

## LAUDO ARBITRAL

### PROCESO ARBITRAL CONVOCADO POR SILVIA ELENA FAJARDO VALDERRAMA CONTRA FAJARDO MORENO Y CIA. S.A. Y ANDRÉS FAJARDO VALDERRAMA

**RADICADO: 2016 A 047**

Siendo las dos y treinta de la tarde (2:30 p.m.), del veinticuatro (24) de noviembre de dos mil diecisiete (2.017), el Tribunal de Arbitramento integrado por **CHRISTIAN SALGADO MURILLO**, Árbitro Único, y **CARLOS ESTEBAN GÓMEZ DUQUE**, Secretario, profirió el siguiente laudo arbitral que pone fin al proceso promovido por **SILVIA ELENA FAJARDO VALDERRAMA** en contra de **FAJARDO MORENO Y CIA. S.A.** y **ANDRÉS FAJARDO VALDERRAMA**; la decisión se profiere en derecho.

#### CAPÍTULO PRIMERO

##### ANTECEDENTES:

#### I. CONVOCATORIA E INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL:

Con fecha veintinueve (29) de noviembre de dos mil dieciséis (2.016), la señora SILVIA ELENA FAJARDO VALDERRAMA, presentó, ante el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, solicitud de convocatoria de un Tribunal de Arbitramento, para que dirimiera el conflicto que dijo tener frente a la sociedad FAJARDO MORENO Y CIA. S.A., y al señor ANDRÉS FAJARDO VALDERRAMA y, con invocación del pacto arbitral contenido en cláusula décima sexta del *ACUERDO PRIVADO* suscrito entre las partes el 12 de marzo de 2014 (fls. 31-46), que es del siguiente tenor:

**"CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA – CLÁUSULA COMPROMISORIA:**

*Cualquier diferencia o disputa que surja con ocasión del incumplimiento total o parcial o de la interpretación de alguna, algunas o todas las cláusulas de este Acuerdo, o del alcance del mismo, se someterán, en primera instancia, a la decisión mayoritaria de los miembros que suscriben el presente documento para lo cual tendrán un término máximo de treinta días contados a partir de la fecha en que cualquiera de las partes solicite la intervención de las mencionadas personas. En el evento que en ese término no se logre ningún acuerdo, la diferencia se someterá a la decisión obligatoria de un Tribunal de Arbitramento, que será designado por el Director del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Medellín de su lista de árbitros. El Tribunal así constituido se someterá a las reglas del proceso arbitral y las demás disposiciones legales, de acuerdo a las siguientes reglas: a-) El Tribunal estará integrado por un (1) árbitro; b-) La organización interna del Tribunal se sujetará al reglamento institucional del Centro de Arbitraje y*

00582

*Comercio de Medellín o en su defecto al señalado en la ley c-) El Tribunal fallará en derecho; d-) El Tribunal funcionará en la sede del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín; e-) Los gastos que demande la constitución, instalación y funcionamiento del Tribunal de Arbitramento, serán sufragados por las partes en igual proporción, sin perjuicio de lo que disponga el laudo sobre costas. El Director del Centro de Conciliación y Arbitramento queda facultado expresamente por las partes para reemplazar o sustituir a los árbitros inicialmente designados, en todos los eventos donde sea necesario proceder a su reemplazo."*

El Árbitro Único fue designado el quince (15) de diciembre de dos mil dieciséis (2.016), quien aceptó su encargo dentro del término previsto en el artículo 14 de la Ley 1.563 de 2.012; igualmente, se deja expresa constancia que se ha cumplido con lo establecido en el Reglamento del Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia.

## **II. DILIGENCIAS ARBITRALES:**

El Tribunal se instaló en audiencia celebrada el primero (1º) de febrero de dos mil diecisiete (2.017) y luego del cumplimiento de requisitos efectuado por la parte demandante, admitió la demanda arbitral, por medio del auto No. 03 del veintidós (22) de febrero de dos mil diecisiete (2.017) (fls. 190-191). Debidamente notificada, la parte convocada replicó oportunamente la demanda (fls. 197-226).

Dentro del traslado secretarial de las excepciones de mérito formuladas frente a la demanda, la apoderada de la parte demandante solicitó pruebas adicionales, mediante escrito presentado el veinticuatro (24) de abril de dos mil diecisiete (2.017) (fls. 280-283).

Por medio del auto No. 04 del diecisiete (17) de abril de dos mil diecisiete (2.017) (fls. 277-278), se fijó la audiencia de conciliación para el veintiséis (26) de abril de dos mil diecisiete (2.017), a las 10:30 a.m., dentro de la cual no se logró acuerdo entre las partes y, consecuentemente, se procedió a la fijación de gastos y honorarios del proceso (fls. 284-287).

Verificada en tiempo oportuno la consignación de la totalidad de los gastos y honorarios, se realizó la primera audiencia de trámite el veinticinco (25) de mayo de dos mil diecisiete (2.017), en la que el Tribunal asumió competencia para procesar y juzgar el asunto sometido a su conocimiento y decretó las pruebas pedidas por las partes (fls. 294-301), las cuales se practicaron con sujeción a la ley y sometimiento a la plena contradicción de las mismas.

Por solicitud efectuada por ambas partes, el proceso arbitral estuvo suspendido entre el 31 de mayo de 2017 y el 13 de junio de 2017, ambas fechas inclusive (fls. 315-316).

Agotado el período probatorio, las partes presentaron sus alegaciones de fondo, en la audiencia surtida el veinticinco (25) de octubre de dos mil diecisiete (2.017). La convocante adujo que debía accederse a las pretensiones de la demanda, por los

00583

motivos y argumentos que más adelante se sintetizarán. La parte convocada solicitó que se denegaran todas las pretensiones de la demanda, en la forma en que se resume más adelante.

Vencidas las etapas procesales, encuentra el Tribunal que se halla dentro del término para proferir su decisión, habida cuenta de que el plazo de seis (6) meses legalmente previsto, contado a partir de la primera audiencia de trámite llevada a cabo el veinticinco (25) de mayo de dos mil diecisiete (2.017), teniendo en cuenta que el proceso arbitral estuvo suspendido entre el 31 de mayo de 2017 y el 13 de junio de 2017, ambas fechas inclusive, vence el ocho (8) de diciembre de dos mil diecisiete (2.017), razón por la cual se está en oportunidad de dictar el presente laudo.

### **III. SÍNTESIS DE LOS HECHOS DE LA DEMANDA:**

La parte convocante narró, los siguientes hechos que estructuran la *litis* planteada, que se resumen en el mismo orden presentado en la demanda:

1. En cumplimiento de lo acordado por la demandante y los demandados en el acuerdo privado celebrado el 12 de marzo de 2014, la apoderada de la demandante dio cumplimiento al procedimiento conciliatorio, al haber remitido al señor ANDRÉS FAJARDO VALDERRA, a título personal y como representante legal de la sociedad FAJARDO MORENO Y CIA. S.A., comunicación con fecha del 30 de junio de 2016, mediante la cual se sugirió una propuesta para el pago de las 240 acciones enajenadas por la señora SILVIA ELENA FAJARDO VALDERRAMA, consistente en el pago de un capital de SETECIENTOS MILLONES DE PESOS (\$700.000.000), y unos intereses corrientes del 1% mensual desde el 1º de enero de 2014.
2. La demandante le propuso a los demandados como fecha de inicio de la causación de los intereses corrientes el 1º de enero de 2014, porque el acuerdo privado celebrado el 12 de marzo de 2014, mediante el cual se consolidó el negocio de la venta de las 240 acciones, inició su vigencia el 31 de diciembre de 2013.
3. El 14 de julio de 2016 el abogado J. ELIAS ARAQUE G., en su condición de apoderado de los demandados, dio alcance a la solicitud efectuada por la demandante, a través de un correo electrónico, en el que se indicó que en los acuerdos suscritos por las partes no se precisó una fecha cierta de pago, ni la causación y pago de obligaciones accesorias.
4. El 22 de julio de 2016 la apoderada de la demandante ratificó la propuesta de pago transmitida mediante comunicación del 30 de junio de 2016.
5. El intento de conciliación pre-arbitral se consideró fallida por la demandante ante el distanciamiento posicional de las partes.
6. Dada la imposibilidad de conciliar un acuerdo entre la demandante y la parte demandada, se determinó continuar con el trámite pactado en el acuerdo privado suscrito el 12 de marzo de 2014, razón por la cual se socializó la propuesta de pago sugerida por la demandante entre los intervinientes que igualmente participaron en la celebración del acuerdo privado del 12 de marzo de 2014, al tenor de lo acordado en la cláusula décima sexta del acuerdo suscrito entre las partes.

