

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
Centro de Conciliación y Arbitraje de la
Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia

LAUDO ARBITRAL

Medellín, 23 de julio de dos mil siete (2007)

En audiencia celebrada el día 23 de julio del año en curso, los señores árbitros Rodrigo Puyo Vasco, Luis Fernando Uribe Restrepo y Francisco Reyes Villamizar, en compañía de la Secretaria del Tribunal, se reúnen con el objeto de proferir el laudo que finaliza el proceso arbitral promovido por Llano Soto y Cía. S. en C. en liquidación y Llanos y Cía. S.C.S. en liquidación contra Solla S.A., Balmoral Overseas Inc. y la Fundación Aurelio Llano Posada (Rad. N° 2006 A 022). La decisión ha sido tomada por unanimidad y en derecho.

CAPÍTULO PRIMERO- ANTECEDENTES

I. CONVOCATORIA E INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL

La Parte Convocante solicitó, mediante apoderado idóneo, la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, el día 13 de julio de 2006, con el fin de dar solución a las controversias suscitadas entre las partes. Junto con la solicitud de convocatoria del Tribunal, el Apoderado de la Parte Convocante presentó la demanda arbitral.

En los estatutos sociales de Solla S.A., escritura pública número 1.199, del 27 de mayo de 1993, de la Notaría 14 de Medellín, se consagró en el capítulo decimocuarto, el siguiente pacto arbitral:

“**Capítulo XIV: Cláusula Compromisoria, Artículo 70:** las diferencias que se presenten entre los accionistas y la sociedad o entre ellos mismos por la calidad de accionistas durante el contrato social, al tiempo de disolverse la compañía o en

el periodo de liquidación, serán sometidas a la decisión obligatoria de un Tribunal de Arbitramento que funcionará en el domicilio social. Los árbitros serán nombrados de común acuerdo y fallarán en derecho. Artículo 71: Los árbitros aplicarán de preferencia los estatutos de la compañía: en subsidio, las leyes colombianas y por último los principios generales de derecho y de justicia universal. Parágrafo: en lo no previsto aquí, el procedimiento para resolver las diferencias citadas se regulará por las normas legales sobre arbitramento”.

El 28 de agosto de 2006 se reunieron las partes convocante y convocada, con el fin de nombrar los árbitros de común acuerdo, tal y como lo ordena la cláusula compromisoria. En dicha reunión, se hizo el nombramiento de los doctores Rodrigo Puyo Vasco, Luis Fernando Uribe Restrepo y Francisco Reyes Villamizar, quienes aceptaron oportunamente el encargo.

II. DILIGENCIAS ARBITRALES

El 21 de septiembre de 2006 se celebró la audiencia de instalación del Tribunal de Arbitramento, se nombró y posesionó como secretaria a la doctora Adriana Vargas Saldarriaga, y se admitió la demanda arbitral.

Dicha demanda fue reformada el 1 de noviembre del 2006 y posteriormente contestada por cada una de las personas jurídicas que integran la Parte Convocada. Las sociedades convocadas Solla S.A. y Balmoral Overseas Inc. propusieron excepciones de mérito, de las que se corrió traslado a la Parte Convocante, quien se opuso a su acogimiento.

Trabada la *litis* del presente proceso, el 14 de diciembre de 2006 se celebró la audiencia de conciliación, conforme a lo previsto en el artículo 144 del Decreto 1818 de 1998, sin que las partes hubiesen llegado a acuerdo conciliatorio alguno. En dicha audiencia se fijaron los honorarios y gastos de administración del Tribunal Arbitral, los cuales fueron consignados oportunamente por las partes.

El Tribunal asumió competencia para conocer y dirimir las controversias que se le sometieron, el 25 de enero de 2007, dentro de la primera audiencia de trámite, en donde se decretaron todas las pruebas solicitadas por las partes. Dichas pruebas

fueron evacuadas en seis sesiones (actas 4-9), finalizando la instrucción del proceso el 5 de julio de 2006, cumpliéndose con la audiencia de alegatos el 13 de julio del mismo año.

El Tribunal de Arbitramento se encuentra dentro del término hábil para dictar el laudo, toda vez que la primera audiencia de trámite se realizó el 25 de enero del año en curso, pero el proceso estuvo suspendido desde el 28 de marzo hasta el 18 de abril de 2007. De esta manera, los seis meses que otorga la ley para proferir el laudo se cumplirían el 16 de agosto del año en curso.

III. HECHOS DE LA DEMANDA

Entre los hechos fundamentales más importantes enunciados en el escrito de demanda, se relacionan los siguientes:

- “8. El jueves 18 de marzo de 1993, a las 10:00 a.m., se reunió la asamblea de accionistas de la sociedad SOLLA S.A., de lo que da fe el acta No. 38 de la sociedad”.
- “11. En la asamblea de accionistas de SOLLA S.A. del 18 de marzo de 1993 (acta No. 38) fue elegida la siguiente Junta Directiva:

Principales

Jairo Escobar P.
Luis Alfonso Correa A.
Oscar Mejía A.
Ángela María Llano de C.
Gabriel Restrepo S.

Suplentes

Mónica María Llano S.
Jorge Alonso Pérez M.
Luciano Elejalde J.
José Ignacio Llano S.
Alberto Mesa Z.

- “12. La doctora Ángela María Llano de Correa, elegida miembro de la Junta Directiva de SOLLA S.A. el 18 de marzo de 1993, es pariente en segundo grado de afinidad de Luis Alfonso Correa Álvarez, toda vez que éste es hermano de Javier Alberto Correa Álvarez, cónyuge de Ángela María Llano de Correa.

- “16. El 11 de agosto de 1993, el doctor Jaime ISAZA RESTREPO en calidad de Director Ejecutivo de “la FUNDACIÓN DE FOMENTO AGROPECUARIO EL BUEN PASTOR” ofreció en venta doscientas sesenta y siete (267) acciones de SOLLA a un precio de ochocientos diez pesos (\$810,00) por acción, en escrito dirigido al representante legal de SOLLA S.A.”
- “21. El 27 de agosto de 1993 se reunió la Junta Directiva de SOLLA S.A. (Acta No. 243) y luego de conocer la oferta de venta de las 267 acciones de dicha compañía por parte de la Fundación de Fomento Agropecuario BUEN PASTOR, acordó lo siguiente:

‘...la Junta decide que no está interesada en adquirirlas y por lo tanto, deben ser ofrecidas a los accionistas de la sociedad, obrando de conformidad con lo estipulado en el artículo 12º. de los estatutos.’”

- “33. El 15 de marzo de 1994 se reunió la asamblea de accionistas de la sociedad SOLLA S.A., como se evidencia en el acta No. 39 de la misma. A dicha reunión asistieron la totalidad de los accionistas representados por las siguientes personas, según la señalada acta...”
- “34. En la asamblea de SOLLA del 15 de marzo de 1994, el señor Jairo UPEGUI HENAO representó las acciones de BALMORAL OVERSEAS INC., mediante poder de fecha 25 de febrero de 1994 que a él otorgó LUCIANO ELEJALDE, quien dijo actuar como apoderado general de BALMORAL, sin que acreditara tal condición.”
- “40. Mediante memorando del 12 de mayo de 1994, dirigido al Dr. AURELIO LLANO POSADA y suscrito por DIEGO MEJÍA A., para aquella fecha Gerente Financiero de SOLLA, y haciendo referencia a una conversación del día anterior, el doctor Mejía Arbeláez hace un recuento de los pasos a seguir para la “compra por parte de BALMORAL de las acciones que actualmente nuestra empresa posee readquiridas (12.266.217)”.

- “41. En el memorando a que se refiere el hecho anterior, elaborado **casi dos meses después de realizada la asamblea** de SOLLA del 15 de marzo de 1994, se lee lo siguiente:

‘1.- Es necesario en Asamblea General de Accionistas renunciar al derecho de preferencia consagrado en los Estatutos a favor de Balmoral Overseas Inc, para que esta Compañía pueda adquirir la totalidad de las acciones. Es aún posible aprovechar la realizada en el mes de marzo para insertar esta proposición. Copia de un posible borrador de proposición se adjunta a este memorando”. (Subraya del original)

- “44. El acta No. 39 de la “asamblea de accionistas” de SOLLA no fue suscrita por el Presidente de la reunión.”
- “48. Siguiendo la “prudente” recomendación del memorando del 12 de mayo de 1994, se escribió en el acta No. 431, correspondiente a la “sesión” del día 9 de mayo de 1994 de la Junta Directiva de la sociedad SOLLA S.A., que dicho órgano “aprobó” el siguiente reglamento de colocación de las 12.266.217 acciones readquiridas...”
- “49. A la “reunión” de la Junta Directiva de SOLLA del 9 de mayo de 1994 (Acta No. 431), asistieron los siguientes directores principales, designados por la asamblea del 15 de marzo de 1994 (Acta No.39):

Principales

Luis Alfonso Correa A.

Oscar Mejía A.

Ángela María Llano de C.

Germán Llano S.

Juan Emilio Posada

“La doctora Ángela María Llano de Correa, es pariente en el segundo grado de afinidad de Luis Alfonso Correa Álvarez, toda vez que éste es hermano de Javier Alberto Correa Álvarez, cónyuge de Ángela María Llano de Correa.

“Asimismo la doctora Ángela María Llano de Correa, es pariente en el segundo grado de consanguinidad de Carlos Germán Llano Soto, de quien es su hermano de sangre.”

- “72. En asamblea extraordinaria de accionistas de Solla S.A. del 24 de noviembre de 1995 se “aprobó” una reforma de estatutos consistente en el aumento del capital autorizado e igualmente se dispuso la emisión de veinte millones (20.000.000) de acciones de la reserva al valor nominal de diez pesos (\$10,00) cada una.
- “73. El 1º. de diciembre de 1995 se “reunió” la Junta Directiva de Solla con la presencia de los siguientes miembros principales, según consta en el Acta No. 454:

Principales

Luis Alfonso Correa A.
Ángela María Llano de C.
Germán Llano S.
Oscar Mejía A.
Álvaro Isaza

“La doctora Ángela María Llano de Correa, es pariente en el segundo grado de afinidad de Luis Alfonso Correa Álvarez, toda vez que éste es hermano de Javier Alberto Correa Álvarez, cónyuge de Ángela María Llano de Correa.

“Asimismo la doctora Ángela María Llano de Correa, es pariente en el segundo grado de consanguinidad de Carlos Germán Llano Soto, de quien es su hermano de sangre.

- “74. En la “reunión” de la Junta Directiva de Solla S.A. del 1º. de diciembre de 1995, como consta en el acta No. 454, se “aprobó” un reglamento de colocación de veinte millones (20.000.000) de acciones de un valor nominal de 10 pesos cada una. El precio al que fueron ofrecidas las acciones fue de diez pesos (\$10, 00) cada una.”

- "96. El 21 de marzo de 2002 se reunió la asamblea de accionistas de SOLLA S.A., como consta en el acta No. 53. So pretexto de "estar preparados para asumir eventuales retos empresariales que se podrían concretar en la realización de nuevas inversiones, la creación de nuevas fuentes de trabajo y la implementación de nuevas tecnologías", el doctor SERGIO LLANO URIBE - el mismo autor del memorando del 4 de febrero de 2002-, sugirió a la asamblea una emisión de 11.204.260 de acciones en reserva, al valor intrínseco que él mismo sugirió en dicho memorando de \$1.120 por acción."

IV. PRETENSIONES

Se ocupa ahora el Tribunal de transcribir las pretensiones de la Parte Convocante en su escrito de demanda, respecto de las cuales habrá de pronunciarse el Tribunal de conformidad con lo probado a través del proceso.

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

"Que la enajenación total o parcial de doscientas sesenta y siete (267) acciones de SOLLA S.A., por parte de la FUNDACIÓN AURELIO LLANO POSADA (antes FUNDACIÓN DE FOMENTO AGROPECUARIO BUEN PASTOR) a favor de BALMORAL, registrada en el libro de registro de accionistas el 7 de octubre de 1.993, se llevó a cabo sin sujeción a los requisitos legales y estatutarios vigentes en la época y, por lo tanto, se incumplió el contrato de sociedad suscrito entre las partes.

Que, como consecuencia del incumplimiento a que alude la presente pretensión, se ordene:

- a) Resolver la venta de las doscientas sesenta y siete (267) acciones de SOLLA S.A., celebrada por parte de la FUNDACIÓN AURELIO LLANO POSADA (antes FUNDACIÓN DE FOMENTO AGROPECUARIO BUEN PASTOR) a favor de BALMORAL y registrada en el libro de registro de accionistas el 7 de octubre de 1.993, ó –en subsidio- resolver la venta del número de acciones que

le correspondían a LLANOS Y CIA S.C.S. y LLANO SOTO Y CIA S. EN C. según el derecho de preferencia, en la enajenación de las doscientas sesenta y siete (267) acciones de SOLLA S.A., celebrada por parte de la FUNDACIÓN AURELIO LLANO POSADA (antes FUNDACIÓN DE FOMENTO AGROPECUARIO BUEN PASTOR) a favor de BALMORAL y registrada en el libro de registro de accionistas el 7 de octubre de 1.993

b) Cancelar en los libros de registro de accionistas de SOLLA S.A. la enajenación de las acciones vendidas por la FUNDACIÓN AURELIO LLANO POSADA (antes FUNDACIÓN DE FOMENTO AGROPECUARIO BUEN PASTOR), cuya resolución disponga el en su escrito de demanda, respecto de las cuales habrá de pronunciarse el Tribunal de conformidad con lo probado a través del proceso.

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

cumplir el contrato de sociedad, en especial el artículo 12 de los estatutos, por virtud del cual todos los accionistas podrán adquirir las acciones ofrecidas en venta por un accionista, a prorrata de su participación en el capital social de SOLLA S.A. y con sujeción a los requisitos allí previstos.

d) Cancelar en los libros de registro de accionistas de SOLLA S.A. las acciones que a la fecha del laudo tenga inscritas la sociedad BALMORAL, según corresponda.

e) A BALMORAL OVERSEAS INC. restituir a SOLLA S.A. los dividendos ordinarios y extraordinarios que haya recibido por las acciones que deberá restituir, desde la fecha en que se hayan registrado en el libro de registro de accionistas de SOLLA S.A., hasta la fecha del laudo.

f) Pagar los dividendos que a los Demandantes corresponda en las utilidades de SOLLA S.A. con arreglo a su participación efectiva producto de la restitución ordenada en desarrollo de las pretensiones

anteriores, que se hubiesen causado a partir de la transferencia de las 267 acciones, hasta cuando se cumpla el laudo respectivo.

g) Las demás restituciones entre las partes entre sí y entre los mismos Demandados, que resulten pertinentes, en orden a que las cosas vuelvan cabalmente a su estado anterior.

Las restituciones que se ordenen a cargo de BALMORAL OVERSEAS INC., podrán compensarse parcialmente por el Tribunal de Arbitramento en las sumas que éste pueda determinar a cargo de SOLLA S.A. y a favor de BALMORAL, como restituciones correlativas a su favor.”

Primera Pretensión Subsidiaria de la Primera Principal

“Que se declare la NULIDAD ABSOLUTA de la enajenación de doscientas sesenta y siete (267) acciones de SOLLA S.A., por parte de la FUNDACIÓN AURELIO LLANO POSADA (antes FUNDACIÓN DE FOMENTO AGROPECUARIO BUEN PASTOR) a favor de BALMORAL, registrada en el libro de registro de accionistas el 7 de octubre de 1.993, y como consecuencia de ello se ordenen las restituciones entre las partes a que haya lugar, en orden a que las cosas vuelvan cabalmente a su estado anterior.”

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

“Que como consecuencia de la INEXISTENCIA de una decisión de la asamblea de accionistas de Solla S.A. para aprobar la colocación de 12.266.217 acciones readquiridas sin sujeción al derecho de preferencia, en el año 1994, se declare que se incumplió el contrato de sociedad y/ó se ordene lo siguiente:

a) A BALMORAL OVERSEAS INC. restituir a SOLLA S.A. las 12.266.217 acciones readquiridas, que “suscribió” sin sujeción al derecho de

preferencia el día 29 de agosto de 1.994, fecha en que se registró la operación en el libro de registro de accionistas.

b) A SOLLA S.A. a cumplir el contrato de sociedad, en especial el artículo 22 de los estatutos sociales y demás disposiciones pertinentes, por virtud de los cuales todos los accionistas podrán suscribir las 12.266.217 acciones propias readquiridas y las nuevas emisiones de acciones, a prorrata de su participación en el capital suscrito y pagado de SOLLA S.A.

c) Cancelar en los libros de registro de accionistas de SOLLA S.A. la inscripción a favor de BALMORAL, de las 12.266.217 acciones readquiridas, que fueron adquiridas el día 29 de agosto de 1994, sin sujeción al derecho de preferencia, por parte de BALMORAL OVERSEAS INC., así como las demás acciones que ésta haya adquirido consecuentemente como resultado de calidad de accionista que le habría otorgado la adquisición de las 12.266.217 acciones, según se pruebe en el presente proceso.

d) A BALMORAL OVERSEAS INC. a restituir a SOLLA S.A. los dividendos ordinarios y extraordinarios que haya recibido por concepto de las acciones que deberá restituir.

e) A SOLLA S.A. pagar los dividendos que a los Demandantes corresponda en las utilidades de dicha sociedad, con arreglo a su participación efectiva producto de la restitución ordenada en desarrollo de las pretensiones anteriores, que se hubiesen causado a partir del ejercicio de 1994, hasta cuando se cumpla el laudo respectivo.

f) Las restituciones recíprocas entre SOLLA S.A. y BALMORAL producto de las suscripciones de acciones que se hayan efectuado con posterioridad al año 1994, producto del derecho de suscripción preferente que SOLLA S.A. reconoció a BALMORAL por virtud de las 12.266.217 de acciones que éste deberá restituir.

g) A SOLLA S.A. ofrecer las acciones que corresponderían a los Demandantes en las colocaciones de acciones efectuadas con posterioridad al año 1994, teniendo en cuenta la proporción que a los mismos corresponda con sujeción al derecho de preferencia previsto en el contrato de sociedad respecto de toda colocación de acciones.

h) Las demás restituciones entre las partes entre sí y entre los mismos Demandados, que resulten pertinentes, en orden a que las cosas vuelvan cabalmente a su estado anterior.

Las restituciones que se ordenen a cargo de BALMORAL OVERSEAS INC., podrán compensarse parcialmente por el Tribunal de Arbitramento en las sumas que éste pueda determinar a cargo de SOLLA S.A. y a favor de BALMORAL, como restituciones correlativas a su favor”.

Primera Pretensión Subsidiaria de la Segunda Principal:

“Que como consecuencia de la INEFICACIA de la decisión de la asamblea de accionistas de SOLLA S.A. adoptada el 15 de marzo de 1994, según consta en el acta No. 39, consistente en aprobar la colocación de 12.266.217 acciones readquiridas sin sujeción al derecho de preferencia, ineficacia que deberá reconocer expresamente el H. Tribunal, se declare que se incumplió el contrato de sociedad y/ó se ordene lo siguiente:

a) A BALMORAL OVERSEAS INC. restituir a SOLLA S.A. las 12.266.217 acciones readquiridas, que “suscribió” sin sujeción al derecho de preferencia el día 29 de agosto de 1.994, fecha en que se registró la operación en el libro de registro de accionistas.

b) A SOLLA S.A. a cumplir el contrato de sociedad. en especial el artículo 22 de los estatutos sociales y demás disposiciones pertinentes, por virtud de los cuales todos los accionistas podrán suscribir las 12.266.217 acciones propias readquiridas y las nuevas emisiones de acciones, a prorrata de su participación en el capital suscrito y pagado de SOLLA S.A..

- c) Cancelar en los libros de registro de accionistas de SOLLA S.A. la inscripción a favor de BALMORAL, de las 12.266.217 acciones readquiridas, que fueron adquiridas el día 29 de agosto de 1994, sin sujeción al derecho de preferencia, por parte de BALMORAL OVERSEAS INC., así como las demás acciones que ésta haya adquirido consecencialmente como resultado de calidad de accionista que le habría otorgado la adquisición de las 12.266.217 acciones, según se pruebe en el presente proceso.
- d) A BALMORAL OVERSEAS INC. a restituir a SOLLA S.A. los dividendos ordinarios y extraordinarios que haya recibido por concepto de las acciones que deberá restituir.
- e) A SOLLA S.A. pagar los dividendos que a los Demandantes corresponda en las utilidades de dicha sociedad, con arreglo a su participación efectiva producto de la restitución ordenada en desarrollo de las pretensiones anteriores, que se hubiesen causado a partir del ejercicio de 1994, hasta cuando se cumpla el laudo respectivo.
- f) Las restituciones recíprocas entre SOLLA S.A. y BALMORAL producto de las suscripciones de acciones que se hayan efectuado con posterioridad al año de 1994, producto del derecho de suscripción preferente que SOLLA S.A. reconoció a BALMORAL por virtud de las 12.266.217 de acciones que éste deberá restituir.
- g) A SOLLA S.A. ofrecer las acciones que corresponderían a los Demandantes en las colocaciones de acciones efectuadas con posterioridad al año 1994, teniendo en cuenta la proporción que a los mismos corresponda con sujeción al derecho de preferencia previsto en el contrato de sociedad respecto de toda colocación de acciones.
- h) Las demás restituciones entre las partes entre sí y entre los mismos Demandados, que resulten pertinentes, en orden a que las cosas vuelvan cabalmente a su estado anterior.

Las restituciones que se ordenen a cargo de BALMORAL OVERSEAS INC., podrán compensarse parcialmente por el Tribunal de Arbitramento en las sumas que éste pueda determinar a cargo de SOLLA S.A. y a favor de BALMORAL, como restituciones correlativas a su favor.”

Segunda Pretensión Subsidiaria De La Segunda Principal:

“Que el Tribunal declare que no se perfeccionó la colocación de 12.266.217 acciones readquiridas de SOLLA S.A., por parte de BALMORAL OVERSEAS INC., registrada en el libro de accionistas de SOLLA S.A. el 29 de agosto de 1.994.”

Tercera pretensión subsidiaria de la segunda principal:

“Que el Tribunal declare que la colocación de 12.266.217 acciones readquiridas de SOLLA S.A., se efectuó sin que previamente se aprobara el reglamento correspondiente por la Junta Directiva de SOLLA.”

Cuarta pretensión subsidiaria de la segunda principal:

“Que como consecuencia de la colocación de 12.266.217 acciones readquiridas de SOLLA S.A. sin sujeción al derecho de preferencia, efectuada el 29 de agosto de 1994, a favor de BALMORAL OVERSEAS INC., el Tribunal declare que se incumplió el contrato de sociedad suscrito entre las partes.”

Quinta pretensión subsidiaria de la segunda principal:

“Que, el Tribunal declare que el voto emitido por el señor AURELIO LLANO POSADA en la asamblea de accionistas de SOLLA S.A., efectuada el 15 de marzo de 1994 (acta No. 39), en el sentido de autorizar la colocación de 12.266.217 acciones readquiridas sin sujeción al derecho de preferencia, es inoponible frente a LLANOS Y CIA S.C.S. y LLANO SOTO Y CIA S. en C.

Sexta pretensión subsidiaria de la segunda principal:

“Que se declare la NULIDAD ABSOLUTA por causa ilícita de la adquisición de 12.266.217 acciones de la sociedad SOLLA S.A. que realizó BALMORAL OVERSEAS INC. el día 29 de agosto de 1994.”

