibido ilegítimamente.

Por lo demás, es de verse que —dadas las consecuencias que se derivan del cambio de deudor— es menester que el consentimiento que en tal sentido exprese el acreedor sea por completo unívoco y puntual, esto es, que no deje duda alguna acerca de su real intención de entenderse en adelante, y de manera exclusiva, con el nuevo obligado, exonerando en consecuencia al deudor precedente.

Esto es así, por cuanto de esta manera opera la llamada delegación perfecta o novatoria, mediante la cual se extingue la obligación, esto es, la que vinculaba al acreedor con el deudor original, desapareciendo por tanto sus accesorios, garantías y privilegios (C.C., arts. 1699, 1700 y 1701), dando lugar a un vínculo obligatorio nuevo, desprovisto de tales accesorios, garantías y privilegios, en el cual se erige el nuevo deudor como único obligado.

A este respecto, es del caso traer a colación los artículos 1693 y 1694 del Código Civil, los cuales disponen:

Artículo 1693: “Para que haya novación es necesario que lo declaren las partes, o que aparezca indudablemente que su intención ha sido novar, porque la nueva obligación envuelve la extinción de la antigua (...)”.

Artículo 1694: “La sustitución de un nuevo deudor a otro no produce novación, si el acreedor no expresa su voluntad de dar por libre al primitivo deudor. A falta de esta expresión se entenderá que el tercero es solamente diputado por el deudor para hacer el pago, o que dicho tercero se obliga con él solidaria o subsidiariamente, según parezca deducirse del tenor o espíritu del acto”.

La situación que se generó como resultado del recaudo de la cartera del banco que llevó a cabo el club, se ajustaría mejor a la última hipótesis contemplada por el artículo 1694 del Código Civil, es decir, se trataría, más bien, de una delegación imperfecta, en la cual, si bien un tercero se obliga a pagar el crédito (como obligado solidario o como fiador) no por ello queda liberado el deudor original, de suerte que este puede seguir siendo perseguido para la satisfacción del crédito. Por tanto, la delegación imperfecta no produce el cambio de deudor, sino que agrega un obligado adicional que el acreedor puede aceptar o no ⁽⁸⁾ .

Así las cosas, a la luz de lo que lo viene de exponerse el Tribunal considera que el Banco del Pacífico no exteriorizó, ni expresa ni implícitamente, su voluntad en el sentido de autorizar la alegada sustitución de deudor, y por lo tanto no hay lugar a darle despacho favorable a la pretensión en cuya virtud se pide que sea efectuada por los árbitros tal declaración.

La pretensión cuarta de la demanda solicita que se declare “que bien porque implica pago de lo no debido, por vicio del consentimiento del club ante la fuerza ejercida en su contra, o por error de hecho o de derecho (...) es nula la liquidación del crédito que el Banco del Pacífico efectuó contra el Club El Nogal”, por valor de \$1.111.976.059 y que procede la revisión judicial de esta liquidación.

Nótese que lo que se demanda no es la nulidad del pago efectuado por el club, ni de una eventual transacción cristalizada mediante la aceptación, por el club, de la liquidación efectuada por el banco. Lo que se persigue no es dejar sin efecto un negocio jurídico, sino un hecho material, o una operación matemática de liquidación, llevada a cabo, de manera unilateral, por el Banco del Pacífico. Es claro que la declaratoria de nulidad ha de estar dirigida al aniquilamiento de actos jurídicos y no de meros hechos materiales.

Ahora bien, entratándose de actos mercantiles (C. Co., arts. 20 y 21), lo que debía impugnarse, a través de la acción de nulidad, era el pago llevado a cabo por el club a favor del banco, toda vez que, según las voces del artículo 878 del Código mercantil, “cuando el pago constituya un negocio jurídico, será susceptible de impugnación por las mismas causas que los demás negocios jurídicos”.

A este respecto cabe señalar que cuando el pago consiste en dar o en hacer alguna cosa, por regla general, constituye un acto jurídico de la especie de las convenciones, por cuanto presupone un acuerdo de voluntades entre quien paga —el *solvens*— y quien recibe —el *accipiens*—, en el que este último acepta dicho pago y libera al deudor.

Esto significa que si el club accedió al pago presionado indebidamente por el Banco, o si creyó equivocadamente deber los intereses de mora que canceló, en estos supuestos habría de demandarse la nulidad relativa del pago por vicios del consentimiento, vale decir, por fuerza o por error en la causa, esto es, en los móviles determinantes que llevaron al club a reconocer, erradamente, una deuda inexistente por concepto de intereses.