00584

7. El 12 de marzo de 2014 la demandante, con la asesoría de su apoderada, solicitó la intervención a título de conciliadores, de los co-participantes del acuerdo privado celebrado el 12 de marzo de 2014, lo que realizó a través de un correo electrónico.
8. Transcurridos 30 días contados a partir de la socialización de la propuesta conciliatoria, la gestión conciliatoria pre-arbitral de los contratantes resultó fallida, dado que no fue posible lograr un acercamiento para una solución efectiva del conflicto surgido entre la demandante y los demandados.
9. El 31 de diciembre de 2013 comparecieron a la celebración de un acuerdo privado denominado "*ACUERDO PARA LA CESIÓN DE ACCIONES*" los señores ANDRÉS FAJARDO VALDERRAMA, SERGIO FAJARDO VALDERRAMA, RODRIGO FAJARDO VALDERRAMA, MARÍA HELENA VALDERRAMA DE FAJARDO, MARÍA ISABEL FAJARDO VALDERRAMA y SILVIA ELENA FAJARDO VALDERRAMA, que se delimitó en su cláusula primera así:

*"Las señora Silvia Elena Fajardo Valderrama, María Isabel Fajardo Valderrama, y María Helena Valderrama de Fajardo, cederán al señor Andrés Fajardo Valderrama, o a quien éste indique previamente, la totalidad de las acciones que éstas tienen en la compañía FAJARDO MORENO Y CIA.S.A., de manera que el señor Andrés Fajardo Valderrama, directamente o a través de su sociedad BRINDISI S.A.S., con excepción de la participación de los señores Julián Fajardo Mejía, y Andrés Santiago Fajardo Mejía, quede con la totalidad de la compañía."*

10. En la cláusula octava del "*ACUERDO PARA LA CESIÓN*" celebrado el 31 de diciembre de 2013 se acordó:

*"El señor Andrés Fajardo Valderrama se compromete con la señora Silvia Elena Fajardo Valderrama, María Isabel Fajardo Valderrama a pagarles a cada una la suma de \$700.000.000 por su participación, situación que deberá ser garantizada con algún negocio en el que participe la sociedad FAJARDO MORENO Y CIA. S.A. Las partes reconocen y aceptan que este punto se perfeccionará en el acuerdo que se deberá suscribir a más tardar el 31 de Enero de 2014, y sobre el cual se hablará más adelante."*

11. La motivación del acuerdo fechado 12 de marzo de 2014 se sustentó en la buena fe de sus otorgantes, con el propósito altruista de evitar litigios futuros.
12. El objeto del acuerdo celebrado el 12 de marzo de 2014 por MARÍA HELENA VALDERRAMA DE FAJARDO, SILVIA ELENA FAJARDO VALDERRAMA, MARÍA ISABEL FAJARDO VALDERRAMA, ANDRÉS FAJARDO VALDERRAMA, ANDRÉS MEJÍA FAJARDO, ANDRÉS SANTIAGO FAJARDO MEJÍA y JORGE JULIÁN FAJARDO MEJÍA, además de los representantes legales de las sociedades FAJARDO MORENO Y CIA. S.A., BRINDISI S.A.S. e INVERSIONES FAJARDO VALDERRAMA S.A.S., fue definir diversos temas vinculados con el patrimonio de la familia FAJARDO VALDERRAMA.
13. En la cláusula primera del capítulo primero del acuerdo logrado el 12 de marzo de 2014 se acordó entre las partes:

00585

*"Por el presente instrumento, la totalidad de los accionistas de la sociedad FAJARDO MORENO Y CIA. S.A., acuerdan que la compañía readquiera las 960 acciones de las que son titulares las señoras MARÍA HELENA VALDERRAMA DE FAJARDO, SILVIA ELENA FAJARDO VALDERRAMA y MARÍA ISABEL FAJARDO VALDERRAMA, en la proporciones enunciadas en la consideración primera, ...".*

14. La señora SILVIA FAJARDO VALDERRAMA enajenó a favor de la sociedad FAJARDO MORENO Y CIA. S.A. la cantidad de 240 acciones que poseía en la referida sociedad por un precio único de SETECIENTOS MILLONES DE PESOS (\$700.000.000).

15. FAJARDO MORENO Y CIA. S.A. se obligó a pagarle a la demandante la suma de SETECIENTOS MILLONES DE PESOS (\$700.000.000), según se acordó en el numeral segundo de la cláusula segunda, en los siguientes términos:

*"Frente a la señora SILVIA ELENA FAJARDO VALDERRAMA: FAJARDO MORENO Y CIA. S.A. reconocerá la suma única y total de SETECIENTOS MILLONES DE PESOS (\$700.000.000), en la forma, y bajo las condiciones que entre ellos se convenga, para lo cual deberán suscribir un acuerdo."*

16. Hasta la fecha de presentación de la demanda la demandante y los demandados no han concretado un acuerdo que permita el pago de un precio de las acciones acordado en la suma de SETECIENTOS MILLONES DE PESOS (\$700.000.000), lo que ha motivado un distanciamiento frente a las posiciones de la partes, a saber:

16.1 La demandante propuso una forma de pago de capital e intereses corrientes que no fue aceptado por los demandados.

16.2 Los demandados se han abstenido de concretar una propuesta de pago.

17. Los compradores de las acciones vinculadas a la sociedad FAJARDO MORENO Y CIA. S.A. incurrieron en el incumplimiento de las obligaciones derivadas de los acuerdo de voluntades, toda vez que:

17.1 Con relación al *ACUERDO PRIVADO* suscrito el 24 de diciembre de 2013, no se garantizó a favor de la demandante el pago de los SETECIENTOS MILLONES DE PESOS (\$700.000.000) con una garantía proveniente de los negocios de FAJARDO MORENO Y CIA. S.A., como se pactó en la cláusula octava.

17.2 Con relación al *ACUERDO PRIVADO* suscrito el 12 de marzo de 2014, FAJARDO MORENO Y CIA. S.A. no suscribió pagaré con carta de instrucciones para garantizar el pago de la obligación contraída frente a la adquisición de las acciones cedidas por SILVIA ELENA FAJARDO VALDERRAMA, como se pactó en el numeral segundo de la cláusula cuarta.

#### **IV. PRETENSIONES DE LA DEMANDA:**

La parte convocante, en vista de lo que expuso en la demanda, formuló al Tribunal las siguientes pretensiones:

00586

**"10. PRETENSIONES.**

*Sírvase Sres. Árbitros al momento de entrar a decidir en derecho la controversia materia del trámite del proceso Arbitral, lo siguiente:*

**10.1.** *Declárese el incumplimiento por parte de la sociedad **FAJARDO MORENO Y CIA S.A. y/o de ANDRES FAJARDO VALDERRAMA,** de los compromisos contractuales contraídos en virtud de la celebración de los acuerdos privados celebrados los días **24 de Diciembre de 2013 y 12 de Marzo de 2014,** frente al pago del valor de las **240 acciones** que les fueron enajenadas por **SILVIA ELENA FAJARDO VALDERRAMA** vinculadas al capital social de **FAJARDO VALDERRAMA Y CIA. S.A.***

**10.2.** *Declárese la **existencia y exigibilidad a partir de la ejecutoria del laudo,** de la obligación dineraria contraída por **ANDRES FAJARDO VALDERRAMA y/o la sociedad FAJARDO MORENO Y CIA S.A.,** a favor de **SILVIA ELENA FAJARDO VALDERRAMA,** derivada de la compraventa de **240 acciones** y ordénese el pago a su favor de la suma capital correspondiente a **SETECIENTOS MILLONES DE PESOS M.L. (\$700.000.000,00).***

**10.3.** *Ordénesele a **ANDRES FAJARDO VALDERRAMA y/o FAJARDO MORENO Y CIA S.A.,** el pago de los intereses corrientes causados entre el **24 de Marzo de 2014** y el **07 de Febrero de 2017,** en la suma de **\$40.176.967,00,** correspondientes al capital definido en la suma de **Setecientos Millones de Pesos M.L. (\$700.000.000,00),** fecha vinculada a la firma del segundo acuerdo privado de compraventa de las **240 acciones** adquiridas por los demandados.*