Consecuenciales comunes a la segunda, tercera, cuarta, quinta y sexta pretensiones subsidiarias de la segunda principal:

“Que como consecuencia de la declaratoria de cualquiera de las pretensiones subsidiarias anteriores de la segunda pretensión principal, el Tribunal ordene:

- a) A BALMORAL OVERSEAS INC. restituir a SOLLA S.A. las acciones que como consecuencia de la colocación de 12.266.217 acciones readquiridas por la propia sociedad emisora, adquirió el día 29 de agosto de 1994.
- b) A SOLLA S.A. a cumplir el contrato de sociedad, en especial el artículo 22 de los estatutos sociales y demás disposiciones pertinentes, por virtud de los cuales todos los accionistas podrán suscribir las 12.266.217 acciones propias readquiridas y las nuevas emisiones de acciones, a prorrata de su participación en el capital suscrito y pagado de SOLLA S.A..
- c) Cancelar en los libros de registro de accionistas de SOLLA S.A. la inscripción a favor de BALMORAL, de las 12.266.217 acciones readquiridas, que fueron adquiridas el día 29 de agosto de 1994, por parte de BALMORAL OVERSEAS INC., así como las demás acciones que ésta haya adquirido consecuentemente como resultado de calidad de accionista que le habría otorgado la adquisición de las 12.266.217 acciones, según se pruebe en el presente proceso.
- d) A BALMORAL OVERSEAS INC. a restituir a SOLLA S.A. los dividendos ordinarios y extraordinarios que haya recibido por concepto de las acciones que deberá restituir.

e) A SOLLA S.A. pagar los dividendos que a los Demandantes corresponda en las utilidades de dicha sociedad, con arreglo a su participación efectiva producto de la restitución ordenada en desarrollo de las pretensiones anteriores, que se hubiesen causado a partir del ejercicio de 1994, hasta cuando se cumpla el laudo respectivo.

f) Las restituciones recíprocas entre SOLLA S.A. y BALMORAL OVERSEAS INC. producto de las suscripciones de acciones que se hayan efectuado con posterioridad al año de 1994, producto del derecho de suscripción preferente que SOLLA S.A. reconoció a BALMORAL por virtud de las 12.266.217 de acciones que éste deberá restituir.

g) A SOLLA S.A. ofrecer las acciones que corresponderían a los Demandantes en las colocaciones de acciones efectuadas con posterioridad al año 1994, teniendo en cuenta la proporción que a los mismos corresponda con sujeción al derecho de preferencia previsto en el contrato de sociedad respecto de toda colocación de acciones.

h) Las demás restituciones entre las partes entre sí y entre los mismos Demandados, que resulten pertinentes, en orden a que las cosas vuelvan cabalmente a su estado anterior.

Las restituciones que se ordenen a cargo de BALMORAL OVERSEAS INC., podrán compensarse parcialmente por el Tribunal de Arbitramento en las sumas que éste pueda determinar a cargo de SOLLA S.A. y a favor de BALMORAL, como restituciones correlativas a su favor.”

TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

“Que se declare que con ocasión de las colocaciones de acciones de SOLLA efectuadas a raíz de los reglamentos de suscripción cuyas aprobaciones fueron efectuadas por la Junta Directiva el 1º. de diciembre de 1995 y/o el 22 de marzo de 2002, que fueron suscritas por BALMORAL OVERSEAS INC., se incumplió el contrato de sociedad de SOLLA.

Que, como consecuencia del incumplimiento a que alude la presente pretensión, se ordene:

- a) Resolver las suscripciones de acciones efectuadas por BALMORAL OVERSEAS INC. respecto de las cuales se haya incumplido el contrato de sociedad de SOLLA S.A.
- b) A BALMORAL OVERSEAS INC. restituir a SOLLA S.A. las acciones suscritas respecto de los cuales se haya incumplido el contrato de sociedad de SOLLA S.A.
- c) Cancelar en los libros de registro de accionistas de SOLLA S.A. las acciones emitidas y entregadas a BALMORAL OVERSEAS INC. con ocasión de las suscripciones de acciones respecto de los cuales se haya incumplido el contrato de sociedad de SOLLA S.A. así como las demás acciones que BALMORAL haya adquirido consecucionalmente como resultado de la calidad de accionista que le hubiere otorgado la adquisición de las acciones indebidamente suscritas, según se pruebe en el presente proceso.
- d) A BALMORAL OVERSEAS INC. a restituir a SOLLA S.A. los dividendos ordinarios y extraordinarios que haya recibido por concepto de las acciones que deberá restituir.
- e) A SOLLA S.A. pagar los dividendos que a los Demandantes corresponda en las utilidades de dicha sociedad, con arreglo a su participación efectiva producto de la restitución ordenada en desarrollo de las pretensiones anteriores, que se hubiesen causado hasta cuando se cumpla el laudo respectivo.
- f) Las restituciones recíprocas entre SOLLA S.A. y BALMORAL producto de las suscripciones de acciones llevadas a cabo con violación del contrato social.

g) A SOLLA S.A. ofrecer las acciones que corresponderían a los Demandantes en las colocaciones de acciones que se efectuaron sin observancia del contrato de sociedad.

h) Las demás restituciones entre las partes entre sí y entre los mismos Demandados, que resulten pertinentes, en orden a que las cosas vuelvan cabalmente a su estado anterior.

Las restituciones que se ordenen a cargo de BALMORAL OVERSEAS INC., podrán compensarse parcialmente por el Tribunal de Arbitramento en las sumas que éste pueda determinar a cargo de SOLLA S.A. y a favor de BALMORAL, como restituciones correlativas a su favor”.

Pretensión complementaria común a cualquiera de las anteriores que sea acogida

“Que sobre los montos de cualquiera de las condenas que imponga el Tribunal, se condene a pagar a Los Demandados los correspondientes intereses moratorios capitalizados liquidados hasta el momento en que el pago se verifique efectivamente y que todas las condenas se actualicen hasta el momento en que el pago se verifique efectivamente.”

V. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA Y EXCEPCIONES DE MÉRITO

A la demanda reformulada por la Parte Convocante del arbitramento dieron respuesta cada una de las personas jurídicas que integran la Parte Convocada, en la que fijaron su posición en torno a los hechos. Las sociedades Balmoral Overseas Inc. y Solla S.A. propusieron excepciones de mérito, en los siguientes términos:

Excepciones presentadas por Balmoral Overseas Inc.

“A. En relación con todo lo pedido en la primera pretensión principal, la primera subsidiaria de ella y sus complementarias y consecuenciales, me permito oponer las siguientes defensas y excepciones:

- El contrato de compraventa de las 267 acciones frente al contrato de sociedad de Solla S. A., son dos contratos distintos, con objeto distinto y partes distintas.
- Cumplimiento del contrato social de Solla, en el punto relativo al respeto al derecho de preferencia, para la venta de las 267 acciones.
- Cumplimiento del contrato de compraventa de las 267 acciones a que se refiere la primera pretensión principal y su consecuencial del literal a), de la demanda;
- Falta de legitimación en la causa por activa.”

“B. A la segunda pretensión principal, y a sus subsidiarias, primera y cuarta con sus correspondientes consecuenciales y complementarias, opongo como defensa, su ineptitud o falta de viabilidad legal, y la falta de legitimación en la causa por activa.”

“C. La segunda “pretensión” subsidiaria a la segunda principal, pide declarar que no se perfeccionó la colocación de las 12.266.217 acciones, es decir declarar un hecho...”

“D. La tercera “pretensión” subsidiaria a la segunda principal, pide declarar que “la colocación de 12.266.217 acciones readquiridas de Solla S. A, se efectuó sin que previamente se aprobara el reglamento correspondiente por la Junta Directiva de Solla”. (...) La Junta de Solla aprobó el reglamento en su reunión de 9 de mayo de 1994, según el acta No. 431, a cuyo texto me atengo, reiterada en reunión del 17 de junio de 1994 (acta 433).(...) Adicionalmente, aquí también se pide declarar un presunto un hecho, sin solicitar el Derecho”.

“E. La quinta “pretensión” subsidiaria de la segunda principal, pide “que el Tribunal declare que el voto emitido por el señor AURELIO Llano Posada en la asamblea de accionistas de Solla S. A., efectuada el 15 de marzo de 1994 (acta No 39, en el sentido de autorizar la colocación de 12.266.217 acciones readquiridas sin sujeción al derecho de preferencia, es inoponible frente a Llanos y Cía. S.C.S y Llano Soto y Cía S en C.”. (...) “Sin duda,

las decisiones del Dr. Llano Posada en cuanto a las sociedades que representaba como socio gestor, las vinculaba necesariamente, aún suponiendo que desbordó sus atribuciones estatutarias, o que para tomarlas debió consultar a las juntas de socios, o que no se ciñó en sus determinaciones al objeto social de ellas. Esto es, constituyen actos propios de las respectivas sociedades, quienes, por consiguiente, ahora no pueden pedir que por el Tribunal se enmiende su propia conducta, haciendo que un tercero (Balmoral), responda por las actuaciones del representante de las mismas.”

“F. La sexta subsidiaria de la segunda principal, pide declarar la nulidad absoluta por causa ilícita de la adquisición de 12.266.217 acciones de la sociedad Solla S. A. que realizó Balmoral Overseas Inc el día 29 de agosto de 1994.” (...) “En los hechos de la demanda reformada, enumerados, mas no clasificados y determinados como lo prescribe el Art. 75-6 del C. P. C., no se precisa la causa ilícita con fundamento en la cual se pide la nulidad y por consiguiente, la pretensión se queda sin sustento”.

“G. Falta de legitimación en la causa por activa, defensa que opongo en relación con todo lo pretendido en la demanda que se considere dirigido a Balmoral Overseas Inc.”.

“G.(Sic) Caducidad de la acción, respecto a las pretensiones que se encaminen a destruir decisiones tomadas en asambleas y juntas de socios.”

“H. Perjuicios o daños no indemnizables por falta de relación de causalidad con el actuar de las codemandadas”.

“I. Prescripción extintiva”.

“K. Excepciones de oficio”.

Excepciones presentadas por Solla S.A.

- “1. Cabal cumplimiento de las normas estatutarias por las partes.”
- “2. Las que observen y verifiquen de acuerdo a la sana crítica los señores árbitros de conformidad con el artículo 306 del C. de P. C.”

CAPÍTULO SEGUNDO- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

I. PRESUPUESTOS PROCESALES

1.1. Presupuestos Formales

1.1.1. Excepciones Propuestas por las Convocadas

a) Competencia del Tribunal

Sobre la competencia del Tribunal, el Apoderado de Balmoral Overseas Inc. ha presentado tres reparos. En resumen, ellos son:

- i) Los derechos discutidos no son arbitrables en tanto no son transigibles, toda vez que algunas de las pretensiones invocan ciertas sanciones jurídicas (inexistencia, ineficacia, nulidad absoluta), en cuya aplicación está interesado el orden público.
- ii) El contrato de compraventa de las 267 acciones entre Balmoral Overseas Inc. y la Fundación así como el contrato de suscripción de acciones entre Solla y Balmoral Overseas Inc. están por fuera de la cláusula compromisoria.
- iii) Las controversias societarias, incluso en caso de haberse pactado cláusula compromisoria, están por fuera de la órbita del arbitramento, por el artículo 194 del C. de Co.

i) Sobre la controversia objeto de arbitramento:

Al respecto, es preciso distinguir entre los derechos objeto de litigio, por una parte, y por el otro, los fundamentos jurídicos con base en los cuales se reclaman dichos derechos en la instancia judicial. Nadie podría negar que los derechos aquí discutidos son de carácter patrimonial y, por tanto, disponibles. En este proceso no se están ventilando derechos no disponibles, como el estado civil o la filiación de una persona. Por el contrario, son derechos patrimoniales (participación en el capital social de una sociedad anónima de carácter privado) los aquí discutidos, frente a los cuales el Tribunal goza de entera competencia.

Al respecto, el Consejo de Estado ha dicho: “Lo transigible es, pues, aquello respecto de lo cual es posible renunciar legítimamente o abandonar parcialmente en beneficio común”¹.

Cierto es que las pretensiones de la demanda buscan asidero en figuras tales como la ineficacia, la inexistencia y la nulidad absoluta. Pero ello no significa que no puedan ser conocidas y resueltas por los tribunales de arbitramento. Tanto la doctrina como la ley han reconocido dicha facultad.

El Consejo de Estado, en relación con este tema, afirma: “Podría pensarse, en principio, que uno de los asuntos sobre los cuales carecen de competencia los tribunales de arbitramento para pronunciarse, por tratarse de un asunto no transigible, es la validez y existencia de los contratos; sin embargo, no debe perderse de vista que, como se dijo, el constituyente de 1991 prescribió que ‘los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia (...), **en los términos que determine la ley**’ (negrita del texto). (...) “La norma transcrita [art. 116 de la ley 446 de 1998], de manera expresa, determinó que, en efecto, los tribunales de arbitramento pueden conocer procesos en los cuales se debata la existencia y validez del contrato. Así, la ley expresamente faculta a los árbitros para pronunciarse sobre las materias mencionadas”². (subrayas fuera del texto).

Sobre el particular, y siguiendo lo que comenta el profesor Jorge Suescún Melo, es de anotar que los tribunales de arbitramento son competentes para analizar la

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 14 de agosto de 2003, expediente 24.344. Consejero Ponente: Dr. Alier E. Hernández Enríquez.

² Ibidem

nulidad absoluta y relativa, así como las demás sanciones jurídicas establecidas por la ley (inexistencia, ineficacia), porque lo contrario equivaldría a dejar en manos del demandado la posibilidad de eludir la cláusula compromisoria, pues de proponer la excepción correspondiente se arrastraría todo el debate de manera automática a la justicia ordinaria, por cuanto el Tribunal no podría fallar unas pretensiones y otras sí, en aras de preservar la continencia de la causa, así como evitar la multiplicidad de procesos y posibles decisiones contradictorias.

En este mismo sentido, el citado tratadista precisa lo siguiente:

“En efecto, es evidente que al hacer uso de la facultad de alegar la nulidad absoluta de un contrato, (...) el ejercicio de dicha facultad, lejos de pretender que se proceda contra las normas jurídicas de *ius cogens*, lo que hace es obrar en consonancia con tales normas y pedir que en el ámbito propio de un arbitraje de derecho tengan cumplida aplicación. Es por ello que cuando las partes someten al arbitramento la decisión sobre una nulidad absoluta, no están disponiendo sobre normas de orden público, pues precisamente a lo que están obligados los árbitros es a observar ese ordenamiento imperativo y no a dejar de hacerlo”³.

“... los árbitros no pierden competencia por el hecho de que se debatan ante ellos materias en que tiene interés el orden público. En este supuesto, lo que deben hacer es aplicar rectamente las normas llamadas a gobernar el litigio, es decir, las pertinentes disposiciones de Orden Público”.

Por todo lo anterior, para este Tribunal es claro que el procedimiento arbitral es un medio idóneo para el trámite y análisis de las pretensiones aducidas en la demanda arbitral. En consecuencia, por lo que a este tema específico concierne, el Tribunal considera que la controversia que ha sido sometida a su conocimiento es transigible y, por lo tanto, susceptible de ser decidida por la justicia arbitral.

ii) Sobre el ámbito de aplicación de la cláusula compromisoria.

³ Suesskñn Melo, Jorge. Derecho Privado: Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo, Legis, Segunda Edición, Tomo II, 2003, pp. 161-189.

Para resolver sobre este aspecto del cuestionamiento que el Apoderado de Balmoral hace de la competencia del Tribunal, es preciso transcribir la cláusula compromisoria aludida:

Cláusula Compromisoria, Artículo 70: las diferencias que se presenten entre los accionistas y la sociedad o entre ellos mismos por la calidad de accionistas durante el contrato social, al tiempo de disolverse la compañía o en el periodo de liquidación, serán sometidas a la decisión obligatoria de un Tribunal de Arbitramento que funcionará en el domicilio social. Los árbitros serán nombrados de común acuerdo y fallarán en derecho. **Artículo 71:** Los árbitros aplicarán de preferencia los estatutos de la compañía: en subsidio, las leyes colombianas y por último los principios generales de derecho y de justicia universal. **Parágrafo:** en lo no previsto aquí, el procedimiento para resolver las diferencias citadas se regulará por las normas legales sobre arbitramento”.

En la primera audiencia de trámite, el señor apoderado de Balmoral Overseas Inc. cuestionó la competencia del Tribunal para conocer de la primera pretensión principal, relativa a la compraventa de acciones de Solla S.A., argumentando que este último es un negocio jurídico ajeno al contrato de sociedad. Esta objeción a la competencia del Tribunal ha sido reiterada por Balmoral Overseas Inc. en su alegato final de conclusión.

Este Tribunal, después de analizar nuevamente el tema, ratifica la posición sentada en la primera audiencia de trámite, en el sentido de que sí es competente para conocer de la referida pretensión, con base en las siguientes consideraciones.

El contrato de compraventa tiene como objeto 267 acciones de Solla S.A. y una de las partes en dicho contrato ostentaba la calidad de accionista de la referida sociedad. Dicho contrato de compraventa no solo debe cumplir las normas del ordenamiento jurídico, sino que debe también respetar cuidadosamente las normas estatutarias de Solla S.A. En esta medida, es un contrato cuyo perfeccionamiento está determinado directamente por el contrato social y cuyo cumplimiento tiene repercusiones directas en la sociedad.

Dicho en otras palabras, la controversia, independientemente de quién tenga la razón, gira precisamente en torno de si se cumplió o no el procedimiento previsto en los estatutos de Solla, a fin de hacer efectivo el derecho de preferencia consagrado a favor de los accionistas. Este es un asunto que evidentemente guarda relación con el contrato de sociedad, y en el que todos los accionistas tienen un legítimo interés.

En este mismo sentido, y por lo que hace relación a la competencia del Tribunal para conocer de las pretensiones segunda y tercera de la demanda, resulta pertinente anotar que el contrato de suscripción de acciones es un contrato accesorio al contrato social, el cual forma parte de todo el acto complejo societario relativo a la emisión y colocación de acciones. Dicho acto complejo, que comienza con la decisión de la Asamblea General de accionistas y culmina con la suscripción de acciones, es el que es objeto de discusión durante este proceso.

En este orden de ideas, y de manera análoga a lo expuesto arriba, en este caso la controversia entre los sujetos procesales tiene que ver con la manera en que se adelantaron ciertas colocaciones de acciones de Solla S.A., en los años 1994, 1995, y 2002, en las cuales el único o principal suscriptor fue Balmoral, y que tuvieron como resultado un incremento en la participación de esta última sociedad en el capital de Solla, y una disminución correlativa de la participación de las dos sociedades convocantes.

A la luz de las anteriores circunstancias, cabe preguntar: ¿cómo podría afirmarse razonablemente que los conflictos existentes entre la Fundación, Balmoral Overseas Inc., las demandantes y Solla no son “diferencias que se presenten entre los accionistas y la sociedad o entre ellos mismos por la calidad de accionistas”, como reza la cláusula compromisoria invocada por las convocantes?

Por todo lo anterior, para este Tribunal es claro que las controversias que se han suscitado alrededor de los referidos contratos —el de compraventa y los de suscripción de acciones— están comprendidas dentro de la cláusula compromisoria y, en consecuencia, se reitera competente para conocer del presente litigio.

iii) Viabilidad de que la justicia arbitral conozca de los asuntos materia de controversia, al tenor de lo dispuesto por el artículo 194 del C. de Co.

De acuerdo con el Apoderado de Balmoral Overseas Inc., las pretensiones de la demanda plantean de manera implícita, y “casi subrepticia”, un cuestionamiento de la legalidad de ciertos actos societarios, más concretamente las decisiones asamblearias que dieron lugar a las suscripciones de acciones por parte de Balmoral, controversias societarias respecto de las cuales, “ni siquiera habiéndose pactado cláusula compromisoria, pueden ser conocidas por los árbitros, sino por los jueces, según la ley y la jurisprudencia constitucional” (Cuaderno principal No. 3, folio 1049).

En apoyo de su aserto, Balmoral invoca el artículo 194 del Código de Comercio: “Las acciones de impugnación previstas en este capítulo se intentarán ante los jueces, aunque se haya pactado cláusula compromisoria, y se tramitarán como se dispone en este mismo código y, en su defecto, en la forma prevista en el código de procedimiento civil para los procesos abreviados”.

Sobre este tema, la Parte Convocante ha sostenido de forma reiterativa que con la demanda presentada a este Tribunal no pretende ejercer las acciones de impugnación de decisiones sociales contempladas en el artículo 194 del C. de Co., y así lo ha entendido, desde un comienzo, este Tribunal.

Para el Tribunal es claro que las pretensiones que ha de analizar y que fueron objeto de debate durante el proceso no son las referidas al artículo 194 del Código de Comercio, sino que se refiere a otras acciones distintas a aquellas del artículo 194 –en concordancia con el 190 y 186 del C. de Co.-.

El apoderado argumenta que todas las impugnaciones que se tengan contra las decisiones de la sociedad se deben tramitar por medio de las acciones previstas en el artículo 194 del referido código. Al respecto, el Tribunal no comparte dicha apreciación, pues considera que es factible entablar acciones o pretensiones distintas a las contempladas en el artículo 194 y en el capítulo VII del Código de Comercio, contra las decisiones de la sociedad.

Al respecto, resulta ilustrativo el siguiente pronunciamiento del Tribunal Superior de Medellín, en Sentencia del 28 de Agosto de 1995 y ponencia del doctor José Fernando Ramírez Gómez:

“En particular y tratándose de la pretensión de nulidad absoluta derivada de la ilicitud en la causa o en el objeto como consecuencia de violaciones a normas imperativas o de orden público, como es la propuesta en la hipótesis examinada, la aplicación del plazo de dos meses para que opere la caducidad no es tan clara.

“Pues bien, para estos eventos unánimemente la doctrina acepta que no obstante el transcurso del término de caducidad de dos meses y con él la posibilidad de acudir al método de conocimiento del procedimiento abreviado queda abierta la puerta del procedimiento ordinario, en tanto no corra el término de prescripción de veinte años. Al respecto es clara la posición del tratadista Gaviria Gutiérrez, quien citando a Otaegui considera que la solución no podría ser otra ‘porque los preceptos de orden público tienen como fundamento el interés general de la comunidad, no pueden ser desplazados por las normas que, como las atinentes acción especial de impugnación, sólo se inspiran en la protección especial de los intereses particulares de los socios’. (Lecciones de derecho comercial).

“El principio de la prevalencia del interés general que orienta el artículo 2º de la ley 5 de 1936, en su condición de norma e carácter general que ayuda a la interpretación de todo el ordenamiento, permite dar sustento positivo al criterio antes expuesto, porque conforme a dicho precepto, la nulidad generada por objeto o causa ilícitas sólo puede ser saneada por la prescripción extraordinaria”.

De esta manera, de acuerdo con lo expresado por el Tribunal Superior de Medellín, las decisiones sociales son absolutamente nulas cuando se adoptan: a) Sin la mayoría legal o estatutaria requeridas, o excediendo los límites del contrato social; b) Cuando la decisión tenga causa u objeto ilícito; c) Cuando se haya celebrado por personas absolutamente incapaces.

De conformidad con la referida sentencia, las dos últimas causales son imperativas para todo acto jurídico y se predicán también respecto de las decisiones sociales de conformidad con el artículo 898 del Código de Comercio.

Según el tenor literal del artículo 194 del Estatuto Mercantil, las acciones de impugnación se refieren a las causales "previstas en este capítulo". De ahí que pueda entenderse que el proceso abreviado al que se refiere este artículo sólo se debe aplicar para los eventos previstos en el artículo 190 del mismo código.

Por lo demás, la caducidad de dos meses a que se refiere el precitado artículo no puede hacerse extensiva a otras acciones diferentes de las ya mencionadas, debido a que ellas se rigen por términos de caducidad y prescripción diferenciados y autónomos.