De otra parte, el Tribunal entiende la línea de razonamiento del Club El Nogal en el siguiente sentido: como quiera que alega que el banco lo autorizó implícitamente a recaudar la cartera generada por los consumos efectuados entre el 27 de abril y el 13 de mayo de 1999, ello significa que el club tenía frente al banco una obligación de reembolso

de lo recaudado. Sin embargo, respecto de dicha obligación las partes no estipularon un término para su cumplimiento, ni el acreedor reconvino judicialmente al deudor para constituirlo en mora, de manera que para la fecha en que el club reembolsó lo recaudado, esto es, el 8 de agosto de 2000, no estaba en mora de hacerlo, según lo previsto en el artículo 1608 del Código Civil, lo que significa que no había justificación alguna para exigirle los intereses de mora que por un monto de \$267.114.123.98 liquidó el banco y que el club procedió a pagar bajo protesta de no adeudarlos.

Al respecto el Tribunal considera que, de acuerdo con lo estipulado por las partes en el convenio suscrito por ellas el 26 de noviembre de 1997, los consumos diarios de los socios del club eran pagados a este mediante el mecanismo de la tarjeta de crédito de consumo (cláusula primera) expedida por el banco a favor de los corporados, utilizando al efecto, si así lo querían, el cupo de crédito rotativo que se les otorgaba a través de este mecanismo.

Según el procedimiento convenido, los consumos diarios eran informados al banco, mediante una relación de facturación (cláusula segunda) que le enviaba el club. Pasados dos días hábiles desde el envío de dicha relación, el banco le pagaba al club, por medio de abono en cuenta corriente, la facturación presentada (cláusula tercera), descontada la comisión pactada.

Con este esquema negocial, el club obtenía el pago de su cartera, respecto de la cual dejaba de tener todo interés económico, convirtiéndose el banco en su titular exclusivo, toda vez que era él quien en adelante estaba legitimado para entenderse con los corporados para efectos de la facturación, cobro y recaudo de dicha cartera, lo que puesto en otras palabras quiere significar que al desprenderse de la propiedad de esa cartera —por la plena satisfacción de su derecho de crédito— el club asumía un deber implícito de abstención, consistente en no trastornar, dificultar ni impedir las labores de cobro y recaudo que habría de adelantar su causahabiente, esto es, el banco, adquirente pleno de la cartera.

La mencionada obligación negativa, es decir, de no hacer, subyace tácitamente en diversas relaciones negociales en que una parte transfiere sus derechos en favor de otra, infiriéndose que la primera no debe interferir en el ejercicio de los derechos del nuevo titular. Esto se deduce, entre otras, de las normas sobre cesión de créditos (C.C., arts. 1963 y 1968); cesión de contratos (C. Co., art. 892) y también guarda similitud con las obligaciones a cargo del arrendador, el cual después de haber entregado la cosa objeto del arrendamiento, debe “librar al arrendatario de toda turbación o embarazo en el goce de la cosa arrendada” (C.C., art. 1982, num. 3°).

Este deber implícito de abstención fue infringido por el club, el cual, después de haber recibido del banco el valor de la cartera hasta el 13 de mayo, decidió indebidamente, esto es, sin contar con facultades para ello y sin autorización del nuevo titular de dicha cartera, facturar, cobrar y recaudar lo que ya no era suyo, es decir, el monto de los consumos de sus socios correspondiente al período comprendido entre el 27 de abril y 13 de mayo de 1999.

El incumplimiento de la mencionada obligación negativa colocó al club dentro de la hipótesis prevista por el artículo 1615 del Código Civil, según el cual “se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, o, si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención”. Esto significa que desde cuando el club cobró y recaudó lo que no era suyo, quebrantó el deber de abstención, quedando obligado a restituir de inmediato al Banco los valores percibidos, so pena de indemnizarle los perjuicios.

Los intereses de mora cumplen la función de reparar los perjuicios sufridos por el acreedor, como consecuencia del no cumplimiento oportuno de obligaciones de dar dinero. Por tanto, el club sí estaba obligado a reconocer y pagar intereses de mora, a favor del banco, desde el momento mismo en que recaudó la cartera que le pertenecía a este último.