**10.4.** *Condénese a la firma **FAJARDO MORENO Y CIA S.A. y/o ANDRES FAJARDO VALDERRAMA,** al pago de los intereses corrientes, a la tasa fijada trimestralmente por la **Superintendencia Financiera de Colombia,** durante el período transcurrido entre el **08 de Febrero de 2017,** hasta el día en que se profiera el laudo arbitral que ponga fin al proceso.*

**10.5.** *Ordénese el pago de los intereses de mora liquidados a la tasa máxima legal permitida, causados desde la fecha de ejecutoria del laudo arbitral, hasta el día en que se produzca la satisfacción plena de la obligación económica.*

**10.6.** *Condénese en costas a los demandados **FAJARDO MORENO Y CIA S.A. y/o ANDRES FAJARDO VALDERRAMA.**"*

**V. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**

La parte convocada contestó oportunamente la demanda, el cuatro (4) de abril de dos mil diecisiete (2.017), según obra a folios 197 a 226 del expediente, de la siguiente manera:

00587

Se pronunció sobre los hechos relatados por la convocante, negando unos, admitiendo otros (total o parcialmente), oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y formulando las siguientes excepciones:

**"1) FALTA DE LEGITIMACION SUSTANCIAL EN LA CAUSA POR ACTIVA Y POR PASIVA, ESTA ÚLTIMA, EN RELACION AL DR. ANDRES FAJARDO VALDERRAMA:**

*La fundamentación y explico:*

*La parte demandante, bajo el libelo genitor del proceso, pretende, bajo la condición de parte Contratante, acreditarse como legitimada por activa, con aspiraciones económicas derivadas, según ella, de un ACUERDO PRIVADO de READQUISICION DE ACCIONES en el que son parte CEDENTE: SILVIA ELENA FAJARDO MORENO, MARIA ISABEL FAJARDO VALDERRAMA, MARÍA HELENA VALDERRAMA DE FAJARDO, ANDRES FAJARDO VALDERRAMA, RODRIGO FAJARDO VALDERRAMA, SERGIO FAJARDO VALDERRAMA, ANDRES SANTIAGO FAJARDO VALDERRAMA, JORGE JULIAN FAJARDO VALDERRAMA y parte Cesionaria-Adquirente: la sociedad FAJARDO MORENO Y CIA S. A, representada por el DR. ANDRES FAJARDO VALDERRAMA.*

*Contrato éste que en el Capítulo Primero expresa que las señoras SILVIA ELENA FAJARDO MORENO, MARIA ISABEL FAJARDO VALDERRAMA y MARÍA HELENA VALDERRAMA DE FAJARDO, ceden, a título de venta, a partir del día 31-12-2013, la totalidad de las acciones que cada una tiene (240.00 cada una) en la sociedad FAJARDO MORENO Y CIA S. A, por **"suma única y total de SETECIENTOS MILLONES DE PESOS (\$700.000.000.00)**, en la forma, y bajo las condiciones que entre ellos se convenga, para lo cual **deberán suscribir acuerdo**" (ver cláusula segunda (pagina 5 del contrato), valor éste de cargo de la sociedad FAJARDO MORENO Y CIA S. A como requirente, que no de ANDRES FAJARDO VALDERRAMA en nombre o posición propia. Así lo indica el contrato:*

**"FAJARDO MORENO Y CIA S. A. , pagará como suma única y total por la adquisición de las acciones que le transferían las señoras MARIA HELENA VALDERRAMA DE FAJARDO, SILVIA ELENA FAJARDO VALDERRAMA, y MARIA ISABEL FAJARDO VALDERRAMA, de la siguiente forma:"** (negritas y subrayas fuera de texto)

*Como quiera que la legitimidad en causa por activa tiene la condición de carácter de presupuestos materiales para la sentencia de fondo, favorable o desfavorable, vale su formulación en ese escenario, como excepción de mérito, que no previa.*

*En este orden de ideas, lo que debe repararse al momento de proferir la decisión de fondo, es establecer qué lo que subyace en el presente caso no legitimación procesal, sino como "legitimación sustancial", pues, la primera, es presupuesto para el nacimiento e integración válida de la relación Jurídico procesal y que es tema de control por el*

00588

*Juez y la parte accionada, en tanto la segunda, es presupuesto para la sentencia de fondo, y es en este acto, donde debe analizarse y despacharse la excepción que se plantea.*

*Descartada la legitimación procesal, por pasiva o por activa, el problema central aquí es, definir en derecho y mediante decisión arbitral, si la demandante es realmente titular de los derechos reclamados (legitimación sustancial por activa), y de si la persona jurídica y natural demandadas, están legalmente obligadas a responder por tales derechos (legitimación sustancial por pasiva).*

*En este sentido y para mayor ilustración, el Consejo de Estado, en varias sentencias, ha aclarado las diferencias entre legitimación procesal que denomina "legitimación de hecho" y la legitimación sustancial que denomina "legitimación material", así:*

*"La legitimación en la causa ha sido estudiada en la jurisprudencia y la doctrina desde dos puntos de vista: de hecho y material.*

*Por la primera, legitimación de hecho en la causa, se entiende la relación procesal que se establece entre el demandante y el demandado, por intermedio de la pretensión procesal; es decir es una relación jurídica nacida de la atribución de una conducta, en la demandada, y de la notificación de ésta al demandado. Quien cita a otro y atribuye está legitimado de hecho y por activa, y a quien cita y atribuye está legitimado de hecho y por pasiva, después de la notificación del auto admisorio de la demanda. Vg.: A demanda a B Cada uno de estos está legitimado de hecho.*

*La legitimación ad causam material alude a la participación real de las personas, por regla general, en el hecho origen de la formulación de la demanda, independientemente de que haya demandado o no, o de que haya sido demandado o no. Ejemplo: A, Administración, lesiona a B. A Y B, están legitimados materialmente, pero si A demanda a C, sólo estará legitimado materialmente A; además si O demanda a B, sólo estará legitimado materialmente B, lesionado. Si O demanda a C, ninguno está legitimado materialmente.*

*"Pero en todos esos casos todos están legitimados de hecho; y sólo están legitimados materialmente, quienes participaron realmente en la causa que dio origen a la formulación de la demanda. La falta de legitimación material en la causa, por activa o por pasiva, no enerva la pretensión procesal en su contenido, como si lo hace la excepción de fondo.*

*La excepción de fondo se caracteriza por la potencialidad que tiene, si se prueba el hecho modificativo o extintivo, que se propone o se advierte por el juzgador, para extinguir, parcial o totalmente aquella.*

*"La excepción de fondo supone, en principio, el previo derecho del demandante que a posteriori se recorta, por un hecho nuevo - modificativo o extintivo del derecho constitutivo del demandante-que*



tumba la prosperidad de la pretensión, Como ya se dijo, parcial o totalmente.

"En la falta de legitimación en la causa material por pasiva, no se estudia intrínsecamente la pretensión contra el demandado para que éste no sea condenado; se estudia si existe o no relación real del demandado con la pretensión que se le atribuye. La legitimación material en la causa, activa y pasiva, es una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable, al demandante o al demandado." (Consejo de Estado. Sección Tercera. Sent. junio 15/2000. C.P. María Elena Giralda Gómez. (Subrayas fuera de texto).

Conceptualizado el punto y siendo claro para todos, si bien la parte demandante está "legitimada" de forma contractual para enervar la acción arbitral, a juicio de quien escribe, carece de "legitimación sustancial o ad causam material por activa para reclamar, como lo hace, "el incumplimiento deliberado, culposos o doloso de los Acuerdos Privados de Cesión de Acciones de fecha: diciembre 24 de 2013 y marzo 12 de 2014, por ausencia de los requisitos formales y sustancias de orden contractual para hacer las súplicas contenidas en los hechos y en las pretensiones demanda.

Este aserto viene de lo siguiente:

1-1). Por la estipulación contenida en la cláusula segunda numeral dos del Acuerdo Privado de fecha marzo 12 de 2014, por la cual las partes pactaron claramente que:

**"CLÁUSULA SEGUNDA - PRECIO Y FORMA DE PAGO: FAJARDO MORENO Y CIA S. A., pagará como suma única y total por la adquisición de las acciones que le transferían las señoras MARIA HELENA VALDERRAMA DE FAJARDO SILVIA ELENA FAJARDO VALDERRAMA, y MARIA ISABEL FAJARDO VALDERRAMA, de la siguiente forma:**

1. ....