Es por esto por lo que puede concluirse que cualquier otra controversia, no prevista dentro de ese capítulo, al no estar regulada por lo dispuesto en el artículo 194 del Código de Comercio, puede ser ventilada ante la jurisdicción. Esto es precisamente lo que se presenta en el caso *sub judice* donde se plantean una serie de pretensiones, partiendo de la presunta inexistencia o ineficacia de ciertas decisiones sociales.

Por lo expuesto, el Tribunal encuentra que las pretensiones formuladas en la demanda no corresponden a la acción de impugnación que el artículo 194 del C. de Co. somete a la competencia exclusiva de la justicia ordinaria y que, por ende, tales pretensiones pueden ser objeto de arbitramento.

En conclusión, y por todos los argumentos expuestos en este apartado, la excepción propuesta por Balmoral, sobre la incompetencia del Tribunal, no está llamada a prosperar y así se declarará en la parte resolutive de este fallo.

b) Ineptitud de la demanda

Tanto en la contestación a la demanda como en su alegato final, el apoderado de Balmoral Overseas Inc. formula diversos cuestionamientos a la estructura de la demanda, calificándola como inepta, y por lo tanto, inviable legalmente.

Específicamente, y en lo que a los hechos respecta, considera que éstos no están “debidamente determinados, clasificados y numerados”, no siendo posible determinar a cuál de las tres personas jurídicas demandadas deben atribuirse.

De otra parte, y en lo que hace a las pretensiones, considera el apoderado de Balmoral que “La declaración de “incumplimiento del contrato social” es lo principalmente pedido en muchas de ellas, declaración inane, porque constituiría un hecho y el juez lo que declara es el derecho, constata los hechos demostrados y dice el derecho.” (Alegato escrito de conclusión, página 5).

Así mismo, el apoderado de Balmoral estima que las pretensiones no han sido presentadas con “precisión y claridad”, como lo ordena el artículo 75 del C.P.C. En su concepto, la demanda es caótica, las pretensiones son “imprecisas y oscuras”, y algunas son contradictorias (primero se solicita declarar el incumplimiento del contrato social, y a renglón seguido se solicita ordenar su cumplimiento); no se individualiza tampoco respecto de cuál de los demandados se formulan.

Los defectos mencionados, en sentir del apoderado, impiden el cabal ejercicio del derecho de defensa por parte de los demandados.

En relación con las anteriores glosas a la demanda, el Tribunal estima necesario hacer las siguientes observaciones:

a) Es cierto que la demanda no contiene una clasificación o separación de los hechos invocados como fundamento de la misma, en función de las pretensiones principales y subsidiarias en ella formuladas.

No obstante, se encuentra que la descripción misma de los hechos, así como la secuencia cronológica en que han sido presentados, son suficientemente claras y concretas como para permitir a los demandados pronunciarse sobre los mismos y ejercer su derecho de contradicción, como en efecto lo han hecho. Igualmente, es posible determinar sin mayores esfuerzos con cuál o cuáles de las pretensiones guardan relación los respectivos hechos.

b) En segundo lugar, este Tribunal no comparte la afirmación que se hace, en el sentido de que lo que se pide es que se declaren ciertos hechos, más no el derecho. En efecto, resolver sobre la petición de que se declare “el incumplimiento del contrato social”, envuelve lógica y necesariamente una valoración jurídica de los hechos o conductas que se encuentren probados dentro del proceso. Corresponde en efecto a la *“iuris dictio”*, examinar y definir si los negocios jurídicos sobre los cuales gira esta controversia arbitral (compraventa, emisiones y suscripciones de acciones), se llevaron a cabo con sujeción o no a las disposiciones legales y estatutarias que les eran aplicables, en el marco del contrato principal de sociedad (*“lura novit curia”*).

c) Por último, es de anotar que tanto las pretensiones principales, las subsidiarias de éstas, así como las peticiones consecuenciales a unas y otras, están formuladas en términos que permiten establecer, a juicio del Tribunal, el contenido y alcance de tales peticiones.

Asunto bien distinto, por supuesto, es el análisis acerca de si algunas de las pretensiones terminan siendo contradictorias, o el examen del nexo de causalidad jurídico (si lo hay o no) entre la petición de declaratoria de incumplimiento del contrato social de Solla, y las pretensiones consecuenciales a dicha declaratoria. Estos son temas que corresponde abordar al momento de analizar la procedencia misma o asidero legal de las pretensiones y que, por ende, no guardan relación con el examen del cumplimiento del presupuesto procesal atinente a la aptitud de la demanda o demanda en debida forma.

Con base en las consideraciones que anteceden, el Tribunal concluye que la demanda presentada por las convocantes, reúne los requisitos exigidos por la ley procesal, tanto en lo que se refiere al *petitum* como en lo que dice relación con los fundamentos de la misma, sin que se observe un defecto u omisión tal que pueda conculcar o impedir el cabal ejercicio del derecho de defensa por parte de los demandados.

No está llamada a prosperar, entonces, la excepción de inepta demanda propuesta por el apoderado de Balmoral Overseas Inc., y así se declarará en la parte resolutive de este fallo.

c) Caducidad:

En el escrito de contestación de la demanda, el Apoderado de Balmoral Overseas Inc. propuso la excepción de "caducidad de la acción, respecto a las pretensiones que se encaminen a destruir decisiones tomadas en asambleas y juntas de socios". Argumenta, en este sentido, que los artículos 191 del Código de Comercio y 421 del Código de Procedimiento Civil establecen un término de caducidad de 2 meses para las acciones de impugnación de actos o decisiones de asambleas de accionistas o de juntas directivas de sociedades. En este orden de ideas, Balmoral Overseas Inc. señala que "han transcurrido muchísimo más de dos meses".

Al respecto, el Tribunal reitera que, tal y como se afirmó en el apartado iii), relativo a la competencia del tribunal arbitral, la presente controversia arbitral no encuadra dentro de la acción de impugnación de que trata el artículo 191 del C. de Co. y, por lo tanto, no es aplicable en este caso el término de caducidad previsto en la mencionada disposición.

En consecuencia, no prospera la excepción de caducidad propuesta oportunamente por Balmoral Overseas Inc., y así se declarará en la parte resolutive de este laudo.

1.1.2. En conclusión

En síntesis, el Tribunal encuentra que se cumplen los llamados presupuestos procesales formales, y que éste se conformó de acuerdo con la estipulación contractual, que se ajusta a las previsiones procesales. Los árbitros cumplen con los requisitos exigidos legalmente para el desempeño de su función, cumpliéndose, entonces, con los presupuestos de jurisdicción y competencia.

Del examen del expediente se conoce que las partes son capaces y comparecieron legítimamente al proceso, en la medida en que las sociedades y la Fundación lo hicieron por conducto de sus representantes legales. Además, la exigencia del *ius postulandi* estuvo presente, tal como lo demuestran los poderes

especiales otorgados por las partes a los apoderados que llevaron la defensa de sus intereses en el proceso.

Por las razones expuestas, el Tribunal considera que el presupuesto procesal de la demanda en forma se cumple, en la medida en que hay claridad sobre lo que se pide, las pretensiones están debidamente acumuladas y el objeto del litigio ha sido debidamente delimitado. De igual manera, el trámite impartido al proceso es el que le corresponde al arbitramento, según las disposiciones legales vigentes.

Para el Tribunal, entonces, se encuentran reunidos los presupuestos formales o de validez del proceso.

1.2. Sobre los Presupuestos Materiales para Sentencia de Fondo

1.2.1. Excepciones Propuestas por las Convocadas

a) Falta de legitimación en la causa

En el escrito de contestación a la demanda, el Apoderado de Balmoral Overseas Inc. propuso la excepción de "la falta de legitimación en la causa por activa", en relación con "todo lo pretendido en la demanda que se considere dirigido a Balmoral Overseas Inc."

Esta oposición se basa fundamentalmente en dos argumentos, a saber: i) el contrato de suscripción de acciones y el contrato de sociedad "son contratos distintos, principales, con distintos sujetos, distintos objetos, distinta causa, etc.". Adicionalmente, los demandantes no son parte en el contrato de suscripción celebrado entre Solla S.A. y Balmoral Overseas Inc.; ii) las convocantes "no fueron ausentes ni disidentes en los actos sociales de Solla que permitieron o dieron lugar a las respectivas suscripciones de acciones por parte de Balmoral. Consecuencialmente, no están legitimadas para reclamar nada a Balmoral (arts. 191 y 870 del Código de Comercio). Si hubo algún incumplimiento, no fue de las suscripciones mismas, sino de los actos previos a ellas, con la activa participación de las demandantes y algunos de sus socios" (Cuaderno principal No. 2, folios 595-596).

Sobre el particular, el Tribunal considera:

La legitimación en la causa es un presupuesto de la sentencia de fondo porque otorga a las partes el derecho a que el juez se pronuncie sobre el mérito de las pretensiones, mediante sentencia favorable o desfavorable. Es una calidad subjetiva de las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso. Por tanto, cuando una de las partes carece de dicha calidad o atributo, no puede el juez adoptar una decisión de mérito y debe entonces simplemente declararse inhibido para fallar el caso de fondo.

En el ordenamiento jurídico procesal la legitimación en la causa se entiende como la calidad que tiene una persona para formular o contradecir las pretensiones de la demanda por ser el sujeto de la relación jurídica sustancial.

Las sociedades convocantes son accionistas y parte en el contrato social colectivo y complejo. En tanto la discusión central está circunscrita al supuesto incumplimiento del contrato social y ha quedado demostrada la calidad de accionistas de las demandantes, este Tribunal entiende que estas tienen el derecho de accionar y gozan de interés para obrar dentro de este proceso.

La calidad de accionistas de las demandantes las legitima para controvertir la validez de un contrato de suscripción de acciones que, como se verá más adelante, es accesorio al contrato de sociedad, cuando dicho contrato, en su sentir, se adelantó sin sujeción a lo prescrito por la ley y los estatutos, y con detrimento de su participación en el capital social.

En efecto, la estrecha relación entre el contrato de sociedad y los contratos de compraventa y de suscripción de acciones permite la titularidad del derecho de acción en cabeza de todas aquellas personas que demuestren un interés directo en dichos contratos. En el caso objeto de estudio, la calidad de accionistas y de partes en el contrato social es suficiente para demostrar un interés cierto y legítimo no solo en el referido contrato social, sino también en la validez de los contratos de compraventa y suscripción de acciones.

Quedarían inocuos y totalmente desprotegidos los derechos de los accionistas si estos no tuvieran la facultad de demandar actos y contratos que tienen efectos directos en la sociedad y, por ende, en su propio interés. La protección de los accionistas se quedaría completamente en el papel si los mismos no estuvieran legitimados para controvertir judicialmente la validez o, incluso, la existencia misma de aquellos contratos que, en su sentir, se hayan celebrado en violación del contrato social y en perjuicio de sus derechos.

Consideraciones específicas

Según se afirmó, el apoderado de Balmoral Overseas Inc. ha pretendido fundamentar la excepción que se estudia relativa a la falta de legitimación en la causa, entre otras razones, en la denominada teoría de los actos propios. Es por ello por lo que ha señalado cómo, en su criterio, la parte actora, luego de tomar decisiones sobre asuntos materia de la litis, volvió sobre sus propios actos, "en arrepentimiento tardío, contradictorio y desleal". Sobre esta argumentación el tribunal estima necesario formular las consideraciones que a continuación se expresan, con apoyo en las diversas pruebas practicadas, según el acervo que obra en el expediente.

En primer término, estima el Tribunal que la teoría del respeto por los actos propios, no puede conllevar a la consecuencia extrema y desproporcionada de impedir a quienes de alguna manera hayan participado o conocido de la formación de determinado negocio o acto jurídico, controvertir posteriormente en sede judicial la validez del mismo, cuando hayan advertido la ocurrencia de circunstancias que en su sentir así lo ameriten, y que además estimen lesivas de sus derechos.

Esta consideración cobra mayor fuerza en tratándose de sociedades en comandita, en las cuales, como bien se sabe, la administración de los negocios sociales está radicada de manera exclusiva en cabeza del socio o socios gestores.

De aceptarse la tesis propuesta por el señor apoderado de Balmoral, habría que concluir, contra toda lógica, que el administrador de una sociedad carece de

legitimación para demandar ante las autoridades judiciales la validez de aquellos actos celebrados por sus antecesores, en perjuicio de los intereses sociales.

Por lo demás, no se halla razón para considerar –en contra del acervo probatorio (ver al respecto declaración de Carlos Germán Llano Soto, visible a folios 84 y siguientes del cuaderno de pruebas Nro. 1) que los convocantes eran conscientes de las posibles anomalías en la ejecución de las operaciones societarias que ahora censuran en la demanda arbitral. En el criterio del tribunal no resulta digna de reproche la circunstancia de que este proceso se hubiere iniciado en el año 2006, luego de haberse establecido con certidumbre las circunstancias fácticas que, a juicio de las convocantes, justificaban darle inicio a la litis.

Así, pues, los convocantes no carecen de legitimación para demandar en el presente litigio por el hecho de no ser ausentes o disidentes respecto de algunas de las determinaciones que dan lugar a los negocios censurados en la demanda. Por el contrario, la afectación que en su sentir se presentó de sus derechos patrimoniales- íntimamente ligados al contrato social- los legitima para instaurar la demanda arbitral que da lugar al presente proceso.

Además, es evidente que el conflicto que subyace a este proceso arbitral es de vieja data, y no surgió propiamente con la presentación de la respectiva demanda en el año 2006. Los documentos allegados al proceso por la Superintendencia de Sociedades, dan cuenta de diversas actuaciones administrativas iniciadas en relación con la actuación del socio gestor de las convocantes, por petición de los socios comanditarios, antes del año 2000. Estas pruebas documentales demuestran a las claras que no se trata de la primera actuación relacionada con el conflicto surgido en relación con la sociedad Solla S.A. y los trámites de enajenación y colocación de acciones a que se refiere la demanda. En efecto, los asociados comanditarios de las sociedades convocantes iniciaron acciones en contra del gestor para exigirle el cumplimiento de ciertos deberes legales y estatutarios. Tales actuaciones no son del todo ajenas al presente libelo, como lo demuestra el hecho de haberse impetrado acciones relacionadas con el ejercicio del derecho de preferencia consagrado en los estatutos sociales de Solla S.A. Así, pues, no concuerda el tribunal con la afirmación según la cual la actividad de los convocantes convalida la totalidad de las circunstancias que se ventilan en el

proceso. No cabe, por lo tanto, la invocación de la máxima "*venire contra factum proprium nelli conceditur*".

Por último, no puede aceptarse esta excepción de falta de legitimación en la causa invocado por el apoderado de Solla S.A., si se considera su propia argumentación al contestar la demanda, en el sentido de que las sociedades convocantes carecen de interés en este proceso por no ser parte en los negocios jurídicos cuya censura se impetra en la demanda arbitral. Este punto de vista-reiterado a lo largo del proceso- parece contradictorio frente a la teoría de los actos propios. En efecto, no se encuentra razonable ni justo que se estime, de un lado, que las convocantes no están facultadas para actuar en contra de las entidades demandadas por no ser parte en los contratos respectivos y que se afirme, simultáneamente, que han debido actuar de modo oportuno en contra de ellas, so pena de convalidar actuaciones irregulares aquí censuradas. No puede admitirse un argumento que sólo se aprovecha de la parte benéfica del raciocinio, mientras que rechaza las consecuencias negativas que del mismo se infieren inevitablemente.

En consecuencia, el Tribunal encuentra infundada la excepción propuesta por Balmoral Overseas Inc referida a la falta de legitimación por activa de las demandantes, y así lo declarará en la parte resolutive de este laudo.

1.2.2. En conclusión

En síntesis, por lo que corresponde a los requisitos materiales de la sentencia de fondo, el Tribunal encuentra acreditada la legitimación en la causa; las pretensiones aparecen debidamente propuestas y acumuladas en el libelo introductorio, lo que da pie al Tribunal para identificar el ámbito de hecho y de derecho dentro del cual debe fallarlas. Igualmente, las declaraciones perseguidas por la Parte Convocante en su demanda y las oposiciones contenidas en las réplicas de cada una de las personas jurídicas que integran la Parte Convocada constituyen suficiente interés de ambas partes para obrar en el proceso. Finalmente, el derecho sustancial debatido no ha sido decidido en otro proceso ni se ha solucionado de alguna otra manera, por lo que no se configura ninguna de las excepciones de *litis finitae*.

De esta manera y como ya se anotó, ninguna de las excepciones propuestas por la Parte Convocada orientadas a atacar los presupuestos procesales formales y materiales prosperan y, en este sentido, el Tribunal procederá a analizar los asuntos objeto del litigio y a proferir sentencia de fondo sobre los mismos.

II. LA PRUEBA PRACTICADA

Todos los medios de prueba solicitados por las partes, en las oportunidades procesales correspondientes, fueron decretados y practicados por el Tribunal.

Los documentos allegados al proceso, ya sea por las partes, por la sociedad objeto de inspección judicial o por solicitud oficiosa del Tribunal, han sido reconocidos por el Tribunal como prueba de los hechos ocurridos. Ninguno ha sido tachado por falsedad.

Los testimonios rendidos a instancias de las partes han sido evaluados por parte del Tribunal teniendo en cuenta su coherencia y precisión en el tema objeto de interrogación. No fue propuesta ninguna tacha de sospecha contra los testigos.

La prueba pericial también fue practicada teniendo en cuenta las normas dispuestas para el efecto. El dictamen pericial fue objetado parcialmente por error grave, por lo que se nombró un segundo perito que fue requerido para que dictaminara sobre dicha objeción.

III. ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES

1. PRETENSIÓN PRIMERA

Procede a continuación el Tribunal a ocuparse del análisis de la Pretensión Primera Principal y sus consecuenciales.

1.1. Primera Pretensión Principal

1.1.1. Alcance de la Pretensión Primera Principal y oposición a la misma

Las convocantes, en la demanda integrada después de la reforma, Pretensión Primera Principal, solicitan al Tribunal declarar "Que la enajenación total o parcial de doscientas sesenta y siete (267) acciones de SOLLA S.A., por parte de la FUNDACIÓN AURELIO LLANO POSADA (antes FUNDACIÓN DE FOMENTO AGROPECUARIO BUEN PASTOR) a favor de BALMORAL, registrada en el libro de registro de accionistas el 7 de octubre de 1.993, se llevó a cabo sin sujeción a los requisitos legales y estatutarios vigentes en la época y, por lo tanto, se incumplió el contrato de sociedad suscrito entre las partes."

Igualmente formulan las pretensiones consecuenciales a este presunto incumplimiento descritas en el punto IV del capítulo primero de la presente providencia arbitral.

Como también se consignó atrás, las tres personas jurídicas que conforman la parte convocada en este proceso, a través de sus respectivos escritos de contestación a la demanda, expresaron oportunamente su oposición frontal a la citada pretensión, defendiendo la validez de la operación, e interponiendo además -Balmoral y Solla S.A.- diversas excepciones de mérito.

Para resolver sobre la procedencia de la pretensión de marras, resulta pertinente, en primer lugar, recordar aquí el contenido fundamental de la norma estatutaria aplicable al caso, vale decir, del artículo 12 de los estatutos sociales de Solla. En segundo lugar, se hará una breve síntesis del acervo probatorio recaudado durante el proceso en relación con la transacción de acciones cuya validez se discute. Dentro de dicho marco jurídico y fáctico, procederá el Tribunal a evaluar los argumentos planteados por la parte convocante para sustentar la respectiva pretensión.

1.1.2. El Artículo 12 de los estatutos de Solla S.A.

Los estatutos sociales de Solla (Escritura Pública No. 1199 del 27 de mayo de 1993, de la Notaría 14 de Medellín), señalan en su artículo 12 el procedimiento especial al que debe sujetarse toda negociación de acciones de la compañía, consagrando para tal efecto un derecho preferencial de adquisición, también conocido por la doctrina como de "retracto", a favor de la misma sociedad, en primera instancia y, subsidiariamente, de sus accionistas.

A continuación, y para mayor claridad, se reproduce el texto completo de la citada disposición estatutaria:

"Artículo 12º. **NEGOCIACIÓN Y TRANSMISIBILIDAD DE LAS ACCIONES:**
Toda negociación de acciones de la sociedad está sujeta al derecho de preferencia, el cual se regirá por las siguientes normas:

"a. El titular de las acciones interesado en negociarlas dará aviso por escrito al Representante Legal de la sociedad. Dicho aviso lo enviará también a cada uno de los restantes asociados.

"b. A partir de la fecha en que el Representante Legal de la sociedad reciba el aviso a que se refiere el literal anterior, la compañía gozará de un término de dos (2) meses para adquirir, en las condiciones bajo las cuales la ley le permite a una sociedad anónima efectuar tal operación, las acciones de que se trate.

"c. Si vencido el término de dos (2) meses previsto en el literal anterior, la sociedad no hubiere hecho uso del derecho de preferencia o solo hubiere resuelto readquirir una parte de las acciones ofrecidas, los asociados disfrutarán de un plazo adicional de dos (2) meses, a partir de la fecha del vencimiento del primer término, para decidir si hacen o no uso del derecho de adquirir las acciones ofrecidas y no adquiridas por la sociedad, en proporción a las acciones que cada uno posea, o en una mayor proporción y hasta cuanto, en caso de que alguno o varios accionistas no hicieren uso de tal derecho. Cada asociado enviará una comunicación al Representante Legal de la sociedad dentro del término antes dicho, con el objeto de avisar su decisión. Una vez cumplido el plazo a que se refiere este literal, se

reunirá la junta directiva de la sociedad, y en el acta de la sesión correspondiente hará constar el nombre o nombres de los accionistas que hubieren manifestado por escrito su decisión de hacer uso del derecho de referencia y determinará el número de acciones que corresponde adquirir a cada cual, en caso de que todos los demás asociados, distintos del presunto cedente, estuvieren interesados en la adquisición. Si alguno o varios de los asociados no quisieren adquirir las acciones ofrecidas y otro u otros accionistas hubieren manifestado su deseo de adquirir las cuotas que a aquellos corresponda, la Junta Directiva distribuirá el remanente de las acciones entre estos últimos a prorrata de las acciones que cada uno posea.

"d. Tanto la sociedad como los accionistas, a partir del momento en que reciban el aviso a que se refiere el literal a.), podrán renunciar al derecho de preferencia, sin necesidad de dejar transcurrir los términos fijados en los literales b.) y c.)

"e. El precio de las acciones ofrecidas por el accionista enajenante, el plazo para el pago y las demás condiciones de la cesión serán indicados en el aviso de oferta, teniendo en cuenta que el plazo máximo para el pago será de un (1) año, contado a partir de la fecha en que la Junta Directiva fije las proporciones que correspondan a los accionistas aceptantes de la oferta, y el interés máximo será el bancario corriente, sobre saldos.

"f. Cuando ni la compañía ni los otros accionistas hicieren uso del derecho de preferencia, dentro de los términos y con el lleno de los requisitos señalados en los literales anteriores, el oferente recobrará el derecho de negociarlas libremente."

A la luz del texto transcrito, importa destacar aquí los siguientes elementos del derecho de preferencia en la negociación secundaria de acciones de Solla, o lo que es lo mismo, del procedimiento que debe surtirse con el fin de salvaguardar y hacer efectivo el mencionado derecho.

Primero.- La oferta deberá contener los elementos esenciales del negocio jurídico propuesto, vale decir, la cantidad de acciones a enajenar, y el precio unitario de las mismas. En relación con el plazo para la cancelación del precio, se observa que el literal e) del artículo 12 establece un plazo máximo de un año, en lo que atañe exclusivamente a la compra por parte de los accionistas aceptantes de la oferta.