Lo anterior pone en evidencia que el banco sí estaba legitimado para exigir los intereses de mora y que las presiones que empleó para hacer efectivo su cobro —que en palabras del Club El Nogal, consistieron en amenazas relativas a la instauración de acciones judiciales, tanto civiles como penales— no constituyen a juicio del Tribunal medios ilegítimos, toda vez que la intimidación o la fuerza moral debe implicar una amenaza contraria a derecho en virtud de la cual una persona haya sido determinada a prestar su consentimiento, de manera que este, en principio, no queda viciado cuando se ha empleado una coacción para “hacer cumplir un deber jurídico, realizar un derecho o alcanzar la satisfacción de un deber legítimo” ⁽⁹⁾. En otras palabras, para que la fuerza moral afecte el

consentimiento debe ser injusta, es decir, que no tenga legitimación en el ordenamiento jurídico, por lo que se ha considerado como justo y lícito el ejercicio de acciones judiciales para la eficacia de derechos, de suerte que no se presenta vicio de la voluntad si el deudor contrata bajo la amenaza de que se inicien contra él acciones judiciales. Con todo, el ejercicio de las vías de derecho puede convertirse en fuerza injusta, si es irregular o abusivo⁽¹⁰⁾, lo que no ha sido demostrado en el presente caso.

Con apoyo en lo expuesto, ha de concluirse que el pago de los intereses de mora que realizó el club no se vio afectado por razones de fuerza moral, ni por error de hecho o de derecho, dado que el *solvens* sí estaba obligado a reconocer tales intereses, de manera que tampoco hubo vicio del consentimiento alguno capaz de generar la nulidad impetrada en la pretensión cuarta.

En la petición quinta del libelo de la demanda, la convocante solicita que la deuda que asumió el Club El Nogal para con el Banco del Pacífico, deberá compensarse con las que este último tenía con el club, por los depósitos abiertos en su caja como reciprocidad financiera, agregando que igualmente se debería compensar el valor de los perjuicios sufridos por el club con el incumplimiento del banco a sus operaciones y con las deudas del banco con los trabajadores, que el club tuvo que asumir.

Esta pretensión no habrá de tener acogida por las diversas razones ya expuestas a lo largo de las consideraciones de este laudo, las cuales aquí se reiteran en términos generales, a saber: como ya se indicó, entratándose de la liquidación forzosa de entidades financieras, por principio no es procedente la compensación en razón de la imperiosa preservación de la igualdad entre acreedores; y de otra parte, como ya se ha indicado con el detenimiento debido, el Tribunal ha llegado a la conclusión de que el banco no incumplió las obligaciones a su cargo, de suerte que no hay lugar a condenarlo al pago de los perjuicios cuya compensación con las sumas adeudadas por el club, este persigue en la aludida pretensión quinta, lo que quiere decir, en otras palabras, que por falta de uno de los requisitos que con arreglo a la ley lo hacen operante, el fenómeno compensatorio aducido y los efectos que del mismo se predicen en su beneficio por el club hasta cantidad concurrente, no pueden ser reconocidos.

La pretensión sexta busca que se declare que el Club El Nogal nunca debió interés de mora, de manera que los que el banco liquidó, y la convocante pagó no tienen justificación, demandándose su restitución.

Ha quedado claro, en los apartes precedentes, que el Tribunal considera que el Club El Nogal sí era deudor de los intereses de mora.

Mediante las pretensiones sexta, primera subsidiaria y segunda subsidiaria la parte convocante solicita que se declare que la mora en que incurrió el Club El Nogal para restituirle al Banco del Pacífico, las sumas recaudadas por el o aquel, “no fue la liquidada por el banco y pagada por el club, sino la que resulte probada en el proceso”, así mismo solicita que en subsidio se declare que el banco “cobró intereses moratorios a una tasa indebida (...) y que por consiguiente está obligado a restituir en su totalidad los intereses percibidos”.

A este respecto ha de tenerse en cuenta la respuesta dada por los peritos a la pregunta 5, d) del cuestionario del Club El Nogal, en la cual se indaga acerca de si los intereses de mora exigidos por el Banco se liquidaron de acuerdo con la ley, “o si en uno o más períodos se produjo extralimitación en la suma máxima tolerada, de acuerdo a la (*) Superintendencia Bancaria”, a lo cual respondieron los peritos (pág. 115 de la experticia del 20 de enero de 2003):

“A continuación se presentan en cuadro comparativo de tasas de interés, las aplicadas por el Banco del Pacífico y las de límite interés de USURA. E.A. Según la (*) Superintendencia Bancaria, en donde se aprecia que ninguna de las tasas aplicadas por el Banco del Pacífico, al valor y por los períodos indagados en la pregunta, sobrepasan las tasas límites”.