2. **Frente a la señora SILVIA ELENA FAJARDO VALDERRAMA: FAJARDO MORENO Y CIA S. A., reconocerá la suma única y total de SETECIENTOS, MILLONES DE PESOS (\$700.000.000>' en la forma, y bajo las condiciones que entre ellos se convenga, para lo cual deberán suscribir un acuerdo".**  
(negrillas y subrayas fuera de texto)

Tal forma de lactación, ante todo, obligaba directamente a las partes definir la forma de pago y las condiciones de pago y luego se firmara un acuerdo en tal sentido. Esto no se cumplió.

1.2). Por la estipulación contenida en la cláusula décima sexta del contrato que obligada a las partes con buscar la "**decisión de las mayorías**", no la "contribución conciliatoria" como se solicitó a cada

00590

una en el correo electrónico de fecha 16 de agosto de 2016.

La transcribo así.

**"CLAUSULA DECIMA SEXTA - CLAUSULA COMPROMISORIA: Cualquier diferencia o disputa que surda con ocasión del incumplimiento total o parcial o de la interpretación de alguna, algunas o todas las cláusulas de este Acuerdo, o del alcance del mismo, se someterán, en primera instancia, a la decisión de las mayorías de los miembros que suscriben el presente documento para lo cual tendrán un término de treinta días contados a partir de la fecha en que cualquiera de las partes solicite la intervención de las mencionadas personas. En el evento que en ese termino no se logre ningún acuerdo, la diferencia se someterá a la decisión obligatoria de un Tribunal de Arbitramento, que será designado por el Director del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín de su lista de árbitros. ---"** (negritas y subrayas fuera de texto)

1.3). Falta de legitimación por pasiva, frente al DR. ANDRES FAJARDO VALDERRAMA, que se infiere de la estipulación contenida en la cláusula segunda del contrato que transcribo:

**"CLÁUSULA SEGUNDA - PRECIO Y FORMA DE PAGO: FAJARDO MORENO Y CIA S. A., pagará como suma única y total por la adquisición de las acciones que le transferían las señoras MARIA HELENA VALDERRAMA DE FAJARDO, SILVIA ELENA FAJARDO VALDERRAMA, y MARIA ISABEL FAJARDO VALDERRAMA, de la siguiente forma:** (negritas y subrayas fuera de texto)

**2) AUSENCIA DE CAUSA PROCESAL PARA PEDIR EN RELACION A LA SOCIEDAD FAJARDO MORENO Y AL DR. ANDRES FAJARDO VALDERRAMA:**

La fundamentamente y explico:

Como se puede observar claramente no existe la fundamentación fáctica –contractual- ni jurídica validas en la demandante para las súplicas de la demanda, es decir la causa cierta, derivada de los contratos y acuerdos privados, que lo lleve a prosperar en sus pretensiones contra las Convocadas y en particular contra el Dr. ANDRES FAJARDO VALDEMARRA. Las razones fueron expresadas a lo largo de la respuesta a los hechos de la demanda y se sintetizan en la excepción anterior.

Conforme a la cláusula segunda, numeral 2 del Acuerdo de 14-03--2014, era y es la sociedad **FAJARDO MORENO Y CIA S. A.**, quien reconocería **la suma única y total de SETECIENTOS MILLONES DE PESOS (\$700.000.000)**, en la forma, y bajo las condiciones

00591

**que entre ellos se convenga, para lo cual deberán suscribir un acuerdo" a la señora SILVIA ELENA FAJARDO VALDERRAMA.**

*En los dos contratos, para nada se menciona, es forma expresa e incondicional, que es **obligado o codeudor solidario** el señor ANDRES FAJARDO VALDERRAMA.*

*Luego entonces, frente a la sociedad, en ausencia de un acuerdo de pago, de documento que fije las condiciones espacio temporales del mismo, la petición se reputa ausente de causa por incumplimiento de la ritualidad legal y contractual y frente al DR. ANDRES FAJARDO VALDERRAMA carente de causa jurídico patrimonial y contractual.*

### **3) PETICION ANTES DE TIEMPO:**

*La fundamentación y sustento así:*

*En el escrito genitor de la demanda, en el acápite de las pretensiones, la parte actora solicita que se "declare el incumplimiento por parte de la sociedad FAJARDO MORENO Y CIA S. A y/o de ANDRES FAJARDO VALDERRAMA de los compromisos contraídos en virtud de los acuerdos privados celebrados en fechas: 24-12-2013 y 12-03-2014 Y relativos al pago de las 240 acciones cedidas por la señora SILVIA ELENA FAJARDO VALDERRAMA a la sociedad FAJARDO MORENO (9.1), que se declare la existencia y exigibilidad a partir de la ejecutoria del laudo de las obligaciones contraídas por ANDRES FAJARDO VALDERRAMA y/o la sociedad FAJARDO MORENO Y CIA S. A favor de SILVIA ELENA FAJARDO VALDERRAMA derivada de la compraventa de 240 acciones y ordene el pago de \$700.000.000.00 (9.2), que se ordene a ANDRES FAJARDO VALDERRAMA y/o FAJARDO MORENO Y CIA S. A, el pago de los intereses corrientes (9.3), que se ordene el pago de intereses de mora (9.4) y el pago de costas (9.5).*

*El orden de las peticiones no solo configura la falta de técnica procesal pues no puede existir primero declaratoria de incumplimiento sin que haya declaración previa de la existencia material, con fuerza vinculante, de los Acuerdos Privados, sino que configura además, una petición antes de tiempo, visto que la parte petente, no ha cumplido con la carga que traza la cláusula segunda numeral 2 y la cláusula décima sexta del contrato, relativas ambas a quien debe hacer el pago, cuál es el precio y cual la forma y el medio de pago y la existencia de una condición suspensiva para operar el pago y adicionalmente, **cual debía de ser el rito a cumplir** en el evento de existir desacuerdo sobre el cumplimiento del acuerdo Privado de marzo 12/14.*

*Esta forma de peticionar es extraña al derecho civil pues en los contratos no solo existen obligaciones principales sino también accesorias y en derecho no puede ser primero en el tiempo los accesorios y luego los principales. Si la obligación principal no aparece declarada judicialmente como cierta e incumplida o resoluble por incumplimiento, mal, indebido es, improcedente resulta, peticionar la condena por obligaciones accesorias. El aforismo romano es claro: "lo*

00592

accesorio, sigue la suerte de lo principal" .

Veamos:

**"CLÁUSULA SEGUNDA - PRECIO Y FORMA DE PAGO: FAJARDO MORENO Y CIA S. A., pagará como suma única y total por la adquisición de las acciones que le transferían las señoras MARIA HELENA VALDERRAMA DE FAJARDO, SILVIA ELENA FAJARDO VALDERRAMA, y MARIA ISABEL FAJARDO VALDERRAMA, de la siguiente forma:**

1. ....

**2. Frente a la señora SILVIA ELENA FAJARDO VALDERRAMA: FAJARDO MORENO Y CIA S. A., reconocerá la suma única y total de SETECIENTOS MILLONES DE PESOS (\$700.000.000); en la forma, y bajo las condiciones que entre ellos se convenga, para lo cual deberán suscribir un acuerdo".** (negrillas y subrayas fuera de texto)

**"CLAUSULA DECIMA SEXTA - CLAUSULA COMPROMISORIA: Cualquier diferencia o disputa que surja con ocasión del incumplimiento total o parcial o de la interpretación de alguna, algunas o todas las cláusulas de este Acuerdo, o del alcance del mismo, se someterán, en primera instancia, a la decisión de las mayorías de los miembros que suscriben el presente documento para lo cual tendrán un término de treinta días contados a partir de la fecha en que cualquiera de las partes solicite la intervención de las mencionadas personas"**

De lo transcrito se infiere claramente que **el obligado al pago de la suma única y total es FAJARDO MORENO Y CIA., no es el DR. ANDRES FAJARDO VALDERRAMA (1); que la obligación es únicamente pagar \$700.000.000,00 (2); que no existía pacto de reconocimiento y pago de intereses corrientes o de plazo o cualquiera otra forma de indemnización (3); que antes de accionar por vía arbitral, se requería contar con la "decisión mayoritaria de los miembros" que suscribieron el acuerdo (4).**

Como no se cumple con ninguno de estos requisitos, se entiende que procede la excepción expuesta.