Segundo.- El interesado en negociar las acciones deberá dar aviso escrito (se subraya) de dicha intención tanto a la sociedad como a los "restantes asociados".

Tercero.- La propia sociedad emisora tiene la primera opción para adquirir las acciones. El plazo para ejercer o no dicho derecho es perentorio: dos (2) meses, contados obviamente a partir de la recepción del aviso escrito del accionista interesado en enajenar las acciones.

El derecho de preferencia de los accionistas, por su parte, sólo surge en la medida en que la sociedad no haga uso del suyo, bien sea total o parcialmente, dentro de la oportunidad ya referida. En tal caso, el plazo dentro del cual deben los accionistas ejercer dicho derecho es también de dos (2) meses, contados a partir del vencimiento del primer término. Si son varios los interesados en adquirir las acciones, éstas se adjudicarán con estricta sujeción a la participación relativa de cada uno en el capital social.

Cuarto.- El derecho preferencial de adquisición, tanto en lo que respecta a la sociedad como en lo que dice relación con los demás accionistas, puede ser objeto de renuncia (que no de cesión a un tercero) bien sea de manera expresa (a través de comunicación enviada antes de la expiración del plazo), o bien de manera tácita, esto es, por el simple hecho de dejar vencer el respectivo término sin manifestar por escrito su intención de adquirir las acciones.

Quinto.- Finalmente, pero no menos importante, sólo en el evento de que ni la sociedad ni los accionistas –habiendo recibido éstos y aquella en la forma y oportunidad debidas la correspondiente oferta- hicieren uso del derecho de preferencia, podrá el oferente proceder a negociar libremente con un tercero las acciones objeto de la oferta.

Como puede observarse, se trata de un procedimiento especial, diseñado para proteger o preservar la estructura de propiedad accionaria "cerrada" de la sociedad, en tanto y en cuanto condiciona claramente la posibilidad jurídica de que un accionista venda en todo o en parte su participación a un tercero "no accionista", al hecho de que ni la sociedad, ni sus accionistas, ejerzan en su oportunidad el derecho de preferencia que les otorgan los estatutos.

Dicho en otras palabras: se trata de un mecanismo estatutario que en última instancia, deja en manos de los accionistas actuales- de todos y cada uno de ellos- la decisión de permitir o no el ingreso de un tercero como nuevo accionista de la compañía.

1.1.3. Desarrollo de la Negociación

Teniendo presente el marco estatutario descrito, es preciso hacer, con base en las pruebas arrojadas al expediente, un breve recuento de la cadena de decisiones y actos jurídicos, que concluyó con la enajenación de 267 acciones de Solla S.A., en octubre de 1993, actuando como vendedor la Fundación Aurelio Llano Posada (antes Fundación Buen Pastor), y como comprador la sociedad Balmoral Overseas Inc.

En tal sentido, están acreditados dentro del proceso, sin que hayan sido cuestionados por ninguna de las partes, los siguientes hechos:

1. La Fundación Buen Pastor, mediante comunicación fechada el 11 de agosto de 1993, dio aviso al representante legal de Solla S.A., de su intención de vender 267 acciones de la sociedad, a un precio unitario de \$810.00. No se precisó el plazo para el pago. De otra parte, no se envió simultáneamente aviso a los demás accionistas.
2. La Junta Directiva de Solla, en reunión celebrada el 27 de agosto de 1993, según consta en el Acta No. 423, decidió no readquirir las acciones ofrecidas.

3. En forma consecuente con la anterior decisión, la administración de Solla puso en conocimiento de los demás accionistas la oferta de la Fundación, a través de sendas comunicaciones de fecha 2 de septiembre de 1993.

Para la época, dichos accionistas eran cuatro, a saber:

- Llanos y Cia. S.C.S.
- Llanos Soto y Cia. S. en C.
- Aurelio Llano Posada
- Ángela Soto de Llano

4. Los mencionados accionistas de Solla se pronunciaron sobre la oferta hecha por la Fundación Buen Pastor, todos en el sentido de no estar interesados en adquirir las acciones ofrecidas, de acuerdo con el siguiente orden cronológico:

a) Las sociedades Llanos y Cia. S.C.S., y Llanos Soto y Cia. S. en C., mediante comunicación de septiembre 6 de 1993, suscrita por Jairo Upegui Henao.

Esta comunicación fue ratificada por Aurelio Llano Posada, obrando en su calidad de gestor de las citadas sociedades, en comunicación de septiembre 20.

b) Ángela Soto de Llano, a través de apoderada, mediante comunicación de septiembre 13 de 1993;

c) Aurelio Llano Posada, obrando en su propio nombre, a través de la misma comunicación a que se hace referencia en el literal a), del 20 de septiembre.

5. Recibidas de los accionistas estas manifestaciones de "no interés" en la adquisición, Solla procedió a informar de tal circunstancia a la Fundación Aurelio Llano Posada (antes Fundación Buen Pastor), a través de carta del 17 de septiembre de 1993.

6. Mediante comunicación de octubre 6 de 1993, la Fundación Aurelio Llano Posada (antes Fundación Buen Pastor), informó a Solla que las acciones ofrecidas habían sido vendidas a la sociedad Balmoral Overseas Inc., y solicitó se

procediera a realizar la respectiva inscripción en el Libro de Registro de Accionistas.

Así se hizo un día después, vale decir, el día 7 de octubre, fecha en la cual se inscribió en el Libro de Registro de Accionistas Balmoral Overseas Inc. como nuevo propietario de las acciones enajenadas por la Fundación.

1.1.4. Los Argumentos de la Parte Actora

La pretensión impetrada por las sociedades convocantes, orientada a que se declare que la enajenación de las 267 acciones de Solla por parte de la Fundación a Balmoral se llevó a cabo “sin sujeción a los requisitos legales y estatutarios vigentes en la época y, por lo tanto, se incumplió el contrato de sociedad suscrito entre las partes”, se apuntala en los argumentos que a continuación se permite resumir el Tribunal:

- 1) La oferta formulada por la Fundación a Solla omitió un elemento indispensable, al tenor del artículo 12 de los estatutos sociales, cual era el plazo para el pago del precio.
- 2) La oferta inicial sólo se dirigió a Solla, y no a los accionistas, como también lo ordenaba la norma estatutaria. Esta omisión no es un asunto formal o adjetivo, pues impidió, en sentir de las actoras, el cabal ejercicio del derecho de preferencia por parte de los accionistas. De otra parte, la comunicación posterior del 2 de septiembre, por la cual estos últimos fueron enterados de la oferta, no enerva la irregularidad en que se habría incurrido, por el contrario, la confirma.
- 3) Solla no convocó a la asamblea de accionistas, para que se pronunciara respecto de la oferta de la Fundación. Desde este punto de vista, la Junta usurpó una competencia de la Asamblea, pues era ésta, y no aquella, la llamada de acuerdo con los estatutos a tomar una decisión acerca de si se hacía o no uso del derecho de preferencia.

- 4) La mencionada decisión de la Junta de Solla es además ineficaz, toda vez que se adoptó con el voto de una mayoría de miembros ligados por parentesco, contrariando la prohibición contenida en el artículo 435 del Código de Comercio.

Señala al efecto la parte actora que la Junta a la sazón estaba integrada por cinco miembros, de los cuales tres (3) conformaban el quórum deliberativo, según el artículo 48 de los estatutos. A su turno, dos de los miembros, Ángela María Llano Correa y Luis Alfonso Correa Álvarez, son parientes en segundo grado de afinidad, de modo que ambos podían conformar una mayoría "cualquiera" prohibida por el citado artículo 435, habida consideración, por otra parte, de que Solla S.A. no puede ser tenida como sociedad de familia, hipótesis en la cual no se aplica la prohibición.

- 5) La renuncia al derecho de suscripción por parte de las sociedades comanditarias accionistas de Solla, provino del Sr. Jairo Upegui Henao, quien carecía de poderes para el efecto.
- 6) Aun cuando la renuncia del Sr. Upegui fue ratificada posteriormente por el socio gestor de las sociedades comanditarias, Aurelio Llano Posada, tal renuncia no era jurídicamente posible, toda vez que estas nunca recibieron de manera solemne la comunicación de la Fundación ofreciéndoles las acciones.
- 7) El socio gestor de las sociedades Llanos Soto y Cia. S.C.S. y Llanos Soto y Cia. S. en C., carecía de atribuciones para renunciar al derecho de preferencia.
- 8) Como quiera que no se cumplió el trámite del derecho de preferencia, y en rigor nunca se hizo a las sociedades comanditarias la correspondiente oferta, la adquisición de las 267 acciones por parte de Balmoral se realizó contraviniendo el artículo 403, numeral 2, del Código de Comercio, y el artículo 12 de los estatutos.

- 9) Por todo lo anterior, Solla S.A. ha debido abstenerse de inscribir a nombre de Balmoral las acciones que le fueron enajenadas ilegalmente- según las actoras- por parte de la Fundación Aurelio Llano Posada.

1.1.5. Consideraciones del Tribunal

A juicio del Tribunal, la controversia suscitada alrededor del cumplimiento o no del derecho de preferencia previsto en el artículo 12 y, por ende, del mismo contrato social de Solla, en el caso que nos ocupa, ha de resolverse teniendo como marco de referencia los requisitos sustantivos del procedimiento o "iter" que debía seguirse para efectos de la enajenación de las acciones. Lo anterior impone examinar si a través del procedimiento seguido en este caso, se respetó o no el propósito último de la referida disposición estatutaria, el cual, para este Tribunal, bien puede expresarse en los siguientes términos: Que ningún accionista de Solla, pueda negociar todo o parte de su participación en el capital social con un tercero ajeno a la sociedad, sin haber previamente ofrecido a ésta y a sus accionistas, la oportunidad de adquirir las respectivas acciones, con el fin de conservar así el status quo en lo que tiene que ver con la composición de la propiedad accionaria de la compañía. (Subraya el Tribunal)

Desde esta perspectiva, la operación en cuestión ha de examinarse a la luz de tres interrogantes concretos, que cubren precisamente los componentes o etapas esenciales del procedimiento que, de conformidad con lo prescrito en los estatutos, debió haberse observado. Dichos interrogantes son los siguientes:

1. *Contenido de la oferta de venta:* ¿Reunía la oferta de venta emanada de la Fundación los elementos necesarios para poder ser aceptada o rechazada por los destinatarios?
2. *Comunicación de la Oferta:* ¿Tuvieron los accionistas y la sociedad oportunidad para evaluar la oferta y decidir si ejercerían o no el derecho de preferencia consagrado a su favor en los estatutos?

3. *Renuncia al Derecho de Preferencia:* ¿Expresaron tanto la sociedad como los accionistas su voluntad de no ejercer el derecho de preferencia en debida forma?

A continuación se examinará la operación, desde cada una de las cuestiones jurídicas planteadas.

1. *Contenido de la Oferta de Venta*

Como se señaló atrás, el aviso de oferta enviado por la Fundación al representante legal de Solla S.A. precisaba tanto la cantidad de acciones a enajenar, como el precio unitario de las mismas, vale decir, los elementos esenciales del contrato de compraventa propuesto (Código de Comercio, art. 845).

A juicio del Tribunal, la omisión del plazo para el pago no configura un incumplimiento material de la norma estatutaria, toda vez que se trata de un elemento no esencial del negocio, cuya determinación bien podía hacerse acudiendo a las norma supletoria consagrada en el artículo 947 del Código de Comercio.

Por lo anterior, es claro que la omisión del plazo no entrabó ni mucho menos impidió la posibilidad de aceptación de la oferta formulada por la Fundación.

2. *Comunicación de la Oferta*

El debate, en este aspecto, se origina en el hecho de no haberse comunicado la oferta de venta a los accionistas de la sociedad, de manera concomitante con el aviso a la propia sociedad.

En opinión del Tribunal, esta circunstancia tampoco configura una transgresión material del precepto estatutario. En efecto, está plenamente demostrado que los accionistas sí fueron informados de la oferta a través de las comunicaciones de Solla (enviadas el 2 de septiembre de 1993), y que fue precisamente a partir de dicha información, que cada uno de ellos tomó la decisión de no ejercer el derecho de preferencia.

En este orden de ideas, tampoco puede afirmarse- por lo que a este aspecto concierne- que el hecho de que la oferta no hubiese sido comunicada desde un principio a los accionistas, haya impedido a estos evaluar la conveniencia del negocio propuesto y tomar oportunamente una decisión al respecto.

3. Renuncia al Derecho de Preferencia

En relación con este tercer interrogante, es preciso analizar separadamente la decisión tomada por Solla, y las decisiones tomadas en un momento posterior por los accionistas de Solla, y específicamente, por las dos sociedades comanditarias convocantes de este proceso arbitral.

3.1. La Renuncia o no ejercicio del Derecho de Preferencia por parte de Solla S.A.

En este punto, como se recordará, el debate se centra en dos aspectos, a saber, la capacidad o competencia de la Junta para pronunciarse sobre la oferta y, por otra parte, la eficacia de la decisión misma de la Junta, habida consideración de lo dispuesto por el artículo 435 del Código de Comercio.

3.1.1. La Competencia de la Junta Directiva

En lo que guarda relación con el primer tema, cabe señalar, en primer término, que de acuerdo con el artículo 12 de los estatutos, la adquisición de las acciones por parte de Solla debe realizarse "... en las condiciones bajo las cuales la ley le permite a una sociedad anónima efectuar tal operación...".

La normatividad societaria, a su turno, regula la materia a través del artículo 396 del Código de Comercio, conforme al cual, y en lo pertinente, "La sociedad anónima no podrá adquirir sus propias acciones, sino por decisión de la asamblea...". El segundo inciso del mismo precepto prescribe que "Para realizar esa operación (la sociedad) empleará fondos tomados de las utilidades líquidas...".

Este Tribunal, con fundamento tanto en el tenor literal como en la *ratio legis* del artículo 396, y apoyado también en la doctrina sentada por la Superintendencia de Sociedades en esta materia, considera que la autorización de la asamblea es un requisito que rige única y exclusivamente en la hipótesis de que la sociedad pretenda adquirir las acciones propias que le han sido ofrecidas por uno de sus accionistas. vale decir, para ejercer el derecho de preferencia.

En contraste, si la Junta Directiva, en su leal saber y entender decide que no es del interés o conveniencia de la sociedad adquirir las acciones ofrecidas, tal decisión no tiene por qué condicionarse o supeditarse a la autorización de la asamblea.

Esta interpretación se apoya, entre otras, en las siguientes consideraciones:

(a) De acuerdo con el artículo 438 del Código de Comercio, "Salvo disposición estatutaria en contrario, se presumirá que la junta directiva tendrá atribuciones suficientes para ordenar que se ejecute o celebre cualquier acto o contrato comprendido dentro del objeto social y para tomar las determinaciones necesarias en orden a que la sociedad cumpla sus fines."

(b) La exigencia legal de obtener la autorización de la asamblea para poder adquirir las acciones propias, tiene un claro fundamento o explicación: se trata de una operación que debe realizarse con fondos tomados de las utilidades líquidas. Por consiguiente, es una decisión que tiene ingerencia directa sobre la destinación de las utilidades sociales, materia ésta reservada, como bien se sabe, a la asamblea de accionistas, por afectar uno de los derechos esenciales de los mismos. (Código de Comercio, artículos 379, numeral 2; 420, numerales 2 y 3).

Siendo esta la clara finalidad de la exigencia prevista en el artículo 438, carece de lógica pretender hacerla extensiva a la hipótesis de no ejercicio del derecho de preferencia, decisión ésta que, se reitera, ha de entenderse comprendida dentro de la órbita de competencia de los órganos de administración de la sociedad.

3.1.2. La Eficacia de la Decisión de la Junta Directiva.

Dispone el artículo 435 del Código de Comercio lo siguiente:

“No podrá haber en las juntas directivas una mayoría cualquiera formada con personas ligadas entre sí por matrimonio, o por parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o primero civil, excepto en las sociedades reconocidas como de familia. Si se eligiere una junta contrariando esta disposición, no podrá actuar y continuará ejerciendo sus funciones la junta anterior, que convocará inmediatamente a la asamblea para nueva elección.

Carecerán de toda eficacia las decisiones adoptadas por la junta con el voto de una mayoría que contraviniera lo dispuesto en este artículo.”

Observan los demandantes (Hecho No. 22 de la demanda reformada integrada) que en la reunión de la Junta Directiva de Solla de agosto 27 de 1993, en la cual se decidió no ejercer el derecho de preferencia para adquirir las acciones ofrecidas por la Fundación, dos de los cinco miembros que asistieron a la misma, la Señora Ángela María Llano de Correa, y el Señor Luis Alfonso Correa Álvarez, son parientes en el segundo grado de afinidad.

Por otra parte, en el alegato de conclusión sostienen las demandantes que “... siendo el quórum deliberativo de tres miembros, según el artículo 48° de los estatutos vigentes para ese momento (“habrá quórum con la mayoría de sus miembros”), existía una mayoría “cualquiera”, la que podían integrar Ángela María Llano y Luis Alfonso Correa con base en el quórum deliberativo, que violentaba la prohibición del artículo 435, ídem.”

El Tribunal no puede compartir en absoluto esta tesis. En primer lugar, es evidente que lo que el legislador quiso prohibir es que, en tratándose de sociedades que no pueden ser consideradas como de familia (Solla, dicho sea de paso, técnicamente no lo es, dado que algunos de sus accionistas son personas jurídicas- Artículo 102 del Código de Comercio), una mayoría de directores ligados entre sí por los grados de parentesco descritos en el artículo 435, terminen imponiendo arbitrariamente ciertas decisiones, presumiblemente en detrimento de los intereses de los demás asociados.

Desde este punto de vista, a juicio del Tribunal, el hecho de que eventualmente dos miembros de junta puedan contribuir a formar el quórum deliberatorio requerido por los estatutos (como mínimo, 3 de los 5 miembros de Junta), de ningún modo puede asimilarse a la existencia de una "mayoría cualquiera", para los efectos previstos en el primer inciso del artículo 435. Dentro de una razonable interpretación de la norma, debe entenderse que el término "mayoría cualquiera" hace referencia a los votos requeridos para la aprobación de decisiones (la cual por cierto puede variar en función de lo que se esté decidiendo), no a un simple quórum o número mínimo de miembros requerido para deliberar.

Ahora bien: sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, salta a la vista que la decisión cuya eficacia cuestionan las demandantes, no fue ni podría haber sido impuesta por el sólo voto de la mal llamada "mayoría" conformada por las dos personas ya mencionadas, siendo en total cinco los miembros asistentes a la reunión.

3.2. La Renuncia o no Ejercicio del Derecho de Preferencia por parte de las Sociedades Comanditarias Accionistas de Solla S.A.

En relación con este aspecto, el Tribunal estima pertinente hacer las siguientes observaciones:

a) El problema del cumplimiento o no del artículo 12 y, por ende, del contrato social de Solla S.A., por lo que respecta a la enajenación de acciones efectuada por la Fundación Aurelio Llano Posada (antes Fundación Buen Pastor) a favor de Balmoral Overseas Inc., debe abordarse teniendo como referente o marco jurídico, los requisitos exigidos en los estatutos de Solla S.A.

En este orden de ideas, para el Tribunal es claro que lo que debe examinarse- con estricta sujeción a la competencia que se deriva de la cláusula compromisoria existente entre las partes en este proceso- es si la renuncia al derecho de preferencia por parte de las sociedades comanditarias, se tomó por parte de quien, frente a Solla, estaba investido de los poderes jurídicos suficientes para adoptar dicha decisión, en nombre y representación de las referidas sociedades.

Partiendo de esta premisa, lo que se encuentra es que la decisión de no ejercer el derecho de preferencia, si bien inicialmente fue comunicada por el Sr. Jairo Upegui Henao –sin tener en dicho momento la calidad de apoderado de las comanditarias–, posteriormente fue ratificada, de manera expresa e inequívoca, por el socio gestor y por ende representante legal de éstas, el Señor Aurelio Llano Posada.

Por otra parte, se tiene que los propios estatutos de Llanos y Cia. S.C.S. y Llanos Soto y Cia. S. en C., en armonía con las normas generales del Código de Comercio relativas a la representación y administración de las sociedades en comandita (artículos 323, 326, 310 y 311, entre otros), facultaban al socio gestor, sin limitación alguna (y sin tener que consultar ni obtener autorización de parte de los socios comanditarios) para ejercer todos los actos necesarios para el cumplimiento del objeto social personalmente o por medio de delegados apoderados. Dicha facultad, cabe agregar, comprendía entre otras la atribución o capacidad del gestor para “enajenar a cualquier título los bienes sociales, sean muebles o inmuebles” (Cuaderno de pruebas No. 3, folio 1, y Cuaderno de pruebas No. 5, folio 1).

A la luz de las disposiciones estatutarias en mención, resulta claro que el Señor Aurelio Llano Posada, cuando ratificó la renuncia al derecho de preferencia en nombre de las sociedades comanditarias, lo hizo en ejercicio de las atribuciones inherentes a su calidad de socio gestor, y dentro del marco del objeto social de las sociedades por él representadas.

Sobre este último tema vale la pena hacer la siguiente claridad: una cosa es si el acto o decisión del gestor se encuentra dentro del objeto social, y otra muy distinta es el análisis sobre la razonabilidad, conveniencia, o móviles de la decisión del gestor. La anterior consideración cobra más claridad al observar lo siguiente: Tanto la decisión de hacer uso del derecho de preferencia, adquiriendo las acciones ofrecidas, como la de no hacer uso o renunciar al mismo, constituyen manifestaciones de voluntad del socio gestor, comprendidas ambas dentro del objeto social de las compañías por él representadas y administradas. Asunto bien distinto es que, habiendo adoptado el gestor la segunda de las decisiones descritas (esto es, no hacer uso del derecho de preferencia), los comanditarios

estimen que la decisión que más convenía a sus intereses era la primera, vale decir, adquirir las acciones ofrecidas en venta.

Esta discusión podría guardar relevancia desde el punto de vista de la responsabilidad personal del gestor frente a los comanditarios, en razón de una gestión dolosa o negligente. Pero resulta irrelevante para efectos de analizar la validez o conformidad con el contrato social de Solla de la enajenación de acciones por parte de la Fundación a Balmoral.

Con fundamento en las consideraciones expuestas, el Tribunal concluye que, en el caso objeto de análisis, la renuncia al ejercicio del derecho de preferencia por parte de las sociedades comanditarias accionistas de Solla, por conducto del socio gestor, se adoptó con el lleno de los requisitos exigidos para el efecto y mal puede entonces predicarse de la misma, irregularidad alguna que pueda justificar la declaratoria de incumplimiento del contrato social a través de la enajenación de acciones por parte de la Fundación a Balmoral.

1.1.6. Otras Consideraciones

Para cerrar este análisis sobre la primera pretensión principal, es preciso hacer referencia a los dos últimos argumentos expuestos por las demandantes en su alegato de conclusión.

Así, y por una parte, observa el tribunal que se incurre en una clásica *petición de principio*, cuando se afirma (página 31 del alegato, punto viii) que una de las nueve violaciones en que se incurrió en la transacción de marras, consistió en que Balmoral adquirió las 267 acciones, "...sin que se hubiese cumplido el trámite del derecho de preferencia y sin que, en rigor de verdad jurídica se le hubiesen ofrecido las acciones en cuestión a mis mandantes." La presunta violación, anota el Tribunal, no puede servir de sustento a sí misma.

Finalmente, es preciso puntualizar que el examen de la validez del acto mediante el cual Solla S.A. registró en el libro de registro de accionistas el traspaso de

acciones a nombre de Balmoral, dependerá de lo que se defina acerca del procedimiento seguido, y la sujeción o no del mismo a la ley y a los estatutos.