Así, entonces, el Club El Nogal estaba obligado a pagar intereses de mora y como para este efecto las partes no estipularon una tasa específica, dichos intereses deberían liquidarse a la tasa más alta autorizada, vale decir, una y media veces el interés bancario corriente certificado por la (*) Superintendencia Bancaria (L. 510/99, art. 111), habiéndose demostrado mediante el dictamen pericial, que los topes establecidos por la normatividad vigente no

fueron excedidos por el Banco en ninguno de los períodos que componen su liquidación, de manera que no habrá de accederse a las pretensiones subsidiarias a que se hace referencia, dictamen que por lo demás debe ser acogido no obstante la objeción que contra el mismo formuló la parte convocada, habida cuenta que el defecto denunciado como constitutivo de error grave en punto de sustentar dicha objeción, consistente en que las peritos no tuvieron en cuenta para rendir su dictamen el copioso acervo documental aportado de común acuerdo por ambas partes, no tiene el alcance necesario para infirmar la prueba en cuestión e imponer su rechazo. El cotejo entre la citada experticia y la documentación referenciada, así lo demuestra a plenitud, dándole en últimas la razón a lo resuelto sobre el particular durante el curso de la instancia por el Tribunal en auto proferido con fecha 20 de marzo de 2003 (Acta N° 15, fls. 172 a 174 del cdno. ppal. 2).

En fin, las pretensiones distinguidas como octava y novena principales en el capítulo petitorio del escrito de convocatoria, no están llamadas tampoco a recibir despacho favorable toda vez que aun cuando se formulan en forma autónoma, en su contenido parten del supuesto de que previamente el laudo declare la existencia de una deuda por intereses a cargo del banco y, de otra parte, que se le impongan a este condenas pecuniarias que habrá de satisfacer con reajuste por depreciación monetaria o en su defecto, incrementadas con intereses moratorios liquidados a la máxima tasa legalmente permitida en materia comercial. Ninguno de estos eventos ocurre y por lo tanto, al no prosperar ninguna de las pretensiones principales numeradas del 1 al 7, igual suerte corren las que aquí se examinan.

Síguese de lo expuesto en los apartes precedentes que las defensas planteadas por la institución bancaria convocada en su escrito de contestación a la demanda inicial bajo las denominaciones de inexistencia de incumplimiento, fuerza mayor eximente de indemnización por mora, inexistencia de mora sin incumplimiento previo, terminación del contrato y prohibición de compensación se encuentran fundadas, y conducen a que la totalidad de las pretensiones objeto de dicha demanda deban ser desestimadas en su integridad, circunstancia que por lo demás y en atención a lo dispuesto por el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil releva al Tribunal de efectuar pronunciamiento expreso sobre los argumentos verdaderamente exceptivos hechos valer en el señalado escrito de contestación.

III. La demanda de reconvención y las excepciones contra ella formuladas por la convocante

Entra el Tribunal, a continuación, a resolver sobre la demanda de reconvención presentada por el BANCO DEL PACÍFICO - en liquidación, contestada oportunamente por la parte convocante.

1. Las pretensiones y sus hechos relevantes

Las pretensiones de la demanda de reconvención del banco son estas:

“**Primera.** Que se declare que el Club El Nogal incumplió el convenio celebrado con el Banco del Pacífico, en liquidación ...”.

“**Segunda.** Que como consecuencia del incumplimiento, se condene a El Club El Nogal a pagar a el Banco del Pacífico, en liquidación, todos los perjuicios compensatorios que se le han causado”, y agrega que la condena deberá incluir el pago de las “sumas que el Banco del Pacífico, en liquidación, entregó al club y que no ha podido recobrar a los socios o corporados del Club El Nogal por no haber recibido del club los comprobantes o *vouchers*...”, más intereses de mora sobre esas sumas.

“**Tercera.** Que se declare que El Club El Nogal recaudó indebidamente dineros que eran del Banco del Pacífico de conformidad con el convenio por ellos firmados (sic), originado en anticipos que había recibido del banco, según el convenio, por los consumos y sostenimiento de socios, durante los días comprendidos entre el 27 de abril y el 13 de mayo de 1999”.