Y menos, si como se advierte, la parte Convocante tampoco ha constituido en mora a la deudora FAJARDO MORENO, conditio sine qua non para afirmar incumplimiento de las obligaciones o mora en el pago. Constituir en mora en un derecho de la parte y del deudor cuando se está en frente de una obligación que adolece del requisito legal y procesal para hacerse exigible como lo pretende la Convocante.

**4) CUMPLIMIENTO DE CONTRATO:**

La fundamento y explico así:

00593

*Conforme al texto de los dos contratos y al espíritu contractual todas las partes, la cesión se hizo contra el pago de una suma única, fija y total de \$700.000.000,00 para lo cual las partes es estuvieron a la buena fe negocial y por ello señalaron que el pago se haría previo acuerdo de las partes y para ello implementarían un contrato de acuerdo de pago.*

*Los Convocados han ofrecido de distintas formas, maneras y medios, unas propuestas de pago, todas, rechazadas por la parte Convocante. Las razones han sido personalísimas de la Convocante pues jamás se conocen su negativa*

*En la medida como FAJARDO MORENO Y CIA S.A, a través de su Representante Legal, ha hecho varias ofertas de pago, se afirma que se ha cumplido el contrato.*

*La prueba documento y testimonial dirá la seriedad de las propuestas y su señoría lo verificará con el solo interrogatorio de parte.*

*Siendo así, como en efecto es y fue, no cabe duda que se CUMPLIÓ en exceso con el contrato inicial.*

**5) AUSENCIA DE PRUEBA SOBRE EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES:**

*La fundamento y explico así:*

*Se reitera:*

*Los hechos y pretensiones de la demanda arbitral distan mucho de la literalidad de los contratos. Unos y otros no responden a lo pactado y se enseñorean como manifestaciones y pretensiones sin apoyo contractual y legal.*

*De las pruebas aportadas no se deduce en modo alguno, que todos los Convocados esté obligados al pago inmediato de la única obligación pactada en el contrato privado: pagar \$700.000.000,00 cuando las partes así lo convengan, bajo la forma que lo convengan y bajo el texto de un acuerdo de pago que deberán suscribir. En tano no exista acuerdo de pago que indique: el cuándo, el dónde, las garantías, etc., y no se firme un documento en tal sentido, no existe incumpliendo de las obligaciones, ni existe manera legal, contractual o judicial, de declarar vencido el plazo para pagar.*

*La demandante tampoco ha constituido en mora a la sociedad FAJARDO MORENO Y CIA S.A, situación que hace más difícil afirmar el incumplimiento.*

**6) EXCEPCION "NEMO AUDITOR PROPIAM TURPITUDINEM ALLEGANS":**

00594

*La fundamentación en el art. 63 y 1515 y s.s. del Código Civil y la explico:*

*Definida ésta "máxima según la cual nadie puede alegar la propia torpeza ni el dolo o la culpa propia a su favor" procede aplicar al caso de autos, por expreso reconocimiento y confesión judicial del actor.*

*Es culpa grave, negligencia grave, o culpa lata, equivalente al dolo en materia civil, que el Estado no puede acolitar por expresa prohibición legal y constitución (art. 83 C.N. y art. 63 del ordenamiento civil).*

*La Convocante y su apoderada, sin reato moral alguno, para enervar el pago de la mayor cantidad en kilogramos diseñada, fabricada y montada o por montar en la obra de su propiedad, acude al expediente más fácil, pero que entraña mayor reproche moral y social, cual es de invocar que los Convocados "incumplieron" los Acuerdos o Contratos, porque no ha abonado ni pagado el valor adeudado y sus intereses corrientes no pactados expresamente.*

*Esto, a no dudarlo, no solo es inmoral, sino que se torna caprichoso e ininteligible en personas de la edad, la experiencia y la diversidad comercial que enseñan la quejosa arbitral y su apoderada, hecho que se advierte e entiende más como un abuso del derecho y como una pretensión de enriquecimiento ilícito o enriqueciendo sin causa, que al ejercicio ordinario de un derecho. Es palmario el "abuso del derecho".*

*Demandar, aduciendo incumplimiento para el no pago del capital más unos intereses corrientes no pactados, cuando las mismas partes no han llegado a acuerdo de pago escrito alguno, es señal inequívoca de este propósito abusivo y doloso, más, si se trata de la propia hermana del señor ANDRES FAJARDO y de una persona que fue accionista de la sociedad, que fue beneficiada como socia, por la simple voluntad del padre común: RAUL FAJARDO MORENO.*

*Por el dolo que afirma alevosamente la actora y su apoderada, mal haría el Estado en prohiar su derecho mediante un Laudo Arbitral adverso. Las Convocadas, antes que incumplir, confeccionaron varios proyectos de acuerdo de pago sin éxito alguno, han pagado todas las obligaciones de FAJARDO MORENO Y CIA S.A. en procura de mantener la imagen familiar y social y comercial; han vivido muchas necesidades en el solo deseo de honrar la palabra y los contratos, etc, etc.*

*Si hubo cumplimiento del actor y/o propósito palmario de cumplir Contratante, mal puede reclamar un derecho u obligación sin vencimiento cierto y menos pretender el cobro de obligaciones accesorias no convenidas con ninguno de los cedentes.*

**7) BUENA FE PRECONTRACTUAL, CONTRACTUAL Y POST-CONTRACTUAL DEL CONTRATISTA EN OPOSICIÓN A LA MALA FE DEL CONTRATISTA.**

*La fundamentación y explico así:*

00595

*Se fundamenta en el hecho cierto que la demandada, a la fecha de contrato y durante su ejecución, no solo tiene suficiente capacidad patrimonial para cumplir con sus obligaciones, sino que siempre obró y obra de muy buena fe. Por esto, hasta hoy, la Convocante no ha tenido demandas civiles o comerciales en su contra derivadas de obligaciones suscritas por ella y de responsabilidad de la sociedad FAJARDO MORENO Y CIA. S.A.. Esta tampoco ha recibido ningún reproche por su devenir comercial y empresarial.*

*Le asiste la buena fe comercial pues todos sus actos fueron y están prevalidos de esa buena fe comercial precontractual, contractual y post-contractual y lo ha hecho con el debido lleno de los requisitos sustanciales y formales*

**8) PRESCRIPCIÓN:**

*Se fundamenta y explica así:*

*Ante esta infundada acción judicial, que no acredita por parte alguna el origen o causa de la "supuesta" obligación reclamada: "incumplimiento", me permito indicar que por el paso del tiempo ha operado el fenómeno de la prescripción.*

**9) LA GENÉRICA:**

*La fundamento y explico así:*

*Cualquier hecho o excepción que se demuestre en este proceso se declare en virtud del principio de legalidad y de la realidad de los hechos."*

**CAPÍTULO SEGUNDO**

**CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

**1. PRESUPUESTOS PROCESALES:**

Las partes que conforman la litis, tienen capacidad y habilitación suficiente para disponer, lo que han acreditado en debida forma en este proceso, estando además representadas por sus apoderados judiciales, a los cuales se les ha reconocido su calidad para actuar en el mismo.

La controversia sometida al conocimiento y decisión del Tribunal, planteada en la demanda, es susceptible de ser dirimida por esta vía, acorde con lo previsto por el artículo 1º, de la Ley 1.563 de 2.012.

La constitución del Tribunal se realizó de conformidad con la voluntad de las partes, expresada en la primera audiencia de trámite, y conforme con lo previsto por la Ley

1563 de 2012, así como con lo previsto por el Reglamento del Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia.

De conformidad con lo anterior, no se advierte ningún vicio procesal que afecte lo actuado; concurriendo los presupuestos procesales, puede proferirse el laudo arbitral, en la manera en que fue determinado, esto es, en derecho.

Por lo tanto, habrá de proferirse, consecuentemente, un laudo de fondo.

## **2. DE LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:**

Agotada la etapa probatoria, se programó audiencia de alegatos para el día veinticinco (25) de octubre de dos mil diecisiete (2.017).

Las partes presentaron sus alegaciones, lo cual hicieron con sujeción a la ley, en forma oral y en los términos cuyo contenido se resume a continuación:

### **2.1 ALEGATOS PARTE DEMANDANTE:**

La parte demandante indicó que el señor ANDRES FAJARDO VALDERRAMA es obligado solidario con la sociedad FAJARDO MORENO Y CIA. S.A. de la obligación contraída con la señora SILVIA ELENA FAJARDO VALDERRAMA por la venta de unas acciones.