1.1.7. Conclusión

Con fundamento en todo lo expuesto, concluye el Tribunal que la enajenación de las 267 acciones de Solla S.A. por parte de la Fundación Aurelio Llano Posada (antes Fundación Buen Pastor) a la sociedad Balmoral Overseas Inc., registrada el 7 de octubre en el Libro de Registro de Accionistas, se llevó a cabo con sujeción a las normas legales y estatutarias aplicables a la misma y, por consiguiente, que con la antedicha compraventa de acciones no se violó el contrato social de Solla S.A.

No prosperará entonces la Pretensión Primera Principal ni, por sustracción de materia, sus consecuenciales. Así se declarará en la parte resolutive de este laudo.

1.1.8. Excepciones

En la medida en que la pretensión primera principal no está llamada a prosperar, no hay lugar a examinar las excepciones propuestas por Solla S.A. y por Balmoral Overseas Inc. contra la misma.

1.2. Primera Pretensión Subsidiaria de la Primera Principal

Solicitan las convocantes en la demanda integrada con la reforma, que en caso de no prosperar la Pretensión primera principal, en subsidio se declare por parte del Tribunal "... la NULIDAD ABSOLUTA de la enajenación de doscientas sesenta y siete (267) acciones de SOLLA S.A., por parte de la FUNDACIÓN AURELIO LLANO POSADA (antes FUNDACIÓN DE FOMENTO AGROPECUARIO BUEN PASTOR) a favor de BALMORAL, registrada en el libro de registro de accionistas el 7 de octubre de 1993, y como consecuencia de ello se ordenen las restituciones

entre las partes a que haya lugar, en orden a que las cosas vuelvan cabalmente a su estado anterior."

No habiendo prosperado la petición primera principal, procede ahora el Tribunal a examinar esta pretensión, subsidiaria de la primera.

1.2.1. Consideraciones del Tribunal

Sea lo primero llamar la atención acerca de la falta de técnica en la formulación de esta pretensión subsidiaria. En efecto, la amplitud de la pretensión primera principal –en la que, como se recordará, se solicitaba declarar el incumplimiento del contrato social de Solía, por violación de “... los requisitos legales y estatutarios vigentes en la época...”- conlleva a tener que valorar jurídicamente los diversos hechos que rodearon esta negociación de acciones entre la Fundación Aurelio Llano Posada y Balmoral, a la luz de las distintas sanciones previstas en la ley para los actos jurídicos, incluyendo, por supuesto, la de la nulidad absoluta.

De esta manera, habiendo llegado el Tribunal a la conclusión de que la primera pretensión principal no está llamada a prosperar, fundamentalmente porque no se encontró violación alguna del contrato social, no se ve, en sana lógica, por qué camino o vía procesal podría volverse a reabrir el examen sobre las implicaciones jurídicas de los mismos hechos, esta vez circunscrito a la sanción específica de la Nulidad Absoluta.

Con todo, aun admitiendo en gracia de discusión que este último examen sobre la presunta nulidad absoluta de la transacción fuese de algún modo viable desde la óptica procesal, hay que decir (o reiterar, como se prefiera), enfáticamente, que tampoco encuentra el Tribunal que se configure en el presente caso ninguno de las causales que de acuerdo con la ley (artículo 1741 del Código Civil, aplicable en materia comercial por virtud de la remisión contenida en el artículo 822 del Código de Comercio), comportan la nulidad absoluta del acto o contrato.

En efecto, no se advierte que la enajenación de acciones por parte de la Fundación a Balmoral, adolezca de objeto o causa ilícita. A esta conclusión se llega fácilmente con base en las consideraciones que ya tuvo oportunidad de realizar este Tribunal, cuando abordó el análisis de la Primera Pretensión Principal, y llegó a la conclusión de que este negocio de compraventa de acciones

en Solla S.A. se había llevado a cabo con sujeción a lo dispuesto en la ley y en los estatutos sociales, ergo, sin infringir el artículo 403, ordinal 2, del Código de Comercio, como lo plantean las demandantes en su alegato de conclusión (página 110, acápite 6.1).

Por otra parte, ni se ha alegado ni se ha comprobado que en este caso se haya omitido una formalidad inherente a la naturaleza del contrato, como tampoco que el mismo haya sido celebrado por persona absolutamente incapaz.

En mérito de lo expuesto, este Tribunal concluye que la Primera Pretensión Subsidiaria de la primera principal tampoco está llamada a prosperar, y así lo declarará en la parte resolutive de este fallo. Por tanto, tampoco prosperará la pretensión consecuencial relativa a que "se ordenen las restituciones entre las partes a que haya lugar, en orden a que las cosas vuelvan cabalmente a su estado anterior."

1.2.2. Excepciones

Al no prosperar la pretensión, se hace innecesario entrar a examinar las excepciones propuestas frente a la misma por Solla S.A. y por Balmoral.

2. SEGUNDA PRETENSIÓN

Procede a continuación el Tribunal a ocuparse en el análisis de la Pretensión Segunda Principal y sus consecuenciales.

2.1. Alcance de la Pretensión Segunda Principal

Las convocantes, en la demanda integrada después de la reforma, le solicitan al Tribunal que como consecuencia de la inexistencia de la decisión de la asamblea general de accionistas de SOLLA S.A. adoptada el 15 de marzo de 1994, consistente en aprobar la colocación de 12.266.217 acciones sin sujeción al derecho de preferencia (según consta en el acta No. 39 de ese órgano social), se declare que se incumplió el contrato de sociedad. A partir de esa petición, la parte convocante le solicita al Tribunal que reconozca y ordene una serie de

circunstancias jurídicas que, en su criterio, son consecuencia de la aludida pretensión.

2.2. Fundamentos fácticos invocados por las convocantes

Como fundamento de las solicitudes que se analizan en este acápite, el mencionado apoderado se basa en los hechos que aparecen en la demanda integrada y en diversas pruebas que obran en el expediente (hechos 32 a 61 de la demanda integrada, Cuaderno principal No. 2, folios 442-451).

Para los efectos del presente laudo es preciso remarcar algunas de las circunstancias fácticas mencionadas por las convocantes, que anteceden a la inscripción en el libro de registro de accionistas de un incremento de 12.266.217 acciones en la cuenta correspondiente a la sociedad Balmoral Overseas Inc., domiciliada en las Islas Vírgenes Británicas, cuya legalidad se ataca en el presente proceso. Estas circunstancias se refieren, en síntesis, al proceso de emisión y colocación de las aludidas acciones propias readquiridas de Solla S.A., en que habrían participado la asamblea general de accionistas, la junta directiva, el representante legal y el revisor fiscal de la sociedad.

En verdad, la referida inscripción en el libro de registro de accionistas constituye la culminación de un proceso iniciado por medio de la convocatoria formulada el 21 de febrero de 1994, a una reunión de la asamblea general de accionistas de la compañía que habría de celebrarse el 15 de marzo del mismo año (Cfr. Cuaderno principal No. 2, folio 442). Continúa el referido proceso con la celebración efectiva de la reunión del máximo órgano social en la fecha para la cual había sido convocada. En esta sesión se habría aprobado por unanimidad de los presentes la proposición consistente en colocar la totalidad de las 12.266.217 acciones readquiridas de la sociedad, las cuales se ofrecerían en suscripción, sin sujeción al derecho de preferencia, de conformidad con el reglamento que para el efecto expidiera la junta directiva.

Las determinaciones del máximo órgano social a que se ha hecho referencia, se encuentran detalladamente descritas en el Acta No. 39 del mencionado órgano social (Cfr. Cuaderno de pruebas No. 2, folios 159-204). Es relevante señalar en

este punto cómo las convocantes han puesto de presente la circunstancia de no encontrarse suscrita la referida acta por el señor Gabriel María Restrepo Santamaría, quien habría actuado como presidente en la reunión de la asamblea del 15 de marzo de 1994.

En el acta No. 431, correspondiente a la reunión de la junta directiva de Solla S.A. que se habría realizado el 9 de mayo de 1994, consta la aprobación del reglamento de colocación, sin sujeción al derecho de preferencia, de 12.266.217 acciones readquiridas de la sociedad, para que éstas fueran suscritas por la sociedad Balmoral Overseas Inc. (Cfr. Cuaderno de pruebas No. 2 folios 32-40). En el expediente obra igualmente copia del acta No. 433 de la junta directiva, en la cual consta la reforma del artículo quinto del reglamento de colocación de acciones de que da cuenta la precitada acta 431 del mismo órgano social, en lo relativo al plazo de la oferta (Cfr. Cuaderno de pruebas No. 2 folios 47-48).

Mediante Resolución No. 610-0029, expedida por la Superintendencia de Sociedades el 28 de junio de 1994, se autorizó a Solla S.A. para enajenar 12.266.217 acciones readquiridas de la sociedad, sin sujeción al derecho de preferencia, a favor de la compañía Balmoral Overseas Inc. Esta resolución fue notificada al señor Diego Mejía Arbeláez el 1º de julio de 1994 y quedó en firme en la misma fecha, debido a la renuncia a términos que consta en el texto de ese proveído (Cfr. Cuaderno principal No. 1, folios 336-338).

Por medio de comunicación formulada el 22 de agosto del mismo año, Solla S.A. ofreció las 12.266.217 acciones readquiridas a la sociedad beneficiaria de la renuncia al derecho de preferencia, la cual las suscribió el 29 de agosto de 1994, por un valor total de dos mil setecientos veintiocho millones setecientos cuarenta y dos mil seiscientos treinta y tres pesos con ochenta y dos centavos (\$2.728.742.633,82) (Cfr. Cuaderno principal No. 1, folios 339-340).

La demanda integrada se refiere, igualmente, a la existencia de un memorando dirigido al señor Aurelio Llano Posada, fechado el 12 de mayo de 1994 y suscrito por el señor Diego Mejía Arbeláez en su calidad de gerente financiero de Solla S.A., mediante el cual se efectúan diversas consideraciones respecto del

procedimiento que habría de seguirse para que se produjera una renuncia al derecho de preferencia en la colocación de acciones a favor Balmoral Overseas Inc. En el mismo memorando se indica la necesidad de aprobar el correspondiente reglamento de colocación de acciones por parte de la junta directiva de la sociedad

En el documento referido en el párrafo anterior se formulan las dos afirmaciones que se transcriben a continuación, cuya relevancia es innegable para los efectos del presente análisis. Mediante la primera, el señor Diego Mejía Arbeláez afirma lo siguiente: "Es aún posible aprovechar la [asamblea] realizada en el mes de Marzo para insertar esta proposición [relativa a la renuncia al derecho de preferencia consagrado en los estatutos]". Por medio de la segunda de las expresiones mencionadas, el mismo subgerente financiero de Solla señala que: "Dicho reglamento [de colocación de acciones propias readquiridas] puede insertarse en el acta de la Junta de Marzo, aún no pasada al libro, o en acta de Junta celebrada el pasado lunes 9 de Mayo". Y enseguida indica que, "de pronto por fechas es más prudente en esta última acta" (Cfr. Cuaderno principal No. 2, folios 474-475).

2.3. Oposición a la Segunda Pretensión Principal

Tal como se mencionó al comienzo del presente laudo arbitral, las sociedades Balmoral Overseas Inc., Solla S.A. y la Fundación Aurelio Llano Posada, quienes conforman la parte convocada en este proceso, por conducto de sus respectivos apoderados, expresaron oportunamente su oposición a la segunda pretensión principal al presentar los escritos de contestación de la demanda. Para el efecto, suministraron argumentaciones tendientes a defender la validez de la mencionada colocación de 12.266.217 acciones readquiridas de Solla S.A. e interpusieron las excepciones de mérito que consideraron apropiadas.

2.4. Consideraciones del Tribunal

Con el propósito de resolver respecto de los argumentos en que se fundamenta la pretensión *sub examine*, es menester, además de valorar las pruebas allegadas al proceso, realizar las consideraciones jurídicas que más adelante se presentan. Ellas se referirán, en especial, al proceso de colocación de acciones readquiridas,

a la naturaleza del contrato de suscripción, a la forma como éste se perfecciona, al régimen legal relativo al valor probatorio de las actas y a la existencia de determinaciones de los órganos sociales.

Antes de emprender el análisis de las normas jurídicas aplicables, es necesario analizar las cláusulas contractuales relevantes previstas en los estatutos sociales de Solla S.A. Se trata de los artículos 20, 22, 37 y 50 contenidos en la Escritura Pública No. 1199, otorgada el 27 de mayo de 1993, en la Notaría 14 del Círculo de Medellín.

2.4.1. Análisis de los artículos relevantes de los estatutos sociales de Solla S.A.

Las cláusulas estatutarias de Solla S.A., vigentes para la época en que se cumplieron los hechos que se analizan en este acápite, regulan detalladamente lo relativo a la colocación de acciones de la sociedad. A continuación se transcriben los apartes concernientes de las mencionadas estipulaciones contractuales.

- a) Artículo 20: "Las acciones reservadas quedan a disposición de la Asamblea General de accionistas para su emisión y suscripción cuando lo estime oportuno. Igual norma se aplicará respecto de las acciones en reserva que resulten de posteriores aumentos de capital y de las que la sociedad reacquiera en el futuro. El reglamento de suscripción elaborado por la Junta Directiva, salvo cuando se trate de acciones privilegiadas o de goce, caso en el cual deberá ser aprobado por la Asamblea".
- b) Artículo 22: "Por regla general, en toda suscripción de acciones ordinarias se preferirá como suscriptores a quienes fueren accionistas, de tal manera que ellos tengan siempre el derecho a suscribir una cantidad proporcional a las que posean en la fecha en que se apruebe el reglamento, por la parte de la Junta Directiva. No obstante, por vía de excepción, la Asamblea General de accionistas, en ejercicio de las atribuciones que la ley confiere, podrá disponer que determinada emisión de acciones ordinarias sea colocada sin sujeción al derecho de preferencia, para lo cual se requerirá el voto favorable de no menos del setenta por ciento (70%) de las acciones representadas en la reunión."

- c) Artículo 37: “Son funciones de la Asamblea General de accionistas: d. Disponer que determinada emisión de acciones ordinarias sea colocada con o sin sujeción al derecho de preferencia de que disfrutaban los accionistas”.
- d) Artículo 50, literal h: “Son funciones de la Junta Directiva: h. Reglamentar la emisión y colocación de acciones, cuya suscripción hubiese sido autorizada por la Asamblea”.

De las cláusulas estatutarias de Solla S.A. que acaban de transcribirse se desprende inequívocamente la concatenación de actos y determinaciones de varios órganos sociales, cuyo concurso es requerido para la colocación de las acciones de esta sociedad. Tal circunstancia se hace particularmente notoria cuando la suscripción se efectúa sin sujeción al derecho de preferencia. En efecto, la suscripción de acciones de la referida compañía es el resultado de una operación compleja en cuya formación participan varios órganos, como lo son la asamblea general, la junta directiva y el representante legal.

El proceso se inicia, según los términos de los artículos 20, 22 y 37 citados, por medio de la determinación que expide la asamblea general de accionistas. A este órgano no sólo le corresponde autorizar la colocación de las acciones que la sociedad pretende enajenar, sino que también tiene la facultad de decidir que la correspondiente operación se efectúe sin sujeción al derecho de preferencia. Así, pues, es claro en el régimen contractual aludido que el proceso de colocación de acciones no puede iniciarse sin la inevitable participación de la asamblea.

Tan pronto como el máximo órgano social ha dispuesto la emisión en los términos anteriores, la junta directiva de la sociedad debe proceder, conforme lo dispone el artículo 50 *ibídem*, a aprobar el correspondiente reglamento de colocación de acciones en el que habrán de incluirse las condiciones respectivas.

2.4.2. Regulación legal relativa al contrato de suscripción de acciones

La pretensión que se analiza se refiere a la colocación de acciones propias readquiridas de la sociedad Solla S.A. de ahí que resulte pertinente recordar cómo cuando una sociedad ha ejercido el derecho de retracto, el régimen jurídico de las correspondientes acciones readquiridas es análogo al previsto para la emisión y colocación de acciones ordinarias que la sociedad tenga en reserva. En verdad, aunque las acciones readquiridas -por haber sido previamente emitidas por la sociedad-, continúan formando parte del capital suscrito de la compañía, pueden ser enajenadas por la entidad emisora, para ser adquiridas por los accionistas o por terceros⁴. En efecto, al tenor de lo dispuesto en el artículo 417 del código citado, “con las acciones readquiridas en la forma prescrita en el artículo 396 podrá tomar la sociedad las siguientes medidas:

“1ª Enajenarlas y distribuir su precio como una utilidad, si no se ha pactado en el contrato u ordenado por la asamblea una reserva especial para la adquisición de acciones, pues en este caso se llevará el valor a dicha reserva (...)”.

Así, pues, la enajenación a que hace referencia el artículo precitado, debe cumplirse mediante el proceso de colocación de acciones, según los términos y condiciones que se hallen previstos en los estatutos sociales de la respectiva sociedad⁵. Con razón ha afirmado la jurisprudencia que “la regla para la suscripción de acciones de una sociedad anónima está regulada por la ley, por los estatutos y por el reglamento especial que para tales eventos elabore el órgano correspondiente de la misma sociedad”⁶.

⁴ En este sentido se ha pronunciado la Superintendencia de Sociedades, según se aprecia en el siguiente aparte del Oficio AN-00846, 29 enero 1989: “Según todo lo manifestado y siguiendo entonces los conceptos emitidos por esta entidad, la readquisición de acciones propias por parte de una sociedad no modifica el capital, en razón de que los fondos destinados a esa operación no son tomados del capital social sino de las utilidades líquidas, como ya quedó señalado.

“Por consiguiente, el capital social permanece inalterable, ya que en lugar de los beneficios sociales que se destinan a la compra, ingresan las acciones, formando parte del capital suscrito y por ende, esas acciones sí hacen parte del patrimonio social”.

⁵ Según el inciso final del artículo 396 del Código de Comercio, “la enajenación de las acciones readquiridas se hará en la forma indicada para la colocación de acciones en reserva”. En idéntico sentido puede verse el Artículo 1º de los estatutos sociales de Solla S.A., según el cual, “La sociedad sólo podrá adquirir sus propias acciones por decisión de la Asamblea General de accionistas con el voto favorable de por lo menos el setenta por ciento (70%) de las acciones suscritas, con fondos tomados de utilidades líquidas y siempre que tales acciones se encuentren totalmente liberadas. Los derechos inherentes a ellas, quedarán en suspenso mientras las acciones pertenezcan a la sociedad”.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 3 de mayo de 1971.

Como ya se señaló, los estatutos de Solla S.A. determinan, de modo perentorio, que el procedimiento para efectuar la indicada enajenación de acciones propias readquiridas, será el mismo previsto para la colocación de acciones ordinarias. Es por ello por lo que, para los efectos del presente laudo, no está de más analizar el procedimiento de colocación de acciones previsto en las disposiciones legales vigentes.

Por regla general, las colocaciones de acciones que efectúe una sociedad anónima, están sujetas a la elaboración de un reglamento de emisión y colocación de acciones aprobado por la Junta Directiva de la sociedad o por el órgano competente de acuerdo con los estatutos. El reglamento debe contener las condiciones mínimas que determinen las bases del contrato que la sociedad habrá de celebrar con los suscriptores de las acciones. El artículo 386 del Código de Comercio establece que el reglamento debe contener cuando menos las siguientes menciones: a) el número de acciones que se ofrezca; b) la proporción y forma en que podrán suscribirse; c) el plazo de la oferta, que no será menor de quince días ni excederá de tres meses; d) el precio a que serán ofrecidas que no será inferior al nominal, y e) los plazos para el pago de las acciones⁷.

Por lo demás, como regla supletoria propia de la sociedad anónima –y aplicable al caso de Solla S.A.–, toda colocación de acciones en la sociedad anónima está sujeta al derecho de preferencia, en los términos del artículo 388 del Código de Comercio. La norma en cita es clara en definir que “los accionistas tendrán derecho a suscribir preferencialmente en toda nueva emisión de acciones, una cantidad proporcional a la que posean en la fecha en que se apruebe el reglamento”⁸.

2.4.3. Naturaleza del contrato de suscripción de acciones

⁷ Según lo ha expresado la Superintendencia de Sociedades, le corresponde a la Junta Directiva “determinar las condiciones en que ha de hacerse la oferta de las acciones que la sociedad pretenda colocar entre sus accionistas o entre terceros, según el caso. Dichas condiciones son de libre estipulación siempre que las mismas se ubiquen dentro de los parámetros establecidos en el artículo 386 del Estatuto Mercantil el cual determina los requisitos que ha de contener el reglamento respectivo” (Oficio AN-14887 expedido por la Superintendencia de Sociedades el 5 de julio de 1991).

⁸ La Superintendencia de Sociedades se ha referido al aspecto jurídico que se analiza, al expresar que el derecho de preferencia contemplado en el artículo 388 del Código de Comercio, no admite discusión alguna, “pues en efecto se trata de un derecho de orden patrimonial propio de la naturaleza del contrato de sociedad, cuyo objetivo radica en la necesidad de garantizar a los accionistas que podrán, con la confianza que inspira todo imperativo de orden legal, suscribir antes que persona alguna (preferencialmente) en cada nueva emisión de acciones si no se ha hecho dejación de este derecho conforme con los términos del inciso tercero del artículo 388, ídem, y con los del artículo 420, regla 5ª, ídem” (Circ. lar Externa D-008/79).

Ahora bien, según lo previsto en el artículo 384 del Código de Comercio, “la suscripción de acciones es un contrato por el cual una persona se obliga a pagar un aporte a la sociedad de acuerdo con el reglamento respectivo y a someterse a sus estatutos. A su vez la compañía se obliga a reconocerle la calidad de accionista y a entregarle el título correspondiente”. El mencionado contrato de suscripción de acciones tiene carácter *accesorio*⁹. Así, es evidente que dicho negocio jurídico no puede subsistir de modo aislado e independiente respecto del contrato societario. Debido a que es la persona jurídica-sociedad la que formula la oferta, expide los títulos respectivos, confiere los derechos de accionista y registra en su contabilidad el aumento de capital suscrito que se produce luego de la suscripción, lo lógico es que tales consecuencias jurídicas no puedan producirse al margen del contrato social. Además, la presencia del derecho de preferencia que vincula tanto a la sociedad (por medio del denominado retracto), como a los accionistas, hace que exista una interdependencia entre el contrato de sociedad vertido en los estatutos sociales y el contrato de suscripción de acciones.

También es relevante tener en cuenta el carácter bilateral del contrato. Esta circunstancia implica, ciertamente, la existencia de vínculos jurídicos recíprocos para las partes. La Superintendencia de Sociedades, en expresa referencia al tema que se analiza, manifiesta que, “el suscriptor de acciones se obliga a pagar un aporte a la sociedad de acuerdo con el respectivo reglamento. Para que se extinga la obligación antedicha es menester el pago de la prestación debida el cual se hará bajo todos los respectos en conformidad con el tenor de la obligación misma, ya que el acreedor no está obligado a recibir cosa distinta a la debida, ni aún a pretexto de ser de igual o mayor valor la ofrecida”¹⁰. Una vez perfeccionado el referido contrato de suscripción, surge en forma automática, un incremento del capital suscrito¹¹.

2.4.4. Perfeccionamiento del contrato de suscripción de acciones

⁹ La Superintendencia de Sociedades ha enumerado las características del referido contrato, en los siguientes términos: “es consensual, bilateral, oneroso, comutativo, accesorio, por adhesión y nominado. Las partes de este negocio jurídico son la sociedad emisora y el suscriptor (accionistas o terceros) personas naturales o jurídicas” (Oficio AN-39536 del 8 de octubre de 1983).