“**Cuarta.** Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene al Club El Nogal a pagar al Banco del Pacífico los perjuicios calculados en dinero efectivo que determinen los señores peritos...”.

“**Quinta.** Que se condene en costas y agencias a la Corporación Club El Nogal”.

Si se articulan estas pretensiones con los hechos relevantes, de los cuarenta (40) que contiene la reconvencción, los pretendidos incumplimientos se concretan en estas tres categorías:

a) Un primer incumplimiento estaría constituido por la no entrega por parte del club, al banco, de “los *vouchers* o comprobantes de consumo de sus socios morosos, que se encuentran a su custodia, a pesar de varios e insistentes requerimientos del banco”, tal y como lo expresa el hecho N° 25, circunstancia que se explica y desarrolla en los hechos 26 a 33 de la reconvencción. Estos hechos serían el fundamento de las pretensiones **Primera** (genérica) y **Segunda** (específica).

b) El recaudo por parte del club, a los corporados (socios), de sumas de dinero “que le pertenecían al banco”, tal y como lo expresan los hechos 15 y 16 de la reconvencción, circunstancia fáctica que se reitera o enfatiza en los hechos 19 y 21 *ibidem*. Estos Hechos justificarían las pretensiones **Tercera** y **Cuarta** de la reconvencción.

c) El tercer incumplimiento, según lo que informan los Hechos de la reconvencción, estaría conformado por la pretermisión del club, según el convenio, del “compromiso de disponer de la acción de los deudores morosos, retomar la acción y venderla para cancelar la deuda al banco”, supuesto fáctico al que se refieren los hechos 34 y 35 de la reconvencción. Si estos Hechos resultaren probados y además constitutivos de un incumplimiento contractual, resultarían fundantes de las pretensiones **Primera** y **Segunda**, nuevamente.

2. La conducta desplegada por el club frente a la terminación del convenio

Para decidir sobre el mérito de las pretensiones objeto de la demanda de reconvencción, el Tribunal presenta “los razonamientos... estrictamente necesarios” (CPC, art. 304) para tal propósito, dando por entendido que sobre ellos pesa lo que ya se ha expuesto en páginas anteriores al estudiar la demanda de la corporación convocante.

a) Razonando con apego a las pretensiones, las excepciones y los hechos que la sustentan, la tercera pretensión estaría llamada a prosperar, habida cuenta de que la parte demandada en reconvencción admite ser deudora de esos dineros ⁽¹¹⁾, quedando como tema que debe dilucidar el tribunal si el club hizo ese recaudo en forma indebida, esto es, contraviniendo el contrato (“Convenio Club El Nogal”), asunto que se resuelve en forma positiva como con anterioridad quedó visto puesto que se trataba de dineros que le pertenecían al banco como consecuencia de un crédito rotatorio otorgado para utilizarse por medio de “una tarjeta de crédito de consumo tradicional de uso exclusivo del club, a través de la cual los corporados realizarán los consumos y si así lo decidiesen, utilizarán el cupo de crédito rotativo que el banco le otorgue”, tal y como estaba previsto en la cláusula primera (objeto) del “Convenio Club El Nogal”, y tomando en cuenta que según ese mismo negocio jurídico, su “principio fundamental” era que la cartera que a su amparo se generara era “de propiedad y riesgo de el banco”, como inequívocamente y luego de largas discusiones sobre el particular lo acordaron las partes en la cláusula octava. En otros términos, el banco se convertía en propietario de las sumas de dinero que a su vez debían los socios del club “por los consumos y sostenimiento ... durante los días comprendidos entre el 27 de abril y el 13 de mayo de 1999”, según lo que se demanda en la tercera pretensión.

Lo expuesto resulta suficiente para concluir que el club obró en oposición a claros derechos que “El Convenio” tantas veces citado le otorgaba al banco, y por ello esta Tercera pretensión de la reconvencción prosperará.

b) No ocurrirá lo mismo, sin embargo, con la cuarta pretensión de la reconvencción que está presentada como una consecuencia de la prosperidad de la **Tercera**, y en la que se solicita la condena por el daño que habría ocasionado aquel comportamiento del club, ya que se trata de un **daño inexistente**, circunstancia que releva al Tribunal de más raciocinios o consideraciones, tanto a la luz de lo que dispone el artículo 304 del Código de Procedimiento Civil, como de lo que enseña el actual desarrollo del derecho de daños ⁽¹²⁾.