Indicó que los acuerdos privados suscritos por las partes eran un contrato de compraventa de unas acciones, pues existe un acuerdo sobre el precio, y se determinó la cosa sobre la que se ejercía la compraventa; además la demandante se despojó de las acciones y las entregó a la parte demandada.

Sostuvo que, de acuerdo con las reglas de la compraventa, el pago debe hacerse en forma inmediata, razón por la cual se estima que debe obtenerse una sentencia que le otorgue la tranquilidad a la demandante de que le sea pagada la obligación.

Manifestó que el Art. 1551 del Código Civil establece que el plazo puede ser determinado por el juez cuando no sea claro.

Arguyó que no puede permitirse que se continúe con este abuso del derecho

Sostuvo que debe ordenarse el pago de los intereses desde el 1º de enero de 2014, fecha en la cual la demandante entregó las acciones a la parte demandada.

### **2.2 ALEGATOS PARTE DEMANDADA:**

El apoderado de la parte demandada indicó que se debe absolver a sus representados de todas las pretensiones de la demanda, pues la parte demandada



0059†

ha procurado llegar a un acercamiento con la parte demandante para dar por terminado este conflicto, sin que haya sido posible llegar a un acuerdo.

Indicó que para resolverse esta controversia debe verificarse, por parte del Árbitro, si se cumplen con los presupuestos procesales, verificar si no existen nulidades procesales.

Sostuvo el apoderado de la parte demandada que este proceso se finca sobre dos contratos que fueron celebrados al interior de una familia de Medellín, la familia Fajardo Valderrama y sus integrantes. El primer contrato con fecha del 24 de diciembre de 2013, fue un contrato exploratorio, que sirvió de base para hacer el segundo contrato, que tiene fecha 12 de marzo de 2014.

Manifestó el apoderado de la parte convocada que la obligación adquirida el 12 de marzo de 2014 lo fue por FAJARDO MORENO Y CIA. S.A., y no por el señor ANDRÉS FAJARDO VALDERRAMA, razón por la cual no existe fundamento para imponer condena alguna en contra del señor ANDRÉS FAJARDO VALDERRAMA.

Argumentó que las partes acordaron una cláusula compromisoria que es válida, y que tiene unas etapas que son de obligatorio cumplimiento para las partes. La cláusula compromisoria no es abusiva, sino que establece unas etapas que son de obligatorio cumplimiento para las partes, las cuales, según indicó, no fueron cumplidas por la demandante antes de iniciar la demanda.

Manifestó que el contrato suscrito por las partes el 12 de marzo de 2014 se dejó establecido que cualquier acuerdo previo quedaba sin efectos, razón por la cual, en su sentir "se borró cualquier acuerdo previo" al que hubiesen llegado las partes.

El apoderado de la parte demandada indicó que la demanda es confusa, pues en el acápite de pretensiones no se solicitó que se declarara la existencia de un contrato entre las partes, razón por la cual es anti técnico haber pedido la declaratoria de incumplimiento, y que no puede, al hacerse una labor de interpretación de la demanda, superar este error técnico que tiene la demanda.

Más adelante, indicó el apoderado de la parte demandada que la parte demandante no cumplió con lo previsto en la cláusula compromisoria, pues antes de haber convocado este tribunal de arbitramento, debió de haberse convocado a las mayorías para que resolvieran las diferencias entre las partes, pues así fue acordado entre las partes en la cláusula compromisoria, y el contrato es ley para las partes.

Indicó el apoderado de la parte demandada que no existe ningún fundamento para deprecar la solidaridad de la obligación de los \$700.000.000 entre el señor ANDRÉS FAJARDO VALDERRAMA y la sociedad FAJARDO MORENO Y CIA. S.A., pues el contrato del 12 de marzo de 2014 dejó sin efecto cualquier acuerdo previo, y porque no se acordó solidaridad entre las partes.

### **3. LA PRUEBA PRACTICADA:**

Fijados los extremos de la *litis*, que fueron propuestos por las partes y en atención al principio de la necesidad de la prueba, consagrado en el artículo 164 del Código

00598

General del Proceso, conforme con el cual "*Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso*", decretó el Tribunal la práctica de los medios probatorios solicitados por las partes convocante y convocada, en su afán de establecer la realidad de los hechos narrados como sustento de las pretensiones.

Incumbe al juez, al tenor del mandato del artículo 168 del mismo Código, rechazar, mediante providencia motivada, "*las pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles*".

Ahora bien, puede asegurarse que semejante actuación es de recibo cuando la impertinencia, la inconducencia o la inutilidad del medio de prueba, sea abierta, evidente, o como dice el texto legal, notoria o manifiesta. De no tener esa calidad, no puede el juzgador, *a priori*, disponer negativamente una petición de pruebas, porque vulneraría el derecho de la parte que la solicitó.

Dentro de ese marco obró el Tribunal y en razón de las providencias del caso, se recibieron declaraciones de parte y varios testimonios. Asimismo, se arrió prueba documental.

En efecto, en la audiencia celebrada el veintiocho (28) de junio de dos mil diecisiete (2.017), se practicó el interrogatorio de parte a la demandante y al representante legal de la sociedad demandada, que a su vez actúa como persona natural codemandada en este proceso arbitral.

En la misma audiencia, celebrada el veintiocho (28) de junio de dos mil diecisiete (2.017), el Tribunal recibió la prueba testimonial de SERGIO FAJARDO VALDERRAMA, PABLO ESTEBAN RUÍZ MACHADO, MARIO ALBERTO NOREÑA ÁNGEL, JORGE JULIÁN MEJÍA y ELIZABETH HENAO ÁLVAREZ.

En la audiencia celebrada el diecisiete (17) de julio de dos mil diecisiete (2.017), el Tribunal recibió la prueba testimonial de RODRIGO FAJARDO VALDERRAMA.

#### **4. JUICIO DE MÉRITO:**

Para resolver el presente litigio, el Tribunal se fundamenta en los siguientes análisis y motivaciones:

##### **4.1. OBJETO DE LA CONTROVERSIA – FIJACIÓN DEL LITIGIO:**

En el curso de la primera audiencia de trámite celebrada el 25 de mayo de 2.017, el Tribunal consideró que el problema jurídico planteado en la demanda arbitral consiste en determinar si se configuran los presupuestos para declarar que la parte demandada incumplió un acuerdo contractual contraído con la parte demandante, si es posible declarar que existe una obligación dineraria a cargo de la parte demandada y a favor de la parte demandante, y si es posible ordenar el reconocimiento de los intereses corrientes a favor de la parte demandante.

00599

En la misma audiencia, el apoderado de la parte demandada solicitó el uso de la palabra y manifestó: *"Considero que otro punto que debe definir la instancia es que se determine la existencia de la obligación cierta y si a la fecha de presentación de la demanda arbitral tal suma era exigible ya o exigible a futuro y así mismo determinará la forma de pago de la misma si es dinero, si es especie, o de qué modo"*. (Cfr. folio 296 del expediente).

Así las cosas, se tiene que los extremos de la litis (o fijación del litigio), están determinados por los hechos, la respuesta a esos hechos, por las pretensiones de la convocante, las excepciones de los convocados, las excepciones probadas no alegadas y por lo establecido en la primera audiencia de trámite celebrada el 25 de mayo de 2.017.

#### **4.2 DEL DOCUMENTO O DOCUMENTOS DONDE CONSTAN LOS ACUERDO DE LAS PARTES Y DE DONDE SURGE EL LITIGIO:**

Dentro de los muchos documentos aportados por la convocante, se destacan dos (2) que resultan especialmente importantes para el trámite del presente proceso, toda vez que allí consta la voluntad negocial de las partes.

Tales documentos son:

- a) Documento denominado *"ACUERDO PARA LA CESIÓN DE ACCIONES"*, suscrito por la convocante y por el señor ANDRÉS FAJARDO VALDERRAMA, el día 24 de diciembre de 2.013 (obrante a folios 48 y 49 del expediente).
- b) Documento denominado *"ACUERDO PRIVADO"*, suscrito por la convocante y por los dos (2) convocados, el día 12 de marzo de 2.014 (obrante a folios 31 a 46 del expediente).

El último de los documentos mencionados, fue aportado también al proceso por los convocados, al momento de contestar la demanda arbitral.