¹⁰ Oficio OÁ-18773 del 26 de septiembre de 1984.

¹¹ Sobre este particular afirma la Superintendencia de Sociedades que “cuando se desea aumentar el capital suscrito para atender las necesidades diversas de la compañía, se apela a las acciones en reserva y se emite el número de ellas que se requiere para ser colocadas entre los accionistas y terceros, de acuerdo con un reglamento de colocación o suscripción, elaborado por el órgano social competente” (Oficio AN-26203 de octubre 4 de 1991).

El carácter contractual del negocio jurídico de suscripción de acciones implica que las normas relativas a su perfeccionamiento dependen, en buena parte, de las prescripciones contenidas en el correspondiente reglamento. Las disposiciones sobre oferta y su aceptación previstas en él, así como las normas específicas que sobre el particular prevé el régimen societario y, en general, las contenidas en el mismo estatuto en materia de contratación, determinan el ámbito normativo al que se sujeta el régimen respectivo en la colocación de acciones¹².

2.4.5. Análisis de las determinaciones de que dan cuenta las actas No. 39 de la asamblea general de accionistas y 431 de la junta directiva

El aspecto fundamental del análisis jurídico relativo a la procedencia de la pretensión segunda principal que se analiza en este acápite se refiere a las consecuencias jurídicas que se infieren de los hechos que se han demostrado a lo largo del proceso arbitral. En particular, es relevante el análisis detallado del contenido del ya reseñado memorando de 12 de mayo de 1994, suscrito por el señor Diego Mejía Arbeláez, en calidad de subgerente financiero de Solta S.A., mediante el cual se formulan diversas recomendaciones que se concretan en la inclusión de importantes hechos en actas de asamblea y junta directiva. El contenido del memorando lleva al Tribunal a considerar que ciertos elementos relevantes relacionados con la referida colocación de acciones fueron insertados *ex post facto* a las fechas en que se habrían adoptado las respectivas decisiones de asamblea y junta directiva.

Es preciso poner de presente que ninguna de las partes en este proceso efectúa tacha alguna sobre el documento a que alude el párrafo anterior. Así mismo, debe señalarse que el propio señor Mejía Arbeláez, en testimonio rendido ante el Tribunal el 15 de febrero de 2007, reconoció haber producido el mencionado memorando (Cuaderno de pruebas No. 1, folios 99-116). Así mismo, habrá de tenerse en cuenta para los efectos de lo aquí decidido, que al ser interrogado por los árbitros en relación con algunas de las afirmaciones transcritas, expresó, entre otras cosas, no recordar las razones por las cuales las había consignado.

¹² La Superintendencia de Sociedades ha expresado sobre el particular lo siguiente: "En cuanto a la oferta de acciones tenemos que es un acto jurídico unilateral, proveniente de la sociedad por acciones, por el cual ésta presenta a otra (s) o al público en general un proyecto de negocio jurídico, a fin de que el destinatario o los destinatarios concurren a su celebración" (Oficio AN-39536, Octubre 4, 1988).

El carácter contractual del negocio jurídico de suscripción de acciones implica que las normas relativas a su perfeccionamiento dependen, en buena parte, de las prescripciones contenidas en el correspondiente reglamento. Las disposiciones sobre oferta y su aceptación previstas en él, así como las normas específicas que sobre el particular prevé el régimen societario y, en general, las contenidas en el mismo estatuto en materia de contratación, determinan el ámbito normativo al que se sujeta el régimen respectivo en la colocación de acciones¹².

2.4.5. Análisis de las determinaciones de que dan cuenta las actas No. 39 de la asamblea general de accionistas y 431 de la junta directiva

El aspecto fundamental del análisis jurídico relativo a la procedencia de la pretensión segunda principal que se analiza en este acápite se refiere a las consecuencias jurídicas que se infieren de los hechos que se han demostrado a lo largo del proceso arbitral. En particular, es relevante el análisis detallado del contenido del ya reseñado memorando de 12 de mayo de 1994, suscrito por el señor Diego Mejía Arbeláez, en calidad de subgerente financiero de Solla S.A., mediante el cual se formulan diversas recomendaciones que se concretan en la inclusión de importantes hechos en actas de asamblea y junta directiva. El contenido del memorando lleva al Tribunal a considerar que ciertos elementos relevantes relacionados con la referida colocación de acciones fueron insertados *ex post facto* a las fechas en que se habrían adoptado las respectivas decisiones de asamblea y junta directiva.

Es preciso poner de presente que ninguna de las partes en este proceso efectúa alguna tachadura sobre el documento a que alude el párrafo anterior. Así mismo, debe señalarse que el propio señor Mejía Arbeláez, en testimonio rendido ante el Tribunal el 15 de febrero de 2007, reconoció haber producido el mencionado memorando (Cuaderno de pruebas No. 1, folios 99-116). Así mismo, habrá de tenerse en cuenta para los efectos de lo aquí decidido, que al ser interrogado por los árbitros en relación con algunas de las afirmaciones transcritas, expresó, entre otras cosas, no recordar las razones por las cuales las había consignado.

¹² La Superintendencia de Sociedades ha expresado sobre el particular lo siguiente: "En cuanto a la oferta de acciones tenemos que es un acto jurídico unilateral, proveniente de la sociedad por acciones, por el cual ésta presenta a otra (s) o al público en general un proyecto de negocio jurídico, a fin de que el destinatario o los destinatarios concurren a su celebración" (Oficio AN-39536, Octubre 4, 1988).

Es importante también considerar lo afirmado por el propio apoderado de Balmoral Overseas Inc. en los alegatos de conclusión presentados en la audiencia del 10 de julio de 2007, en el sentido de que “Si bien se demostró que con posterioridad se complementaron el acta de asamblea de marzo de 1994 y la junta directiva de Mayo, lo cual es usual en las sociedades y especialmente en las cerradas y de familia, fue porque en marzo 15 (fecha de la reunión de Asamblea) no se contaba con los datos e información necesaria para establecer el monto de la capitalización y el precio de las acciones, motivo por el cual se delegó en una comisión integrada por los doctores Aurelio Llano y Diego Mejía, el estudio correspondiente, para una vez concluido, se insertaran en el acta las cifras correspondientes...” (Cfr. Cuaderno principal No. 3, folio 1072). En el mismo alegato se señala que “las complementaciones como lo reconoció también el Dr. Mejía, se hicieron con aquiescencia de todos como él claramente lo explicó en sus respuestas, es decir, que todos aceptaron complementarlas, lo que se corrobora inclusive, por otro medios distintos a dicho testimonio...” (Ibídem).

El acervo probatorio que obra en el proceso es, pues, suficientemente claro respecto de la “complementación” de las actas, cuyo contenido es modificado con posterioridad a la fecha de las reuniones. En efecto, según ha quedado demostrado mediante prueba documental y testimonial, tanto el acta No. 39 de la asamblea general de accionistas, como la No. 431 de la junta directiva fueron adicionada *ex post facto* para agregarles elementos esenciales del proceso de colocación de acciones que, en realidad no habían sido considerados ni aprobados en las reuniones respectivas.

Sobre la primera de ellas, es relevante señalar cómo aspectos esenciales de la colocación de acciones (respecto de la cual se habría renunciado al derecho de preferencia), no estaban definidos en la fecha de la reunión del máximo órgano social. Así, aún aceptando en gracia de discusión que la determinación de asamblea consistente en colocar acciones readquiridas fue debidamente adoptada, está demostrado que para la fecha de la reunión del 15 de marzo de 1994, no se habían definido ciertos elementos esenciales de ese negocio jurídico. Por lo tanto, hay evidencia incontestable en el sentido de que para esa fecha se ignoraba cuando menos el *monto* de la colocación propuesta.

En cuanto tiene que ver con las determinaciones de la junta directiva presuntamente adoptadas en la reunión de ese organismo de que da cuenta el acta No. 431 (correspondiente a la reunión del 9 de mayo de 1994), puede afirmarse lo propio. La prueba de que en esa sesión del órgano administrativo de la sociedad no se encontraban definidas las condiciones específicas del reglamento de colocación de acciones ha surgido inequívocamente del testimonio rendido por el señor Diego Mejía Arbeláez, quien, además de reconocer la preparación del memorando de marras, reconoció la “complementación” de las actas. Esta prueba resulta particularmente relevante para los efectos del laudo arbitral que se profiere, puesto que el propio señor Mejía Arbeláez suscribió el texto del acta No. 431 en calidad de secretario.

2.4.6. El valor probatorio de las actas

Las determinaciones relativas a la colocación de acciones readquiridas de que trata la segunda pretensión principal, están documentadas en actas de la asamblea general de accionistas y de la junta directiva incorporadas en los libros de actas de Solla S.A. (tal como pudo verificarse en la inspección judicial cumplida el 2 de marzo de 2007). Es por ello por lo que se impone definir el alcance probatorio que ha de asignársele a tales documentos en la determinación de los asuntos que le competen al Tribunal.

El artículo 189 del Código de Comercio determina tanto el contenido como los requisitos y formalidades que han de tenerse en cuenta para la preparación de actas de la asamblea general de accionistas. La norma alude, de modo específico, al valor probatorio de las actas que se han confeccionado conforme a dichas prescripciones legales. Según el tenor literal de la norma en cita, las actas debidamente elaboradas, “serán prueba suficiente de los hechos que consten en ellas, mientras no se demuestre la falsedad de las copias o de las actas”¹³. La

¹³ Según el texto del artículo 189 del Código de Comercio, “las decisiones de la junta de socios o de la asamblea se harán constar en actas aprobadas por la misma, o por las personas que se designen en la reunión para tal efecto, y firmadas por el presidente y el secretario de la misma, en las cuales deberá indicarse, además, la forma en que hayan sido convocados los socios, los asistentes y los votos emitidos en cada caso. La copia de estas actas, autorizada por el secretario o por algún representante de la sociedad, será prueba suficiente de los hechos que consten en ellas, mientras no se demuestre la falsedad de las copias o de las actas. A su vez a los administradores no les será admisible prueba de ninguna clase para establecer hechos que no consten en las actas”. Esta norma es reiterada en el artículo 431 del mismo estatuto cuando señala que “lo ocurrido en las reuniones de la asamblea se hará constar en el libro de actas. Estas se firmarán por el presidente de la asamblea y su secretario, o en su defecto, por el revisor fiscal”.

relevancia de la norma transcrita se patentiza en la multiplicidad de pronunciamientos doctrinarios que se han proferido para interpretar el alcance del precepto contenido en ella.

La Superintendencia de Sociedades ha sido prolija en los pronunciamientos de doctrina oficial al respecto. Así, mediante Oficio AN-03926 de marzo 25 de 1988, la entidad gubernamental formuló un detenido análisis sobre los principales aspectos que se relacionan con la eficacia probatoria de las actas o aún más a los elementos que determinan su eficacia probatoria. En el criterio oficial de la Superintendencia, se trata de tres elementos fundamentales como son la materia, el autor y el contenido.

Debido a la relevancia que para los efectos del presente laudo reviste el valor probatorio de las actas, conviene analizar detenidamente la posición autorizada de la Superintendencia de Sociedades sobre esta materia. Es por ello por lo que a continuación se transcribe el desarrollo doctrinario que la referida superintendencia formula en el precitado oficio AN-03926:

“Condiciones propias que deben reunir. Unas de carácter extrínseco que hacen relación a los requisitos externos que deben reunir, como pueden ser estar consignadas en un libro especial destinado a ese efecto, el cual debe estar registrado en la Cámara de comercio del domicilio social, no alterar las hojas, llevarlas en orden cronológico.

“Las intrínsecas se refieren a los requisitos que debe contener el texto del acta; tales son los señalados por los artículos 189 y 431 del Código de Comercio, entre los que se destacan el de conferirle al estatuto mercantil el carácter de ‘prueba suficiente’, a las copias de las actas que cumplan con la totalidad de las formalidades legales y que, además, se encuentre ‘autorizada’ por el secretario o algún representante de la sociedad. En este aspecto es necesario hacer claridad al respecto de un hecho del cual se desprende que las copias de las actas sean prueba suficiente y es el de su aprobación, pues antes de que ello ocurra no tenemos un documento que tenga un real valor probatorio.

“El acta puede ser aprobada por el mismo órgano social en el momento de la reunión previo un receso para elaborar y redactar el acta por la persona encargada para tal fin, esto es, el secretario, o bien puede ser aprobada por una comisión designada (...).

“Como las actas son documentos a través de los cuales el ente societario de manera clara, completa y fidedigna, expresa su voluntad, el legislador consciente de su valor probatorio y buscando la protección de la exactitud de los hechos en ellas contenidos, los rodeó de garantías adicionales con el ánimo de evitar que la persona del documentador, incurriendo en error al percibir los hechos, o en mala fe, hiciera constar hechos diferentes a los ocurridos.

“Garantías consistentes en consagrar como requisitos de eficacia probatoria, la aprobación del texto de las actas junto con las firmas del presidente y del secretario, o en su defecto del revisor fiscal”.

En otro pronunciamiento doctrinario contenido en el Oficio SL-00114 enero 5 de 1989, la misma Superintendencia afirmó sobre las actas del máximo órgano social lo siguiente: “El acta es entonces un medio a través del cual, en principio, puede probarse lo ocurrido en una reunión de la Asamblea o Junta de Socios y por lo tanto el documento mediante el cual puede exigirse el cumplimiento de obligaciones por parte de la sociedad, de los socios o de los administradores. Siendo ello así, el legislador ha señalado ciertas formalidades para tales documentos con el fin de dotarlos de idoneidad para servir de medio probatorio suficiente, formalidades sin las cuales los mismos no alcanzan la plenitud de su valor y por lo tanto los hechos allí narrados no pueden entenderse suficientemente probados” (*Conceptos*, Tomo IX 1988-1990).

Por último, en Oficio 220-08106, la mencionada Superintendencia de Sociedades volvió a referirse al asunto *sub examine* al señalar que, de la previsión contenida en el artículo 189 *ibidem*, se desprende que la intención del legislador fue la de conferirle el carácter de prueba suficiente a las copias de las actas que cumplan con la totalidad de las formalidades legales con la sola exigencia de la autorización que de ella emita ‘el secretario o algún representante de la sociedad’, presupuesto del que se deriva que resulta innecesaria la presentación del libro de actas para

verificar su correspondencia con el acta original" (Superintendencia de Sociedades. *Doctrinas y Conceptos Jurídicos 2004*).

A la luz de los pronunciamientos que se han transcrito, es factible efectuar un análisis jurídico sobre la proposición No. 1 contenida en el acta No 39, correspondiente a la reunión de la asamblea general de accionistas de Solla S.A., celebrada el 15 de marzo de 1994.

Lo primero que debe inferirse de las opiniones doctrinarias precitadas es que la circunstancia de no encontrarse el acta suscrita por el señor Gabriel María Restrepo Santamaría, quien actuó como presidente de la reunión, deja al documento mencionado desprovisto del valor probatorio excepcional que se le otorga en el artículo 189 del Código de Comercio. Ello significa que el Tribunal puede acudir a otros medios probatorios para formarse un criterio sobre las determinaciones adoptadas por el máximo órgano social en la sesión del 15 de marzo de 1994. En efecto, el hecho de que no concurra la totalidad de las condiciones requeridas para la confección del acta, impide que se le tenga como "prueba suficiente" de los hechos que en ella constan, de modo que para el panel arbitral es factible tener en cuenta otras circunstancias probatorias obtenidas a lo largo del proceso. Y dentro de tales medios de prueba cobran especial relevancia las que surgen del ya tan mencionado memorando suscrito por el señor Mejía Arbeláez y lo dicho al Tribunal por ese mismo testigo.

Es evidente, a la luz de tales evidencias que la referida acta no es del todo veraz en cuanto alude a las determinaciones adoptadas por la asamblea. En ella se hace expresa referencia al monto específico de la colocación de acciones readquiridas que la sociedad pretende poner en venta. Se señala que se trata de 12.266.217 acciones readquiridas. Tal afirmación no puede corresponder a la realidad, máxime cuando se sabe con certeza que para la fecha de la reunión cumplida el 15 de marzo de 1994, se ignoraban los datos numéricos específicos que, según quedó demostrado por varios medios, habrían de adicionarse *a posteriori* al tenor del acta de asamblea. Así lo reconoció, de modo explícito, el apoderado de las convocadas al señalar que las cifras correspondientes a la colocación sólo se insertarían en el acta una vez que la comisión designada para estudiar el tema, las definiera.

El Tribunal no encuentra de recibo la afirmación según la cual, las “complementaciones” se efectuaban con “aquiescencia de todos”, porque la propia ley determina que no es viable la adición de las actas con asuntos que no hubieren sido tratados en la correspondiente reunión, sin que el mismo órgano social vuelva a reunirse para conocer de la adición respectiva. Al tenor de lo dispuesto en el artículo del decreto 2649 de 1993, “cuando inadvertidamente en las actas se omitan datos exigidos por la ley o el contrato, quienes hubieren actuado como presidente y secretario pueden asentar actas adicionales para suplir tales omisiones. Pero cuando se trate de aclarar o hacer constar decisiones de los órganos, el acta adicional debe ser aprobada por el respectivo órgano o por las personas que este hubiere designado para el efecto”.

Si bien es cierto que la norma transcrita permite efectuar ciertas correcciones menores en el texto de las actas, no lo es menos que tal permisión no se extiende a la posibilidad de generar nuevas determinaciones que no hubieren sido debatidas y aprobadas oportunamente en la correspondiente sesión”.

Tampoco se considera aceptable la afirmación según la cual, la práctica de complementar *ex post facto* las actas de asamblea, para insertar en ellas elementos no discutidos en el seno del órgano social, sea jurídicamente viable, por ser común. Aceptar ese raciocinio equivaldría a convalidar una costumbre contraria a derecho, lo cual le está expresamente vedado al juzgador (*nulla consuetudo contra legem*).

Así las cosas, el Tribunal debe considerar que existe falsedad en el contenido de las Actas Nos 39 de la asamblea general de accionistas y 431 de la junta directiva de Solla S.A. En la primera, esta alude a la determinación del máximo órgano social de ordenar la colocación de las acciones readquiridas de la sociedad sin sujeción al derecho de preferencia y, en la segunda, la discrepancia con la realidad se refiere a la aprobación del reglamento de emisión y colocación de acciones.

2.4.7. Autorización de la Superintendencia de Sociedades

Bajo las reglas contenidas en el Código de Comercio para la época en que se efectuó la operación *sub lite*, se le exigía a las sociedad permanentemente vigilada por la Superintendencia de Sociedades, someter a la consideración de ese despacho toda colocación de acciones, a fin de obtener la correspondiente aprobación. Con razón afirmaba la Superintendencia de Sociedades que, "la intención del legislador sobre el punto en comento se revela desde el año de 1958, cuando en la exposición de motivos del Proyecto de Código de Comercio estableció al respecto: "con este reglamento se pretende que las condiciones de la colocación de las acciones a que se refiera el permiso, se haga en igualdad de condiciones para todos los suscriptores" (Oficio AN/8900, del 22 de mayo de 1981) (Doctrinas y Conceptos Vigentes, 1972 – 1982).

De ahí que sea relevante tener en cuenta que el mencionado trámite se cumplió en su oportunidad. Con todo, la expedición por parte de la Superintendencia de Sociedades de la resolución 610-0029 del 28 de junio de 1994, constituye tan sólo un acto administrativo que no puede convalidar los defectos sustanciales de que pueda adolecer el acto que por ella se autoriza. En realidad, el procedimiento administrativo por medio del cual se autoriza la colocación de acciones se limita a verificar los elementos jurídicos que constan en los documentos procedentes de la sociedad, como son para este caso las actas de asamblea y junta directiva. En la fecha de expedición del referido acto administrativo, la entidad administrativa carecía de las facultades y de los elementos de juicio para evaluar la veracidad de las determinaciones plasmadas en los documentos presentados en apoyo de la solicitud de autorización.

2.4.8. Inexistencia de decisiones de asamblea y junta directiva

Analizados como quedan los aspectos relativos a las referidas actas de asamblea general y junta directiva de Solla S.A., es pertinente analizar la tan citada suscripción de 12.266.217 acciones propias readquiridas de Solla S.A. por parte de la sociedad Balmoral Overseas Inc., para determinar las consecuencias jurídicas de las irregularidades que se han observado, a la luz de las disposiciones legales vigentes.

Dentro de las sanciones del negocio jurídico mercantil deben descartarse para este caso, la nulidad absoluta y relativa, la ineficacia y la inoponibilidad. El Tribunal

no considera necesario en este punto analizar respecto de estas figuras jurídicas los fenómenos de caducidad y prescripción, pues no encuentra que se haya demostrado a lo largo del proceso causal alguna que justifique la aplicación de tales sanciones.

Resta tan sólo analizar el fenómeno de la inexistencia regulado de modo explícito en el inciso segundo del artículo 898 del Código de Comercio. Al tenor de esta norma, "será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato o cuando falte alguno de sus elementos esenciales"¹⁴. El precepto en cita no consagra propiamente una sanción al negocio jurídico, sino más bien un concepto que contrasta con la ontología misma del negocio jurídico. En este sentido se ha pronunciado la Superintendencia de Sociedades al señalar que "el concepto de inexistencia hace relación directa al de constitución o nacimiento del negocio jurídico, e implica, por tanto, la idea de algo que no ha llegado a formarse por falta de uno o más requisitos esenciales para su formación. Comporta pues la negación, o sea que el cacto no se constituye y, desde luego, no tiene existencia ante la ley, pues no corresponde, ni siquiera, a la definición que ella trae acerca de él". (Resolución número 03193, julio 11 de 1973).

En sentido análogo, la doctrina nacional ha abundado en explicaciones sobre la inexistencia en el derecho colombiano y sobre sus diversas implicaciones jurídicas. Para Uribe Holguín, "La inexistencia del contrato es fenómeno que solo puede tener lugar cuando hay *apariencia* de consentimiento que las partes no han otorgado realmente. Esta apariencia es resultante de una *prueba* no verídica". Y más adelante agrega que "la prueba de un contrato puede no ajustarse a la verdad de dos maneras diferentes: a) Porque no sea cierto que los aparentes contratantes manifestaran celebrar ese contrato, y b) Porque habiendo manifestado celebrarlo,

¹⁴ En la jurisprudencia colombiana se ha puesto de presente la diferencia que existe entre la sanción de ineficacia consagrada en el Código de Comercio y la inexistencia. Así, el Consejo de Estado ha señalado sobre esta distinción que, el fenómeno jurídico de la inexistencia "se predica de los negocios jurídicos cuando se celebraron sin las solemnidades sustanciales que la Ley exige para su formación o cuando falte alguno de sus elementos esenciales (Artículo 898 del C. de Co.). En cambio la ineficacia es un fenómeno jurídico que esta referido a la ejecutoriedad del acto, en cuanto no puede producir efectos sin necesidad de declaración judicial (Artículo 897 *ibidem*). La ineficacia puede ser total o parcial; ejemplo de ésta última es la inoponibilidad frente a terceros cuando no se han cumplido los requisitos de publicidad que la Ley exija (Artículo 901) (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. 7 de octubre de 1977).

no sea cierto que lo celebraran realmente. En el primer caso la prueba es *falsa*; en el segundo la prueba es verídica, pero el contrato de que da cuenta es *simulado*. En ambas hipótesis el contrato es solo aparente: no existe. (...) Tanto en el caso de falsedad, como en el de simulación, la inexistencia del contrato aparente no es manifiesta. Se requiere pedirle al juez la declaración de que la prueba es falsa o el contrato es simulado, respectivamente.”¹⁵.