A modo de síntesis, se sustenta esta conclusión en dos consideraciones básicas cuyo enfoque se centra en la forma que hipotéticamente podría revestir la pretensión indemnizatoria que aspira a obtener el banco, ya sea expresada ella en el pago de intereses moratorios o bien en el reconocimiento compensatorio de otros daños patrimoniales distintos, experimentados como consecuencia de la desorganización operativa que la gestión indebida de recaudo desplegada por el club ocasionó en el desarrollo de las labores de liquidación del banco.

La parte convocante formuló la siguiente pregunta a las señoras peritos bajo el N° 1, letra (h), de su cuestionario:

“Presentarán ... el tratamiento contable que el liquidador del Banco del Pacífico le dio a la cartera de los socios del Club El Nogal, adquirida entre el 27 de abril y el 13 de mayo de 1999.... (e) específicamente... (h) Cuál fue la cuenta final por capital e intereses originados en esa cartera, presentada por el Banco del Pacífico al Club El Nogal y en qué fecha fue cubierta en su totalidad”, cuya respuesta se encuentra en la página 28 del Dictamen pericial de manera suficientemente explicada y discriminada, sentando la siguiente conclusión: “VALOR GIRADO POR EL CLUB EL NOGAL en agosto 9 de 2000 en cheque de gerencia al Banco del Pacífico en Liquidación \$1.111.976.059,24”, que incluye el capital y los intereses moratorios, lo que encuentra pleno respaldo en el texto completo del recibo visible a folio 60 del cuaderno de pruebas 1, y pone de manifiesto que si de exigir el pago adicional de intereses moratorios se trata, la cuarta pretensión bajo examen tiene por fuerza que ser desestimada.

Y lo propio cabe decir en el supuesto del segundo de los conceptos resarcitorios aludidos, toda vez que en los autos no obra prueba ninguna que lleve a los árbitros a aceptar la existencia de daños específicos de la naturaleza indicada y a fijar su significación cuantitativa para efectos de la correspondiente tasación.

c) Otro incumplimiento del convenio por parte del club estaría constituido por la no entrega por parte de este al banco, de “los *vouchers* o comprobantes de consumo de sus socios morosos, que se encuentran a su custodia, a pesar de varios e insistentes requerimientos del banco” (Hecho N° 25 de la reconvención, nuevamente), conducta que podría describirse como la falta de una colaboración útil del club en las gestiones ejecutivas que tendría que adelantar el banco para cobrar a los socios lo que estos, a su vez, le estarían adeudando al banco por créditos derivados de prestaciones vinculadas con el “Convenio Club El Nogal”.

Para despachar este punto el tribunal estima conducentes las siguientes consideraciones:

- Sea lo primero recordar que, tal y como reza la parte final de la Cláusula Octava del “Convenio Club El Nogal” era principio fundamental del mismo “que la cartera que a su amparo se genera(ra) ...(era) de propiedad y riesgo de El Banco”, y que del resto del acervo probatorio se concluye que para proceder ejecutivamente contra los socios del club, el banco dispondría de pagarés suscritos en blanco que completaría en el momento de tener que adelantar el cobro, sin que fuera responsabilidad del club asegurarle al banco la disponibilidad de títulos ejecutivos adecuados para estos efectos.

- Por consiguiente, el daño que pudiera derivarse de aquel pretendido incumplimiento del club tendría como medida —o cantidad simplemente indiciaria— unas sumas de dinero por las que no tenía que responder el club y frente a las cuales el banco asumió el riesgo totalmente, uno de ellos el de su recaudo, sin que exista base contractual alguna para que pudiera concluirse que la tenencia de los “*vouchers* o comprobantes de consumo” de los socios del club fueran documentos necesarios o indispensables para completar los pagarés suscritos en blanco por los socios —ahora morosos— cuando lo cierto es que el sistema de operaciones y servicios a que se refiere el convenio estaba estructurado sobre unos medios electrónicos de captación y transmisión de la información correspondiente, los mismos con los que podía el Banco descontar aquella cartera, comprarla en firme o hacerle anticipos al club (el título jurídico poco importa para estos efectos), de tal manera que los inconvenientes que haya podido tener su cobro son atribuibles de manera principal al propio banco.