Para el Tribunal reviste especial importancia el examen de tales documentos, pues es necesario determinar si el posterior reemplazó al anterior o, si por el contrario, los dos coexisten o se complementan, aspecto éste en que las partes no se pusieron de acuerdo en el curso del proceso y de cuyo resultado se derivarán consecuencias muy importantes para la solución del litigio que debe desatar el Tribunal.

El primer documento, es decir, el denominado *"ACUERDO PARA LA CESIÓN DE ACCIONES"*, suscrito por la convocante y por el señor ANDRÉS FAJARDO VALDERRAMA, el día 24 de diciembre de 2.013 (obrante a folios 48 y 49 del expediente), trata en forma desordenada múltiples temas, resultando de interés para el asunto que se ventila en este proceso, los siguientes apartes:

*"El día 24 de diciembre de 2013, se reunieron la totalidad de los miembros que componen las acciones de las sociedades FAJARDO MORENO Y CÍA S.A., e INVERSIONES FAJARDO VALDERRAMA S.A.S., y de mutuo acuerdo llegaron a la siguiente decisión:*

00600

*PRIMERO: Las señora Silvia Elena Fajardo Valderrama, María Isabel Fajardo Valderrama, y María Helena Valderrama de Fajardo, cederán al señor Andrés Fajardo Valderrama, o a quien éste indique previamente, la totalidad de las acciones que éstas tienen en la compañía FAJARDO MORENO Y CÍA S.A., de manera que el señor Andrés Fajardo Valderrama, directamente o a través de su sociedad BRINDISI S.A.S., y con excepción de la participación de los señores Jorge Julián Fajardo Mejía, y Andrés Santiago Fajardo Mejía, quede con la totalidad de la compañía.*

*(...)*

*OCTAVO: El señor Andrés Fajardo Valderrama se compromete con las señoras Silvia Elena Fajardo Valderrama, María Isabel Fajardo Valderrama a pagarles a cada una la suma de \$700.000.000 por su participación, situación que deberá estar garantizada con algún negocio en el que participe la sociedad FAJARDO MORENO Y CÍA S.A. las partes reconocen y aceptan que éste punto se perfeccionará en el acuerdo que se deberá suscribir a más tardar el 31 de Enero de 2.014, y sobre el cual se hablará más adelante.*

*(...)*

*DÉCIMO: A más tardar el día 31 el (sic) enero del 2014, se formalizarán éstas (sic) decisiones en acuerdo elaborado para el efecto, sin que con ello se le reste validez y valor a la presente constancia.*

*En señal de reconocimiento y aceptación, lo suscriben las partes en el involucradas;"*

Y firman dicho documento ANDRÉS, SERGIO, RODRIGO, MARÍA ISABEL Y SILVIA FAJARDO VALDERRAMA, así como la señora MARÍA HELENA VALDERRAMA DE FAJARDO.

El segundo documento, es decir, el denominado "ACUERDO PRIVADO", suscrito por la convocante y por los dos (2) convocados, el día 12 de marzo de 2.014 (obrante a folios 31 a 46 del expediente), es mucho más extenso que el primero, trata igualmente en forma desordenada múltiples temas, resultando de interés para el asunto que se ventila en este proceso, los siguientes apartes:

- Numeral 11, de la parte denominada "CONSIDERACIONES", (cfr. folio 34 del expediente):

*"11. Que este contrato reemplaza cualquier acuerdo previo y constituye la única voluntad de los intervinientes, quedando por fuera cualquier otra consideración que no esté incluido (sic) en este documento, con excepción del documento denominado igualmente "Acuerdo Para La Cesión de Acciones", el cual fue suscrito por las partes el día 24 de Diciembre de 2013 (Anexo 2), y que servirá de guía para la interpretación de las disposiciones del presente acuerdo,*

00601

*siempre y cuando las mismas presenten problemas de interpretación, o exista contradicción entre alguna de ellas."*

- Cláusula Décima Séptima (cfr. folio 44 del expediente), la cual es del siguiente tenor:

**"CLÁUSULA DÉCIMA SÉPTIMA:** *El presente acuerdo deja sin efecto cualquier otro pacto verbal o escrito que haya sido suscrito por las partes y en consecuencia renuncian a cualquier reclamación que pudieran hacerse con ocasión de cualquiera de los demás acuerdos a los que hayan llegado previamente."*

De las disposiciones contractuales transcritas anteriormente, el Tribunal infiere lo siguiente:

1° Las partes tuvieron la real intención, al suscribir el documento denominado "ACUERDO PRIVADO", suscrito el 12 de marzo de 2.014, de modificar, con lo acordado en éste, todo lo que las mismas habían pactado con anterioridad, bien fuera en forma verbal o escrita.

2° En ese orden de ideas, el documento denominado "ACUERDO PRIVADO", suscrito el 12 de marzo de 2.014, reemplazó y/o modificó lo pactado por las partes en el documento denominado "ACUERDO PARA LA CESIÓN DE ACCIONES", suscrito por la convocante y por el señor ANDRÉS FAJARDO VALDERRAMA, el día 24 de diciembre de 2.013 (obrante a folios 48 y 49 del expediente).

3° El denominado "ACUERDO PARA LA CESIÓN DE ACCIONES" (del 24 de diciembre de 2.013), sólo se entenderá que servirá de guía para la interpretación de las disposiciones del denominado "ACUERDO PRIVADO" (del 12 de marzo de 2.014), pero sólo cuando tales disposiciones "presenten problemas de interpretación, o exista contradicción entre alguna (sic) de ellas".

Las inferencias que el Tribunal establece con base en el análisis de los documentos revisados, coinciden, además, con lo expuesto en las declaraciones de los señores ANDRÉS FAJARDO V. (cfr. folios 469 del expediente); PABLO E. RUIZ M. (cfr. folios 415 y 416); y ELIZABETH HENAO A. (cfr. folios 397 y 398).

Así las cosas, para este Tribunal **el acuerdo de voluntades de las partes que servirá de sustrato material para la solución de la litis planteada, es el denominado "ACUERDO PRIVADO", suscrito por la convocante y por los dos (2) convocados, el día 12 de marzo de 2.014** (obrante a folios 31 a 46 del expediente). El documento denominado "ACUERDO PARA LA CESIÓN DE ACCIONES", suscrito por la convocante y por el señor ANDRÉS FAJARDO VALDERRAMA, el día 24 de diciembre de 2.013 (obrante a folios 48 y 49 del expediente), sólo será tenido en cuenta por el Tribunal, cuando las disposiciones del

00602

firmado el 12 de marzo de 2.014, "presenten problemas de interpretación, o exista contradicción entre alguna (sic) de ellas".

#### **4.3 DE LAS PERSONAS QUE SE OBLIGARON EN VIRTUD DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA DE ACCIONES:**

Habiendo ya dejado claramente establecido cuál es el documento que el Tribunal considera que es el que recoge la verdadera intención de los contratantes, es necesario determinar, qué personas naturales y/o jurídicas se obligaron, en calidad de parte vendedora y en calidad de parte compradora.

Al revisar el denominado "*ACUERDO PRIVADO*", suscrito el 12 de marzo de 2.014, el Tribunal observa lo siguiente:

1º En dicho documento, la señora SILVIA ELENA FAJARDO VALDERRAMA, aparece suscribiéndolo en las siguientes calidades: i) Como persona natural, es decir, en su propio nombre y representación; y ii) Como accionista de las sociedades INVERSIONES FAJARDO VALDERRAMA S.A.S. y FAJARDO MORENO Y CIA. S.A.

2º El documento aparece suscrito por el señor ANDRÉS FAJARDO VALDERRAMA, en las siguientes calidades: i) Como persona natural, es decir, en su propio nombre y representación; ii) Como representante legal de FAJARDO MORENO Y CIA. S.A.; iii) Como accionista de la sociedad INVERSIONES FAJARDO VALDERRAMA S.A.S.; y iv) Como representante legal de la sociedad BRINDISI S.A.S.

A este Tribunal no le queda duda alguna, que la persona que celebró el contrato de compraventa de acciones, en calidad de VENDEDORA, fue la señora SILVIA ELENA FAJARDO VALDERRAMA, aspecto que no ha sido discutido ni controvertido a lo largo del presente proceso arbitral.