Las opiniones doctrinarias que se han transcrito permiten inferir, sin ambages, que las presumibles determinaciones de la asamblea general de accionistas de Solla S.A., relativas a la colocación de 12. 266.217 acciones propias readquiridas, según lo señalado en el texto del Acta No. 39, correspondiente a la reunión del 15 de marzo de 1994, son inexistentes bien porque las determinaciones no fueron adoptadas o porque a ellas les faltan elementos esenciales. En verdad, la presunta voluntad que aparece plasmada en un acta cuya falsedad ha quedado demostrada, es equivalente a un consentimiento que no ha sido expresado¹⁶. De ahí que deba considerarse que el acto no ha sido celebrado, de manera que no produce consecuencias civiles (artículos 899 del Código de Comercio, 1760 y 1500 del Código Civil).

Lo propio puede afirmarse respecto de la decisión de la Junta Directiva, cuyo contenido aparente corresponde también a un negocio jurídico inexistente. Aparte de lo expresado en materia de la falsedad en el contenido de este instrumento, es evidente que si de lo que se trataba era de reglamentar y darle contenido a la decisión de la asamblea contenida en el acta No. 39, citada, tal reglamentación no era viable por sustracción de materia. En realidad, la naturaleza compleja del negocio de suscripción de acciones en el caso específico de Solla S.A., hacía inviable la continuación de un proceso en cuyo inicio estaba ausente la voluntad. De igual forma, es evidente, a la luz de todas las consideraciones formuladas que el contrato de suscripción de acciones presuntamente celebrado entre Solla S.A. y Balmoral Overseas Inc. es, igualmente, inexistente al ser inexistente la oferta. En

¹⁵ RICARDO URIBE HOLGUÍN, *De las obligaciones y de los contratos en general*, Bogotá, ed. Temis, 1982, Pág. 193-195.

¹⁶ La voluntad “debe ser expresada para que se produzcan los efectos. De lo contrario, así hayan sido y queridos, en verdad no se pueden producir. En otras palabras: el simple deseo de que se produzcan efectos jurídicos no es suficiente para materializarlos; es indispensable la manifestación de voluntad”. (CARLOS DARÍO BARRERA TAPIAS, *Las obligaciones en el derecho Moderno, Las Fuentes. El acto Jurídico*, segunda edición, Bogotá, Editorial Temis, 2004, Pág. 44).

verdad, la falta de ofrecimiento, imposibilita la aceptación y, sin esta última, no puede haber contrato.

2.4.9. Imposibilidad de saneamiento de la inexistencia y viabilidad de su reconocimiento

Según se infiere de lo analizado en el acápite precedente la inexistencia del negocio jurídico de colocación de acciones readquiridas en Solla S.A. opera sin que se requiera una decisión judicial, porque en lugar de ser una sanción propiamente dicha, constituye la ausencia misma del negocio jurídico. Por ello, si tal acto es inexistente, el Tribunal tan solo se limita a constatar y a declarar esa situación ontológica. Es pues, evidente, que la inexistencia no surge de la decisión del Tribunal. El reconocimiento que por el presente laudo se hace del fenómeno jurídico de la inexistencia no tiene carácter constitutivo, sino meramente declarativo.

Es por lo anterior, también, por lo que, además, no opera la figura de la prescripción, ni es factible sanear la inexistencia. Así lo ha sostenido la doctrina, al señalar que "el acto inexistente no es saneable por prescripción extraordinaria, porque el solo discurrir del tiempo carece de la virtud creadora de convalidar la nada o de lograr que surta efectos lo que no puede producirlos. El transcurso de los años eventualmente tiene el mérito de hacer desaparecer un vicio de nulidad cuando el acto existe; pero cuando este no ha nacido, tal función depuradora no actúa por sustracción de materia, ya que no es posible infundirle vida si *ab initio* no la ha tenido"¹⁷.

Partiendo de la premisa que antecede, es viable concluir que la inexistencia no tiene que ser solicitada. Este Tribunal está facultado para declararla oficiosamente por haberse comprobado la carencia de voluntad en las determinaciones aparentes cuya inexistencia se ha probado ampliamente y se reconoce. Esta constatación o reconocimiento oficioso de la inexistencia de la colocación de acciones readquiridas, le permite al Tribunal ocuparse a continuación en el análisis de las pretensiones consecuenciales que se han solicitado.

¹⁷ JOSÉ IGNACIO NARVÁEZ GARCÍA, *Derecho Mercantil Colombiano, Obligaciones y Contratos Mercantiles*, segunda edición, Bogotá, Editorial Legis, 2004, Pág. 257.

2.5. Análisis de las pretensiones consecuenciales

A continuación se transcriben las pretensiones consecuenciales de la segunda principal y se resuelve sobre cada una de ellas.

2.5.1. "A BALMORAL OVERSEAS INC. restituir a SOLLA S.A. las 12.266.217 acciones readquiridas, que "suscribió" sin sujeción al derecho de preferencia el día 29 de agosto de 1994, fecha en que se registró la operación en el libro de registro de accionistas".

En razón del reconocimiento de la inexistencia del contrato de suscripción de acciones celebrado presuntamente entre Solla S.A. y Balmoral Overseas Inc., se le ordenará a esta última sociedad la restitución de las 12.266.217 acciones readquiridas que suscribió el 29 de agosto de 1994.

2.5.2. "A SOLLA S.A. a cumplir el contrato de sociedad, en especial el artículo 22 de los estatutos sociales y demás disposiciones pertinentes, por virtud de los cuales todos los accionistas podrán suscribir las 12.266.217 acciones propias readquiridas y las nuevas emisiones de y las nuevas emisiones de acciones, a prorrata de su participación en el capital suscrito y pagado de SOLLA S.A."

Con fundamento en las explicaciones formuladas en relación con el contrato de suscripción de acciones, resulta evidente para el Tribunal que esta pretensión consecencial no está llamada a prosperar y así se declarará en la parte resolutive. En verdad, si es del resorte exclusivo de los órganos sociales la determinación relativa a la colocación de acciones readquiridas, no se ve cómo podría una autoridad jurisdiccional inmiscuirse en la órbita privada para suplantar la voluntad de la asamblea y la junta directiva de la sociedad.

2.5.3. "Cancelar en los libros de registro de accionistas de SOLLA S.A. la inscripción a favor de BALMORAL, de las 12.266.217 acciones readquiridas, que fueron adquiridas el día 29 de agosto de 1994, sin sujeción al derecho de preferencia, por parte de BALMORAL OVERSEAS INC., así como las demás acciones que ésta haya adquirido consecencialmente como resultado de calidad

de accionista que le habría otorgado la adquisición de las 12.266.217 acciones, según se pruebe en el presente documento”.

En razón del reconocimiento de la inexistencia del contrato de suscripción de acciones celebrado presuntamente entre Solla S.A. y Balmoral Overseas Inc., el tribunal le ordenará a la primera de las sociedades mencionadas, la cancelación en el libro de registro de accionistas de la inscripción efectuada por Balmoral Overseas Inc. de las 12.266.217 acciones readquiridas que fueron adquiridas el 29 de agosto de 1994.

Sobre las demás acciones adquiridas en Solla S.A. por Balmoral Overseas Inc. con posterioridad a la fecha indicada, el Tribunal se pronunciará en el acápite pertinente del presente laudo arbitral.

2.5.4. “A BALMORAL OVERSEAS INC. a restituir a SOLLA S.A. los dividendos ordinarios y extraordinarios que haya recibido por concepto de las acciones que deberá restituir”.

En razón del reconocimiento de la inexistencia del contrato de suscripción de acciones celebrado presuntamente entre Solla S.A. y Balmoral Overseas Inc., el tribunal le ordenará a la última de las sociedades mencionadas, la restitución de los dividendos ordinarios y extraordinarios que recibió por concepto de las 12.266.217 acciones que deberá restituir. Tales dividendos, según los cálculos incluidos en el dictamen pericial, se calcularán en la parte pertinente de este laudo.

2.5.5. “A SOLLA S.A. pagar los dividendos que a los Demandantes corresponda en las utilidades de dicha sociedad, con arreglo a su participación efectiva producto de la restitución ordenada en desarrollo e las pretensiones anteriores, que se hubiesen causado a partir del ejercicio de 1994, hasta cuando se cumpla el laudo respectivo”.

Resulta evidente para el Tribunal que esta pretensión consecuencial no estará llamada a prosperar. Debido a que esta atribución es del resorte exclusivo de la asamblea general de accionistas (artículo 420, ordinal 2º del Código de Comercio),

no resulta viable que el Tribunal de arbitramento se abrogue la facultad de decidir acerca del destino que ha de dársele a las utilidades sociales. El reparto de dividendos debe efectuarse de conformidad con lo previsto en el título IV del Libro Segundo del referido estatuto.

2.5.6. “Las restituciones recíprocas entre SOLLA S.A. y BALMORAL producto de las suscripciones de acciones que se hayan efectuado con posterioridad al año de 1994, producto del derecho de suscripción preferente que SOLLA S.A. reconoció a BALMORAL por virtud de las 12.266.217 de acciones que éste deberá restituir”.

La circunstancia de haberse reconocido la inexistencia de la colocación de acciones a que alude esta pretensión no implica, necesariamente, que las suscripciones ulteriores o los negocios jurídicos sobre acciones con posterioridad a la fecha en que presuntamente se cumplió tal colocación, pierdan todo fundamento jurídico. Por otra parte, advierte el tribunal que la pretensión tercera de la demanda versa precisamente sobre la validez de las colocaciones de acciones efectuadas con posterioridad a 1994, vale decir, las realizadas por Balmoral Overseas Inc. en 1995 y 2002.

Así las cosas, el Tribuna denegará esta petición consecencial de la pretensión segunda, sin perjuicio de analizar en su debida oportunidad la validez de las suscripciones de acciones de 1995 y 2002, en el marco de lo formulado en la pretensión tercera.

2.5.7. “A SOLLA S.A. ofrecer las acciones que corresponderían a los Demandantes en las colocaciones de acciones efectuadas con posterioridad al año de 1994, teniendo en cuenta la proporción que a los mismos corresponda con sujeción al derecho de preferencia previsto en el contrato de sociedad respecto de toda colocación de acciones”.

Resulta evidente para el Tribunal que esta pretensión consecencial no está llamada a prosperar –y así se declarará en la parte resolutive- por las razones ya expresadas para la pretensión que antecede en el punto 2.5.2.

2.5.8. Las demás restituciones entre las partes entre sí y entre los mismos Demandados que resulten pertinentes, en orden a que las cosas vuelvan cabalmente a su estado anterior.

El Tribunal considera que no existen restituciones diferentes de las ya ordenadas que deban decretarse entre las partes ni entre los mismos demandados.

2.6. Excepciones Presentadas por la Parte Convocada en Relación con la Segunda Pretensión Principal

2.6.1. Prescripción Extintiva:

Respecto de esta excepción, debe reiterarse lo afirmado en el sentido de que el tribunal tiene plena competencia para pronunciarse en cualquier tiempo sobre la inexistencia del negocio de colocación de acciones a que alude la segunda pretensión principal. Tal como se señaló anteriormente (apartado 2.4.9.) la inexistencia es imprescriptible, de manera que no puede sanearse con el paso del tiempo.

Por las razones anteriores, esta excepción no está llamada a prosperar y así se declarará en la parte resolutive de este laudo arbitral.

2.6.2. "Perjuicios o daños no indemnizables por falta de relación de causalidad con el actuar de las codemandadas".

La determinación que el tribunal adopta en relación con la segunda pretensión principal no es de carácter indemnizatorio. Lo que se decide consiste en la restitución de prestaciones cumplidas al amparo de un negocio jurídico aparente, pero inexistente. Así las cosas, por sustracción de materia, la excepción invocada no está llamada a prosperar y así se declarará en la parte resolutive de este laudo arbitral.

3. PRETENSIÓN TERCERA

La petición tercera de la demanda se circunscribe a que se declare por el Tribunal que con ocasión de las colocaciones de acciones de Solla S.A., a raíz de los

reglamentos de suscripción efectuados por la Junta Directiva el 1° de diciembre de 1995 y/o del 22 de marzo de 2002, suscritas por Balmoral Overseas Inc., **se incumplió** el contrato de sociedad de Solla S.A.

Partiendo de esta premisa, las convocantes consecuencialmente solicitan al tribunal disponer lo siguiente:

1. Resolver las suscripciones de acciones efectuadas por Balmoral Overseas Inc. respecto de las cuales se haya incumplido el contrato de sociedad de Solla S.A.
 2. A Balmoral Overseas Inc. restituir a Solla S.A. las acciones suscritas respecto de las cuales se haya incumplido el contrato de sociedad de Solla S.A.
 3. Cancelar en los libros de registro de accionistas de Solla S.A. las acciones emitidas y entregadas a Balmoral Overseas Inc. con ocasión de las suscripciones de acciones respecto de los cuales se haya incumplido el contrato de sociedad de Solla S.A. así como las demás acciones que Balmoral haya adquirido consecuencialmente como resultado de la calidad de accionistas que le hubiere otorgado la adquisición de las acciones indebidamente suscritas, según se pruebe en el presente proceso.
 4. A Balmoral Overseas Inc. restituir a Solla S.A. los dividendos ordinarios y extraordinarios que haya recibido por concepto de las acciones que deberá restituir.
 5. A Solla S.A. pagar los dividendos que a los Demandantes corresponda en las utilidades de dicha sociedad, con arreglo a su participación efectiva producto de la restitución ordenada en desarrollo de las pretensiones anteriores, que se hubiesen causado hasta cuando se cumpla el laudo respectivo.
 6. Las restituciones recíprocas entre Solla S.A. y Balmoral Overseas Inc. producto de las suscripciones de acciones llevadas a cabo con violación del contrato social.
-

7. A Solla S.A. ofrecer las acciones que corresponderían a los Demandantes en las colocaciones de acciones que se efectuaron sin observancia del contrato de sociedad.

8. Las demás restituciones entre las partes entre sí y entre los mismos Demandados, que resulten pertinentes, en orden a que las cosas vuelvan cabalmente a su estado anterior.

3.1. Análisis

Varios aspectos de análisis le merece al Tribunal la Petición Tercera, a saber:

En primer lugar se trata de un ataque a dos actos jurídicos diferentes, el uno relativo a la colocación de acciones surgidas del reglamento de suscripción aprobado el 1° de diciembre de 1995 y, el otro, referido al reglamento de suscripción aprobado el 23 de marzo de 2002.

Por tal razón, evidentemente el estudio debe ser dividido y enfocado en particular a cada uno de estos actos jurídicos y a las consecuencias originadas en los mismos, lo cual dicho sea de paso, no está claramente diferenciado en la petición que se hace conjunta, no obstante tener diversos supuestos de hecho en la demanda y en los alegatos. El Tribunal procederá a examinarlos por separado.

3.1.1. Reglamento de Suscripción del 1° de Diciembre de 1995 y Colocaciones Surgidas del Mismo:

Al revisar los hechos 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79 y 80 de la demanda se deducen fundamentalmente dos glosas que propone la convocante a las actuaciones de la Junta Directiva. La primera de ellas referida a la composición de la Junta Directiva de la sociedad Solla S.A. y la segunda al no ejercicio del derecho de preferencia por las sociedades Llano Soto y Cía. S en C y Llanos y Cía. S en C.

3.1.1.1. Composición de Junta Directiva de Solla S.A. al Momento de la Aprobación de los Reglamentos de Suscripción de Diciembre 1° de 1995.

Ataca la demanda la validez de la composición de la Junta Directiva y por tanto de sus decisiones, al advertir el parentesco de tres miembros de dicho órgano, lo cual en su sentir (expresado con claridad en el aparte 5.1. del alegato de conclusiones) da origen a la violación del artículo 435 del Código de Comercio, el cual, como ya se analizó al resolver sobre la pretensión primera, sanciona con la ineficacia cualquier decisión tomada por una mayoría integrada por personas ligadas entre sí por matrimonio o por parentesco, dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, excepto en las sociedades reconocidas como de familia.

Una vez revisadas las evidencias que constan en los registros civiles aportados por la convocante, el Tribunal ha observado cómo, en realidad, en la composición de la Junta existen los siguientes parentescos.

i) A la señora Ángela María Llano la liga un parentesco de afinidad en segundo grado con el señor Luis Alfonso Correa Álvarez, hermano de su cónyuge Javier Alberto Correa Álvarez y un parentesco de segundo grado de consanguinidad con su hermano Germán Llano Soto.

ii) Sin embargo el mencionado Germán Llano Soto no se encuentra ligado dentro de ninguno de los grados de parentesco que especifica, para el caso la ley Mercantil, con el señor Luis Alfonso Correa Álvarez.

iii) La anterior circunstancia lleva a que no se encuadren estos parentescos dentro de los presupuestos fácticos contemplados mencionados en el referido artículo 435 del C. de Co., puesto que éste exige el que las personas que conformen la mayoría viciada estén ligadas **entre sí**, lo cual no se da en el presente caso, pues como se evidencia, entre los señores Germán Llano Soto y Luis Alfonso Correa Álvarez, no existe tal cercanía parental.

Se deduce de lo anterior que el parentesco sólo se predica de 2 de los miembros de junta, sin que tal número conforme una mayoría prohibida en la norma.

3.1.1.2. El no Ejercicio del Derecho de Preferencia.

La convocante, igualmente, aduce como glosa a la decisión de la Junta Directiva de diciembre 1° de 1995 y a la posterior suscripción de acciones, el no ejercicio del Derecho de Preferencia por parte de Llano Soto y Cía. S. en C. y Llanos y Cía. S en C. y que tal decisión de no suscribir jamás fue consultada por el socio gestor con los socios comanditarios ni con las respectivas juntas de socios.

Sea lo primero anotar que la no suscripción de acciones por parte de Llano Soto y Cía. S. en C. y Llanos y Cía. S en C., equivale jurídicamente a una renuncia tácita a su derecho de suscripción, pues los efectos de la ausencia de voluntad en suscribir dentro del término reglamentario son equivalentes a la renuncia expresa a hacerlo. Por tanto, en cualquiera de los dos eventos se manifiesta jurídicamente la intención de no celebrar el contrato de suscripción por quien tiene derecho a ejercer esa facultad.

Ahora bien, el que el socio gestor dentro de sus facultades estatutarias o legales renuncie expresa o implícitamente a realizar una suscripción, como ocurrió en este caso, y que no haya consultado tal decisión, como no estaba obligado a hacerlo con los socios comanditarios o con su junta de socios, no puede derivar en un defecto o vicio en las diferentes suscripciones que se hayan realizado con ocasión de esta oferta de acciones de Solla S.A., como ya se anotó en el análisis de la pretensión primera.

3.1.1.3. Incumplimiento de los Estatutos de Solla S.A.

Del estudio de los dos ataques realizados por la convocante a la suscripción de acciones proveniente del reglamento aprobado en diciembre 1° de 1995, en opinión del Tribunal no se deduce incumplimiento alguno al contrato social de Solla S.A., pues tal como atrás se analizó, las decisiones de la Junta Directiva no encuadraban dentro de los presupuestos que la ley sanciona con ineficacia.

Igualmente, se anota que la actuación del gestor de Llano Soto y Cía. S. en C. y Llanos y Cía. S en C. bien pudiera, eventualmente, ser fuente de críticas en el cumplimiento de sus deberes como administrador de esas sociedades pero en modo alguno tal conducta generaría defectos o glosas en los reglamentos y suscripción de acciones mencionados y mucho menos se tipificaría como un

incumplimiento a las normas societarias consagradas en los estatutos de Solla S.A.

3.1.1.4. Del efecto de la inexistencia del contrato de suscripción del año 1994, sobre la suscripción de acciones objeto de análisis.

De conformidad con lo planteado en la petición consecencial identificada bajo el literal c) de la pretensión segunda, es preciso a continuación analizar las consecuencias jurídicas de la declaratoria de inexistencia de la suscripción de acciones propias readquiridas por Solla S.A., realizada por Balmoral en el año de 1994, respecto de la suscripción de acciones por el mismo Balmoral que tuvo lugar en 1995.

A este respecto, es de anotar que de acuerdo con los hechos establecidos dentro del proceso, la suscripción de acciones de 1995, se realizó en ejercicio exclusivo del derecho de preferencia, cuya proporción, a su turno, fue determinada en un altísimo porcentaje con base en el número de acciones aparentemente suscritas en 1994. Esta circunstancia, vale decir, el hecho de haber suscrito Balmoral en 1995 una cantidad de acciones superior a la que le habría correspondido como consecuencia de la inexistencia de la suscripción de 1994, configuraría una causal de nulidad del respectivo contrato, por desconocimiento de la norma estatutaria que regula el derecho preferencial de suscripción. Por ende, se habría violado el contrato social.

Ahora bien, toda vez que no se está frente a una hipótesis de inexistencia o de ineficacia del respectivo negocio jurídico, sino de una causal de nulidad absoluta, la pretensión aducida por las convocantes en el sentido de que se resuelva este contrato de suscripción de acciones del año 1995 queda enervada, en razón de la excepción de prescripción oportunamente interpuesta por Balmoral.

Lo anterior, en armonía con lo dispuesto por el artículo 41 de la Ley 153 de 1887, y habida consideración de que han transcurrido más de cinco años desde que empezó a correr el término de prescripción establecido por el artículo 235 de la Ley 222 de 1995, al entrar a regir esta última, el 21 de junio de 1996.

En consecuencia, se declarará probada la excepción de prescripción, alegada por Balmoral Overseas Inc., frente a la mencionada suscripción de acciones de Solla celebrada en diciembre de 1995.

3.2. Reglamento y Suscripción de Acciones del 22 de Marzo de 2002.

3.2.1. Actuación del Socio Gestor:

Al revisar los hechos 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, y 104 de la demanda, básicamente aparecen como glosas del reglamento y de la posterior suscripción de acciones de Solla S.A., la ausencia de consulta del socio gestor de Llano Soto y Cía. S. en C. y Llanos y Cía. S en C. y de la autorización de las respectivas juntas de socios "para abstenerse de suscribir en la oferta de acciones, ni mucho menos para renunciar el derecho de preferencia".

Paralelamente reconoce la convocante, tal como se constató en la etapa probatoria, la aprobación del reglamento de suscripción, la renuncia del socio gestor de Llano Soto y Cía. S. en C. y Llanos y Cía. S en C., al derecho de suscripción de las acciones ofrecidas, renuncia de la cual el Tribunal colige la voluntad de esas compañías de que cualquiera otro accionista suscribiera la parte a la que ellas tenían derecho de suscribir.

Tal como atrás se conceptuó, de la actuación del socio gestor de Llano Soto y Cía. S. en C. y Llanos y Cía. S en C., no puede deducirse un incumplimiento en el contrato de sociedad de Solla S.A., toda vez que, en el evento de que dicha conducta del socio gestor pueda ser susceptible de alguna tacha, esta debería provenir de las sociedades que administraba, sin de ninguna manera poder trascender más allá de esas responsabilidades.

Igualmente, no es de recibo legal el que la renuncia expresa o tácita a ejercer una suscripción deba comportar una remuneración, o algún tipo de retribución económica, y aun si tuviere esta exigencia (la de exigir una retribución), una racionalidad económica, esta circunstancia podría llegar a tener consecuencias única y exclusivamente respecto de la responsabilidad personal del socio gestor

frente a los socios comanditarios, pero de ninguna manera generaría reparo alguno en las suscripciones que los otros accionistas hubiesen realizado.