- Si se observan los Hechos 6 a 9 de la reconvención, en concordancia con lo que dispone la cláusula cuarta del “Convenio Club El Nogal”, es necesario concluir que la información relevante de estas operaciones y negocios jurídicos crediticios se vertía inmediatamente en bases o medios electrónicos (véase especialmente el Hecho N° 6 de la reconvención), en donde esa información quedaba a disposición del banco en forma inmediata (o “en línea”), razón por la cual no puede el banco pretender, ahora, que los recaudos de los créditos por los que reclama bajo estos Hechos dependían de una información que el club no le ha suministrado todavía. Si se observan los documentos probatorios de la operación original que habría dado lugar a los créditos que no ha podido cobrar el banco, fácilmente se concluye que no están expedidos ni a la orden, ni a nombre del banco ⁽¹³⁾, y que en ellos no existe información que no debiera obrar en los archivos electrónicos que el Banco tenía a disposición y que estaban previstos como parte de la infraestructura necesaria para la ejecución del convenio.

- Bien mirados los hechos de la reconvención, así como la concreta ejecución del convenio (Hecho N° 6 de la reconvención), la inexistente gestión de cobro del banco respecto de los créditos por los que ahora reclama, se debe a que no disponía de los pagarés suscritos en blanco por los socios del club para iniciar las respectivas ejecuciones,

tal y como lo confiesa en los Hechos 27, 33 y 35, de tal manera que la causa directa y eficiente de esa falta de recaudo se debe a su propia conducta.

- Así las cosas, esta concreta pretensión de incumplimiento del banco carece de varios elementos necesarios para que pueda concluirse la responsabilidad del club toda vez que, como se acaba de exponer, no existe título jurídico que lleve al Tribunal a la convicción de encontrarse ante un deber contractual del club, y tampoco existiría relación de causalidad alguna entre una conducta culposa del club (que como se acaba de exponer no existiría) y el daño, elemento cuya existencia no aparece probada puesto que las cuentas que presentaron los peritos de lo único que dan fe es de la cartera morosa de los socios del club al 31 de diciembre del 2001 “sin entrar a calificar por qué no se recibieron esas sumas”, lo que a voces del mismo convenio constituía un riesgo propio del banco (Cfr. Cláusula Octava, *in fine*). En la hipótesis de que hubiera existido un daño se estaría, en todo caso, frente a un daño indirecto, a cuyo resarcimiento no estaría obligado el Club (C.C., art. 1616), puesto que como bien lo tiene establecido la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, para que un perjuicio antijurídico sea susceptible de reparación, tiene que ser cierto y directo.

Por lo expuesto, las pretensiones vinculadas con estos supuestos incumplimientos no pueden prosperar.

d) Avanzando en el análisis y en obediencia del principio de congruencia que consagra el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil corresponde estudiar la imputación que el banco le hace al club en el sentido de no haber retomado las acciones de los deudores morosos, socios del club, para con su producto cancelar o pagar lo que estos socios le adeudaban al banco, efecto para el cual invoca como fuente obligacional la cláusula octava del “Convenio Club El Nogal”, cargo acerca del cual ha de observarse:

- La primera parte de la cláusula octava del convenio no puede interpretarse como pareciera hacerlo el banco en el Hecho N° 13 de la reconvencción, esto es, como si la readquisición transitoria de la cartera morosa de los socios del club fuera una obligación pura y simple de este, cuando lo cierto es que de sus propios términos se deduce que se trataba de una mera opción, o de una condición simplemente potestativa según lo preceptuado en el segundo inciso del artículo 1535 del Código Civil, que daría lugar a una prestación de esa misma naturaleza, inexigible por parte del banco, a menos que el club hubiera ejercido la referida opción.

- Así las cosas, el Tribunal considera que el presupuesto o requisito habilitante para el club y para los concretos efectos de la parte de la cláusula octava del convenio que se invoca (“tomar para sí la acción del socio incumplido y con el producto de su enajenación o traspaso recuperar la deuda morosa”), era que el club hubiera optado por “readquirir transitoriamente la cartera morosa” de ese determinado socio, asunto que según los términos del convenio tantas veces mencionado no constituía una obligación pura y simple sino una potestad que tenía el club y que no ejerció.