3.2.2. Incumplimiento de los Estatutos de Solla S.A.

Dentro del reglamento de suscripción de acciones de Solla S.A. del 22 de marzo de 2002 aparecen cumplidos la totalidad de los requisitos que la ley mercantil exige para la aprobación del respectivo reglamento de suscripción y posterior suscripción de las acciones, pues como se deduce del ataque a estos actos jurídicos, la convocante se apoya tan solo en una supuesta conducta irregular de la actuación del socio gestor de Llano Soto y Cía. S. en C. y Llanos y Cía. S.C.S., que como se ha expresado puede generar consecuencias dentro de estas compañías pero, de ninguna manera, un incumplimiento del contrato social de Solla S.A.

3.2.3. Del efecto de la inexistencia del contrato de suscripción del año 1994, sobre la suscripción de acciones del año 2002.

Del acervo probatorio resulta evidente que, en el caso objeto de examen, las sociedades Llano Soto y Cía. S. en C. y Llanos y Cía. S.C.S. renunciaron al derecho de suscripción preferencial de acciones que les correspondiese, señalando además su aceptación a que las acciones fueran suscritas por cualquiera de los demás accionistas.

Para mayor claridad, se transcribe el texto de las dos cartas, dirigidas a Solla S.A., por parte del gestor de las comanditarias, fechadas el día 23 de marzo de 2002 (Cuaderno de pruebas No. 2, folios 15-16):

“En mi condición de socio gestor de la sociedad Llano Soto y Cía. S. en C. (Llanos y Cía. S.C.S.) manifiesto expresamente que renuncio al derecho de suscripción de acciones que corresponde a esta sociedad.

“De antemano, informo que acepto que las acciones sean suscritas por cualquiera de los demás accionistas”. (subrayas fuera del texto).

De igual manera, el accionista Aurelio Llano Posada, actuando a título personal, renunció expresamente a su derecho de preferencia, aceptando que las acciones fuesen suscritas por cualquiera de los demás accionistas (Cuaderno principal No. 1, folio 399).

Esta manifestación demuestra inequívocamente la voluntad de las comanditarias y del Señor Llano Posada en el sentido de renunciar a favor de cualquier otro accionista su derecho de suscripción preferencial, hasta por la totalidad de las acciones que finalmente les correspondiese como porcentaje.

En comunicación del 26 de marzo de 2002, con base en los ofrecimientos anteriores, el representante legal de Solla S.A. informa a Balmoral Overseas Inc. la posibilidad de una suscripción adicional de acciones. Dicho ofrecimiento fue aceptado por el apoderado de Balmoral en comunicación de la misma fecha. (Cuaderno principal No. 1, folios 403 y 405)

Con base en las manifestaciones de voluntad que se deducen de los documentos citados, es claro que Llano Soto y Cía. S. en C. y Llanos y Cía. S.C.S. no expresaron interés en suscribir ninguna acción y manifestaron su aquiescencia a que cualquiera de los demás accionistas suscribiese las acciones que a ellas correspondían , independientemente de cual fuese la proporción a la que tenían derecho.

Así las cosas, Balmoral Overseas Inc. estaba habilitada para adquirir, en últimas, cualquier cantidad de acciones hasta concurrencia de la cantidad dejada de suscribir por las sociedades comanditarias. Por lo tanto, se torna irrelevante, para efectos del análisis que viene haciéndose, determinar qué porcentaje de lo suscrito sería el que habría correspondido a Balmoral en ejercicio de su derecho de preferencia, a la luz de su participación en el capital social ajustada en función de la declaratoria de inexistencia de la suscripción de acciones del año 1994.

Por lo expuesto, concluye el Tribunal que el fundamento jurídico de la suscripción de acciones realizada por Balmoral en el año 2002, se mantiene a pesar de la declaratoria de inexistencia de la colocación de acciones readquiridas del año 2004.

3.3. De la Buena Fe Precontractual y Contractual

Estima el tribunal que es menester referirse a esta materia específica, debido a que ha merecido capítulo especial para la convocante el tema de la buena o mala fe dentro del proceso de colocación de acciones de Solla S.A. cumplida en diciembre de 1995 y marzo de 2002.

Debe ponerse de manifiesto cómo esta materia no apareció de manera clara en los hechos de la demanda, con base en los cuales la parte convocante ha pretendido demostrar la existencia de un incumplimiento del contrato social de Solla S.A., base fundamental de la petición tercera de la demanda.

Inicialmente, en el numeral 5.3.2. del mencionado alegato, el apoderado de Llano Soto y Cía. S. en C. y Llanos y Cía. S.C.S. hace una prolija enunciación de los principios constitucionales y legales que consagran la buena fe, en la doctrina, la jurisprudencia y la normatividad nacional, para finalmente entrar en el análisis de la suscripción y colocación de acciones de Solla cumplidas en 1995 y 2002.

A este respecto se invocan como pruebas de este supuesto comportamiento ilícito, enmarcado según el actor dentro de la mala fe contractual y precontractual, en primer lugar, las declaraciones del doctor Jairo Upegui Henao, persona vinculada a Solla S.A., al gestor de las sociedades Llano Soto y Cía. S. en C. y Llanos y Cía. S.C.S., al doctor Aurelio Llano Posada, a estas mismas compañías y a Balmoral Overseas Inc. quien declaró ante el Tribunal algunos hechos referidos a la constitución de Balmoral Overseas Inc. y la negociación de acciones realizada en 1993 entre la Fundación Aurelio Llano y Balmoral Overseas Inc. También, se fundamenta la convocante en apartes de la declaración del señor Carlos Germán Llano Soto, el cual expuso su conocimiento de que el propósito del ingreso de Balmoral a la compañía Solla S.A., según su criterio, era tener una parte de la propiedad de la sociedad en manos de la familia, pero desde el exterior, y que lo que realmente apareció con posterioridad era que se quería transferir a un *trust*, un *trust* que tenía otro control.

Desde el punto de vista de las convocantes, la mala fe en los actos de suscripción de acciones por parte de Balmoral también queda evidenciada por los términos del memorando de febrero de 2002, dirigido por Sergio Llano Uribe al Señor Aurelio Llano Posada, describiendo las alternativas a través de las cuales podía incrementar Balmoral su participación en el capital social, a efectos de alcanzar una mayoría absoluta en el mismo, de la mano con la sociedad Proinsa.

Así mismo, las actoras traen a colación algunas respuestas del primer dictamen pericial, de las cuales deducen que las capitalizaciones efectuadas en los años 1995 y 2002, no eran necesarias ni se justificaban desde el punto de vista de Solla, y que, por consiguiente, el móvil real de las mismas no fue otro distinto a propiciar la dilución de la participación de las sociedades comanditarias en el capital social.

Frente a la anterior argumentación, el Tribunal estima pertinente hacer las siguientes consideraciones:

- a) La valoración del acervo probatorio arrimado al expediente, no deja duda en cuanto al hecho de que el ingreso de Balmoral a Solla S.A., y las capitalizaciones que éste realizó en la misma, obedecieron a la voluntad del Señor Aurelio Llano Posada, socio gestor de las sociedades convocantes. Ahora bien: el hecho anterior, no conlleva necesaria y apodóticamente a concluir, que este plan del Señor Llano Posada haya tenido una causa o móvil ilícito. Basta señalar, en apoyo de esta apreciación, que según se ha podido establecer dentro del proceso, los mismos socios comanditarios de las convocantes habían solicitado al socio gestor, capitalizar Solla a fin de poder recibir mayores dividendos de dicha compañía.

Por otra parte y en lo que dice relación con la capacidad financiera de las convocantes para aportar recursos nuevos a Solla, se encuentra lo siguiente: sobre el proceso de 1995, el perito dictaminó que "aunque según los balances generales a diciembre 31 de 1995, ninguna de las dos empresas tenía recursos líquidos en caja suficientes para haber realizado estas inversiones, por el monto que les habría correspondido habría sido posible para las compañías realizar activos relativamente líquidos de que

disponía" (Cuestionario pericial original propuesto por las convocantes, pregunta No. 7).

Situación contraria aparece comprobada para la suscripción del año 2002, en la cual se encuentra cómo las convocantes: "no tenían recursos líquidos que le correspondían, en ejercicio del derecho de preferencia en la colocación de las 11.204.260 acciones en el 2002". (Cuestionario pericial original propuesto por las convocantes, pregunta No. 9).

Lo anterior evidencia que no pueden valorarse de la misma manera las voluntades expresadas y los propósitos que conllevarían respecto de las suscripciones de 1995 y 2002, pues, si bien es cierto para las colocaciones de acciones del año 1995 existía esa capacidad financiera de inversión de las convocantes, no lo fue así para el 2002.

b) En el mismo orden de ideas, no hay evidencia contundente en cuanto a que las capitalizaciones efectuadas por Balmoral se hicieron sin ninguna justificación de carácter económico o financiero.

c) De otro lado, si bien es cierto que hoy en día las sociedades convocantes no tienen por sí solas la mayoría absoluta de la propiedad accionaria de Solla, en lo que hace relación a la composición de la junta directiva, los testimonios y la prueba documental señalan que la mayoría en la misma la conforman los socios de las sociedades convocantes, y no la tiene Balmoral.

Estas consideraciones conducen al Tribunal a concluir que no hay evidencia suficiente en el sentido de que las capitalizaciones efectuadas por Balmoral en los años 1995 y 2002, hayan tenido origen en un propósito o móvil ilícito, que pudiera dar lugar a declarar oficiosamente una nulidad absoluta de los respectivos contratos.

Obviamente, no pueden desconocer los árbitros que las mencionadas capitalizaciones conllevaron una rebaja en la participación o, mejor, en el porcentaje del capital de Llano Soto y Cía. S. en C. y Llanos y Cía. S.C.S., en

Solla S.A. No obstante lo anterior, esta consecuencia, en principio adversa a esas sociedades, no puede ser calificada por el Juez como demostración irrefutable de una mala fe o de una colusión, pues le faltarían elementos para comprobar que todo ello corresponde inequívocamente a un plan maquinado para causar un detrimento patrimonial a las sociedades convocantes, en beneficio de unos terceros cuya identidad permanece en la sombra. Además, no puede ignorar el Tribunal que la pérdida de participación de las convocantes en el capita social, se ha visto compensada en buena medida con el incremento registrado en los últimos años en el patrimonio social de Solla.

Finalmente, el Tribunal estima que en el caso *sub-judice*, es preciso dar aplicación al principio constitucional consagrado en el artículo 83 de la Carta, relativo a la presunción de buena fe en la conducta de los particulares, al no encontrar, se insiste, elementos suficientes para desvirtuar tal presunción.

IV. Restituciones

Teniendo presentes las solicitudes consecuenciales de la petición segunda referente a las restituciones mutuas, el Tribunal estima que, habiendo reconocido la inexistencia de la colocación de acciones readquiridas de 1994, deberán ordenarse las siguientes restituciones entre Solla S.A. y Balmoral Overseas Inc., al declararse sin efecto esa capitalización.

1. El tribunal le ordenará a Solla S.A. proceder a cancelar en su libro de registro de accionistas la inscripción efectuada en el folio respectivo a Balmoral Overseas Inc. de 12.266.217 acciones, que corresponde a la colocación de acciones readquiridas cumplida en 1994, cuya inexistencia ha reconocido el tribunal en el presente laudo. Así mismo, se ordenará la devolución de los respectivos títulos de acciones con el propósito de que se produzca la correspondiente cancelación por parte de la sociedad.
2. El tribunal le ordenará a Solla S.A. restituir a Balmoral Overseas Inc. el aporte dinerario que realizó en 1994, a consecuencia de la inexistente colocación de acciones de ese año, es decir, la suma de dos mil

razonable del capital para dicho periodo, pero también estima que no puede dársele a las sumas pagadas por Balmoral Overseas Inc. el tratamiento de una inversión reembolsable, según las valoraciones periciales aportadas al proceso, pues de lo que se trata, según acaba de indicarse, es de restablecer a las partes al estado en que se encontraban antes de la mencionada colocación de acciones.

El tribunal le ordenará a Balmoral Overseas Inc. pagarle a Solla S.A. los dividendos recibidos durante el lapso indicado como consecuencia de la titularidad de doce millones doscientas sesenta y seis mil doscientas diecisiete (12.266.217) acciones, cuyo valor actualizado asciende a la suma de nueve mil seiscientos dieciocho millones novecientos ochenta y nueve mil seiscientos noventa y dos pesos (\$9.618.989.692). Para calcular la cuantía que acaba de indicarse se tomará la proporción que del total de los dividendos efectivamente pagados por la Solla S.A. en cada año le correspondía a Balmoral Overseas Inc. a consecuencia de la suscripción de las 12,266,217 acciones. La cifra obtenida se ajustará más adelante con la variación porcentual del índice de precios al consumidor de cada año publicada por el DANE hasta diciembre 31 de 2006. La operación correspondiente arroja un valor de ocho mil setecientos cuatro millones trescientos cuarenta y cinco mil ochocientos siete pesos (\$8,704,345,807), tal como puede apreciarse en el cuadro que más adelante se transcribe. Una vez obtenida la cifra que acaba de indicarse, se sumarán los dividendos distribuidos por Solla S.A. en el pasado mes de abril de 2007. El pago de dividendos por acción decretado por la asamblea general de accionistas de Solla S.A. fue de doscientos cuarenta y siete pesos con cuarenta y dos centavos (\$247,42) por cada una de las acciones en circulación. Al multiplicar esta cifra por el número de acciones que Balmoral Overseas Inc. tenía para la fecha de la asamblea en que se decreto el dividendo (74.226 acciones), se obtiene la cuantía pagada por Solla S.A., cuyo monto asciende a novecientos diez millones cuatrocientos noventa y dos mil cuarenta y un pesos (\$910.492.041). Para actualizar la cifra precitada conforme al índice de inflación, se tendrán en cuenta los porcentajes respectivos certificados por el DANE para los meses de mayo (0,30%) y junio (0,12), es decir, que la inflación acumulada para el periodo

indicado alcanzó la cifra del 0,456%. Una vez indexada la referida cuantía de los dividendos pagados por Solla S.A. a Balmoral Overseas Inc., en el mes de abril de 2007, se obtiene la cifra de novecientos catorce millones seiscientos cuarenta y tres mil ochocientos ochenta y cinco pesos (\$914.643.885).

Dividendo por Acción (\$)	21.86	0.00	18.00	0.00	22.00	0.00	49.88	58.08	52.26	61.50	72.96	207.31
Acciones adquiridas por Balmoral en 1994	12,266,217	12,266,217	12,266,217	12,266,217	12,266,217	12,266,217	12,266,217	12,266,217	12,266,217	12,266,217	12,266,217	12,266,217
Dividendos asociados a las 12266217 acciones de 1994 (\$)	269,842,010	0	220,791,906	0	269,806,774	0	611,838,904	712,304,682	641,314,936	754,372,346	886,220,069	2,542,868,627
Dividendos asociados a las 12266217 acciones de 1994 (\$ de Jun 30/2007)	781,257,148	0	423,616,779	0	434,018,957	0	842,346,823	916,698,524	774,630,073	864,043,481	977,004,075	2,658,626,246
Suma de dividendos asociados a las 12266217 acciones de 1994 (\$ de Jun 30/2007)												8,704,345,997

El tribunal dispondrá compensar las anteriores sumas, de manera tal que, una vez efectuada, quedará un saldo a favor de Balmoral Overseas Inc. por valor de diez mil doscientos cuarenta y tres millones cuatrocientos sesenta y seis mil ochocientos ochenta y seis pesos (\$10.243.476.886), según la operación matemática que a continuación se describe:

+Valor presente de la inversión a Jun 30 de 2007	\$19.862.466.578
- Suma de dividendos hasta junio 30 de 2007	\$9.618.989.692
=Valor Neto	\$10.243.476.886

5. El Tribunal, dentro de sus facultades, particularmente la contenida en el artículo 334 del Código de Procedimiento Civil -y teniendo en cuenta tanto la magnitud de la suma que Solla S.A. está obligada a pagar como el posible efecto que en términos de liquidez para la compañía se ocasionaría si se exigiera su pago inmediato-, estima prudente otorgar un plazo de seis meses contados a partir de la fecha de la ejecutoria del laudo para el pago del saldo a favor de Balmoral Overseas Inc. Así mismo, se determina que se causará un interés sobre los saldos impagados desde la fecha de la liquidación o sea desde el día 30 de junio de 2007, a favor de Balmoral Overseas Inc., equivalente a la tasa del DTF, mes vencido.

V. Sobre la objeción parcial al dictamen pericial por error grave

Como se desprende del acápite anterior del laudo, para efectos de cuantificar las restituciones a que hay lugar entre Solla S.A. y Balmoral Overseas Inc., no se tendrán en consideración las valoraciones de la primera de las citadas, realizadas con base en el método de flujo de caja descontado, inicialmente a través del primer dictamen pericial, y posteriormente revisadas en el segundo dictamen.

Así las cosas, este aspecto de la prueba pericial, objetado por error grave por el apoderado de Balmoral Overseas Inc., se torna irrelevante desde el punto de vista procesal, toda vez que, se insiste, no será tenido en cuenta para efectos del cálculo de las restituciones originadas en la inexistencia de la suscripción de acciones del año 1994, como tampoco respecto de ninguna otra de las decisiones materia de esta providencia judicial.

En consecuencia, y por sustracción de materia, resulta improcedente entrar a analizar las razones expuestas por Balmoral para sustentar la objeción al primer dictamen. Por consiguiente, la objeción en comento no está llamada a prosperar, y así se declarará en la parte resolutive del fallo.

VI. Costas procesales

En la demanda arbitral se ha solicitado "que se condene a Los Demandados a pagar, a favor de los Demandantes, las costas y expensas –incluidas las agencias en derecho- del presente proceso".

En relación con esta materia, el tribunal considera necesario dividir el análisis de esta decisión en los aspectos que a continuación se señalan. El tribunal tiene en cuenta para este efecto que la primera pretensión alegada por la convocante no fue despachada favorablemente. Es así como la convocada Fundación Aurelio Llano Posada no será objeto de ninguna condena. Respecto de las siguientes pretensiones, se tiene lo siguiente: la segunda fue parcialmente favorable para las sociedades convocantes; la tercera, le fue totalmente denegada. Es por ello por lo que el tribunal procede a distinguir estas circunstancias en su fallo, en forma tal de ordenarle a las convocantes el pago de las respectivas costas a la Fundación Aurelio Llano Posada. En lo demás, el tribunal se acogerá a lo previsto en el artículo 392, numeral 6° del Código de Procedimiento Civil, de manera que se

abstendrá de efectuar cualquier condena en costas entre las sociedades convocantes, Balmoral Overseas Inc. y Solla S.A. en relación con las pretensiones segunda y tercera de la demanda.

CAPÍTULO TERCERO- DECISIÓN

Con fundamento en lo expuesto, el Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir las controversias surgidas entre Llano Soto y Cía. S. en C. en liquidación y Llanos y Cía. S.C.S. en liquidación y Solla S.A., Balmoral Overseas Inc. y la Fundación Aurelio Llano Posada, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: No prosperan las excepciones de falta de competencia, inepta demanda, falta de legitimación en la causa por activa, y caducidad, propuestas por Balmoral Overseas Inc.

SEGUNDO: Se deniega la Primera Pretensión Principal y sus consecuencias.

TERCERO: Se deniega la Primera Pretensión Subsidiaria de la Primera Pretensión Principal, y sus consecuencias.

CUARTO: Se declara inexistente el contrato de suscripción de 12.266.217 acciones celebrado el 29 de agosto 1994, entre Solla S.A. y Balmoral Overseas Inc.

QUINTO: De conformidad con la segunda pretensión principal, se declara que con ocasión de la suscripción de acciones cuya inexistencia ha sido reconocida, se incumplió el contrato social de Solla S.A. En consecuencia, se dispone lo siguiente:

- a. Se ordena al representante legal de Solla S.A. cancelar en su libro de registro de accionistas la inscripción efectuada en el folio correspondiente a Balmoral Overseas Inc. de 12.266.217 acciones,

que corresponde a la colocación de acciones readquiridas cumplida el 29 de agosto de 1994.

- b. Se ordena a Balmoral Overseas Inc. restituir a Solla S.A., las 12.266.217 acciones adquiridas como consecuencia de la inexistente colocación de acciones.
- c. Se ordena a Solla S.A. pagar a Balmoral Overseas Inc. la suma de diecinueve mil ochocientos sesenta y dos millones cuatrocientos sesenta y seis mil quinientos setenta y ocho pesos (\$19,862,466,578), por concepto de restitución de la suma pagada en la inexistente colocación de acciones.
- d. Se ordena a Balmoral Overseas Inc. pagar a favor de Solla S.A., la suma de nueve mil seiscientos dieciocho millones novecientos ochenta y nueve mil seiscientos noventa y dos pesos (\$9.618.989.692), por concepto de restitución los dividendos recibidos desde la fecha de la inexistente colocación hasta la fecha del presente laudo.
- e. Como consecuencia de las restituciones dinerarias que anteceden y por virtud de la compensación parcial que opera a favor de Solla S.A., la suma líquida que esta compañía deberá pagarle a Balmoral Overseas Inc. es de diez mil doscientos cuarenta y tres millones cuatrocientos sesenta y seis mil ochocientos ochenta y seis pesos (\$10.243.476.886).
Se concede a Solla S.A. un plazo de seis meses contados a partir de la fecha de ejecutoria del laudo, para pagar la suma indicada. Durante este lapso se causará a favor de Balmoral Overseas Inc., sobre la suma insoluta, un interés del DTF, mes vencido.

SEXTO: Se deniegan las siguientes pretensiones consecuenciales de la segunda pretensión principal:

1. La identificada bajo el literal b.
2. La identificada bajo el literal c, en lo relativo a la solicitud de cancelar en los libros de registro de accionistas de Solla S.A. la inscripción a favor de Balmoral Overseas Inc. de "las demás acciones que ésta haya adquirido consecencialmente como resultado de la calidad de accionistas que le habría otorgado la adquisición de las 12.266.217 acciones".

3. La identificada bajo el literal e).
4. La identificada bajo el literal f)
5. La identificada bajo el literal g).
6. La identificada bajo el literal h), por sustracción de materia.

SÉPTIMO: Se deniega la tercera pretensión principal y sus consecuenciales.

OCTAVO: No prospera la objeción por error grave al dictamen pericial formulada por el apoderado de Balmoral Overseas Inc.

NOVENO: Condenar en costas, por partes iguales, a las convocantes Llano Soto y Cía. S. en C. y Llanos y Cía. S en C. y a favor de la Fundación, a pagar la suma de \$43.100.000, que se discriminan de la siguiente forma:

- Por honorarios y gastos del tribunal de arbitramento: treinta y ocho millones cien mil pesos (\$38.100.000), que fueron pagados por la Fundación corresponde al pago efectuado por la Fundación.
- Por agencias en derecho la suma de cinco millones de pesos (\$ 5.000.000).

DÉCIMO: Abstenerse de condenar en costas a las sociedades convocantes y a Balmoral Overseas Inc. y Solla S.A., en relación con las pretensiones segunda y tercera de la demanda.

UNDÉCIMO: Una vez ejecutoriado el presente laudo, el Presidente del Tribunal protocolizará el expediente en la Notaria Veintisiete (27) del Círculo Notarial de Medellín y rendirá cuentas finales de los gastos ocasionados con el trámite del arbitramento.

Lo resuelto queda notificado a las partes por estrados, en la forma prevista en el artículo 325 del Código de Procedimiento Civil, y se les hace entrega de sendas copias del laudo proferido.

LOS ÁRBITROS,

RODRIGO PUYO VASCO
Presidente del Tribunal Arbitral

FRANCISCO REYES VILLAMIZAR
Árbitro

LUIS FERNANDO URIBE RESTREPO
Árbitro

LA SECRETARIA,

ADRIANA VARGAS SILDARRIAGA