Lo expuesto resulta suficiente para que esta pretensión de incumplimiento del “Convenio Club El Nogal” fundada en los hechos concretos que se acaban de analizar, invocados por el Banco en su demanda de reconvencción, tampoco prospere.

e) Finalmente, en su réplica a la contrademanda, la corporación convocante y reconvenida, hace valer en defensa de su posición, argumentos que califica con la denominación de excepciones de falta de causa y transacción, los cuales, en lo que respecta a la pretensión declarativa distinguida en dicho escrito como tercera pretensión principal, no pueden ser acogidos por falta del necesario fundamento. En efecto, con arreglo a derecho y por fuerza de las mismas consideraciones expuestas a todo lo largo de esta providencia, hechas tales consideraciones con el fin de verificar la ocurrencia y la virtualidad de incumplimientos que entre sí se atribuyen las partes convocada y convocante respecto de compromisos contraídos por ellas como consecuencia de la celebración del convenio tantas veces mencionado, queda claro que obedece a un título jurídico merecedor de tutela jurisdiccional efectiva y por lo tanto es justificada desde el punto de vista de su causa, la pretensión deducida por el Banco para que, en sede de reconvencción, se declare que el club recaudó indebidamente dineros pertenecientes al Banco del Pacífico por los consumos y sostenimiento de socios en el lapso comprendido entre el 27 de abril y el 13 de mayo de 1999, declaración que implica el reconocimiento de un estado de cosas respecto del que, además, no se demostró en el proceso, haya tenido lugar con posterioridad al surgimiento de la controversia y entre los interesados, negocio jurídico alguno de fijación con contenido transaccional a cuyos efectos deba estarse el laudo.

IV. Costas

Por cuanto la demanda incoada por la corporación convocante será desestimada en su integridad y, al propio tiempo, la demanda de reconvencción alcanza prosperidad apenas parcial, de conformidad con el artículo 392, numeral 6° del Código de Procedimiento Civil, se condenará a la primera a reembolsar el treinta por ciento (30%) de las costas causadas en favor de la parte convocada y contrademandante, de conformidad con la siguiente liquidación, en la cual se incluirá por concepto de agencias en derecho la suma de veinte millones de pesos (\$ 20.000.000):

- 50% de los gastos y honorarios del Tribunal: \$ 47.500.000
- Honorarios de los peritos a cargo de la convocada: \$6.000.000
- Agencias en derecho: \$ 20.000.000

Total de las costas: \$ 73.500.000

Treinta por ciento (30%) del total de las costas: \$ 22.050.000

C. Decisión

En mérito de las consideraciones que anteceden, el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las diferencias contractuales entre la Corporación Club El Nogal y el Banco del Pacífico S.A. - en liquidación, y habilitado debidamente por dichas partes, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. Desestimar en su totalidad las pretensiones contenidas en la demanda entablada por la Corporación Club El Nogal contra el Banco del Pacífico S.A. – en liquidación.
2. Reconocerle fundamento a la tercera de las pretensiones formuladas en la demanda de reconvencción y por lo tanto, declarar que el Club El Nogal recaudó indebidamente dineros que eran del Banco del Pacífico S.A. – en liquidación, de conformidad con el convenio por dichas entidades firmado, originados tales dineros en anticipos recibidos por el club según el convenio, por los consumos y sostenimiento de socios durante los días comprendidos entre el 27 de abril de 1999 y el 13 de mayo de 1999.
3. Desestimar las pretensiones restantes contenidas en la demanda de reconvencción incoada por el Banco del Pacífico S.A. – en liquidación contra la Corporación Club El Nogal.
4. Rechazar por falta de fundamento las excepciones de falta de causa y transacción formuladas por la parte convocante contra la demanda de reconvencción incoada en su contra.
5. De conformidad con la liquidación efectuada en esta providencia y por las razones expuestas en el capítulo correspondiente, condenar a la convocante a pagarle al Banco del Pacífico S.A. – en liquidación, la suma de veintidós millones cincuenta mil pesos (\$ 22.050.000) equivalente al treinta por ciento (30%) de las costas legalmente reembolsables en que el segundo incurrió.
6. Ordenar que por secretaría se expidan copias auténticas de este laudo arbitral con destino a las partes y que se envíe copia de la misma providencia a la Cámara de Comercio de Bogotá, para sus archivos.
7. En firme esta providencia, protocolícese el expediente por el presidente en una notaría del Círculo de Bogotá, D.C.

Esta providencia queda notificada en audiencia.

Bogotá, D.C. veintiséis (26) de junio de dos mil tres (2003).