Cosa completamente diferente ocurre cuando se trata de establecer quién o quiénes fungieron como COMPRADOR(ES), en el referido contrato de compraventa; las partes discrepan en este punto, pues, la convocante, vincula en tal calidad a dos personas: i) A la persona jurídica denominada FAJARDO MORENO Y CIA. S.A.; y, ii) A la persona natural llamada ANDRÉS FAJARDO VALDERRAMA. A su vez, los demandados alegan que sólo se obligó en calidad de parte COMPRADORA, la sociedad FAJARDO MORENO Y CIA. S.A., y que el señor ANDRÉS FAJARDO VALDERRAMA, como persona natural, es completamente ajeno a tal relación negocial.

Siendo asunto pacífico entre las partes, que la sociedad FAJARDO MORENO Y CIA. S.A., conformó la parte COMPRADORA, corresponde al Tribunal establecer si el señor ANDRÉS FAJARDO VALDERRAMA, también hizo parte de la relación negocial, en calidad de COMPRADOR.

Si bien es cierto que el señor ANDRÉS FAJARDO VALDERRAMA, suscribe el documento denominado "*ACUERDO PRIVADO*" (del 12 de marzo de 2.014), en múltiples calidades (entre ellas, como persona natural), también lo es, que en tal documento se plantean muchos otros acuerdos que nada tienen que ver con el asunto que aquí nos ocupa; sería una verdadera ligereza concluir que como el

00603

referido señor suscribió el multicitado documento (contentivo de varios negocios jurídicos y con diferentes sujetos de derecho), la parte COMPRADORA (en el asunto que nos ocupa), está conformada por el señor Fajardo y por las sociedades que en tal documento dijo representar.

Al momento de absolver el interrogatorio de parte, el señor ANDRÉS FAJARDO VALDERRAMA, en relación a su posible participación como COMPRADOR, manifestó (cfr. folios 375 a 377 del expediente):

**"EL TRIBUNAL, ÁRBITRO:** ¿Vendérselas a quién? **EL DECLARANTE:** A Fajardo Moreno. (...) Nosotros, en lo particular, nunca hemos objetado ni hemos desconocido esa obligación, para eso también existe la firma de un contrato o de un documento donde participaron, pues, todos mis hermanos, mi mamá, en su momento, y mis dos hijos, como representantes de dos sociedades que no recuerdo cuáles son, en este momento. Eso se pactó y ahí están planteadas esas condiciones y, repito, yo, lo primero, pues, no sé por qué estoy aquí, porque nosotros nunca hemos objetado, ni nunca nos hemos negado a pagar, de hecho... **EL TRIBUNAL, ÁRBITRO:** ¿O sea que usted reconoce como Andrés Fajardo (...) persona natural y como Fajardo Moreno y Compañía S.A., deberle a la Señora Silvia Fajardo 700.000.000 de pesos? **EL DECLARANTE:** Nunca se ha desconocido, nunca se ha desconocido, lo que estamos..., yo siento que estoy aquí, es porque ellos han invocado una figura y una fórmula de pago distinta a la que está planteada en el documento firmado por todos (...) **EL TRIBUNAL, ÁRBITRO:** Cuando usted dice, "nosotros", ¿está hablando por Andrés Fajardo y por la Empresa? **EL DECLARANTE:** Por la Empresa, sí. **EL TRIBUNAL, ÁRBITRO:** ¿Y por Andrés Fajardo, también como persona natural? **EL DECLARANTE:** Pues, no sé si en el último documento me exonera un poquito el tema, pero si me toca como persona natural, también."

Y, posteriormente, el mismo deponente, agrega (cfr. folios 464 a 469):

**"PREGUNTADO:** En vista de que usted manifiesta de que las acciones quedaron repartidas entre todos los miembros de su familia, incluyendo su señora, ¿fueron estos, igualmente, quienes adquirieron estas acciones?, ¿se comprometieron a pagarlas? **CONTESTÓ:** Fajardo Moreno se comprometió a pagar las acciones, y existe en estos documentos la forma cómo se deberían cancelar esa obligación que tenía Fajardo Moreno. Se estipuló que tenía un precio único de 700.000.000 de pesos, que serían cancelados... No tiene fecha de cancelación. El último documento firmado por todas las partes, por la mayoría de todos nosotros, simplemente reza que Fajardo Moreno (...) **EL DECLARANTE:** Tranquilo. Doctor, ¿por qué se firmó primero un documento y después otro? Perdón, yo quiero decirle que en este primer documento que firmamos en Diciembre del 13... Perdón, sí, este está firmado..., el 24 de Diciembre del 13, Diciembre del 13; ahí se planteaba simplemente un direccionamiento de cómo deberían darse las cosas cuando mi mamá falleciera, o después de que mi papá falleció, cómo ordenamos las cosas. Se dijo, además, ahí se establece claramente, para efectos de lo que nos corresponde hoy, dice así, si me permite, para el pago de los setecientos: "...se compromete a

00604

pagarle la suma de 700.000.000 por su participación, situación que debe estar garantizada con algún negocio en que participe la sociedad Fajardo Moreno y Compañía"; es que fue la sociedad quien compró las acciones, las compró, además, por un tema práctico de funcionamiento (...) **REANUDA LA APODERADA DE LA PARTE CONVOCANTE.**

**PREGUNTADO:** Reitero nuevamente mi pregunta, situación que no la entiendo contestada. Sírvase explicar el motivo por el cual, inicialmente usted adquiere las acciones en el documento del 24 de Diciembre del 2013 y posteriormente, el documento de Marzo de 2014, la Sociedad Fajardo Moreno es quien reconoce la obligación. Ese tema, por favor, sírvase contestarlo, ¿usted se obligó...? **CONTESTÓ:** Si yo lo adquirí inicialmente era tal vez por la figura de toda esta cosa, realmente quien debe adquirir las acciones es la sociedad Fajardo Moreno y Compañía, no soy yo, y eso lo precisamos, lo entendimos y lo cambiamos aquí, en este segundo documento. Aquí no había nada distinto... Es que pareciera ser que aquí estamos tratando de cambiar..., no, esto es un documentico elemental, donde nos paramos los cinco hermanos y dijimos "vamos a hacer esto con mi mamá de por medio, mientras viva; este va a ser el direccionamiento cómo vamos a funcionar"; y aquí lo precisamos, y si aquí apareció inicialmente a nombre mío, pues, fue como en ese sentido; y después cuando se hace... profundiza (...) Fajardo quien tiene que pagar y asumir todas las obligaciones, no soy yo, es que yo no soy... (...) Fajardo Moreno, la empresa. (...) **REANUDA LA APODERADA DE LA PARTE CONVOCANTE.**

**PREGUNTADO:** 48 y 49 del expediente, se lee lo siguiente: "A más tardar el día 31 en Enero de 2014, se formalizarán estas decisiones en acuerdo elaborado para el efecto, sin que con ello se le reste validez y valor para la presente constancia". En virtud de lo que manifiesta ese artículo... En los que, inicialmente, usted se obliga a pagar 700.000.000 de pesos y posteriormente se obliga, en el mismo sentido, la Sociedad Fajardo Moreno, ¿reconoce usted que es solidario con la sociedad del cumplimiento del compromiso económico? **CONTESTÓ:** No, yo creo que la que debe pagar es Fajardo Moreno y Compañía, no tengo duda en eso, y lo repito, quiero ser reiterativo en esto, si en este documento aparezco yo como persona natural y como Fajardo, representante de Fajardo Moreno, es una obligación, pues, en este, que lo desvirtúa, ya con más tiempo..., porque esto es una cosa, digamos, pues, no a la ligera tampoco, sino una cosa menos profunda; de tal manera que pudiéramos, entre todos, tener la tranquilidad de que firmamos por lo menos un documento que nos permita dirigirnos hacia allá, y aquí profundizar. Aquí es Fajardo Moreno, el último documento es Fajardo Moreno quien tiene la obligación de cancelar la compra de las acciones contraídas con mis dos hermanas. Insisto, a la primera ya se le pagó en las condiciones establecidas sin ningún problema el pago, (...), se hizo ya su acuerdo de pago. (...) **EL TRIBUNAL, ÁRBITRO:** Gracias Señor Secretario. Creo que todos oímos con suficiente claridad a la pregunta del Árbitro, si como Andrés Fajardo Valderrama, persona natural, y como Fajardo Moreno, persona jurídica reconocía la deuda y don Andrés dijo que nunca la han desconocido. En ese orden de ideas, y habiendo escuchado el audio, con objeción del doctor Araque, se le solicita a don Andrés responda la pregunta de la doctora Ángela. Si es necesario, vuélvase a formular, doctora. ¿No, no es necesario? **EL**



00605

**DECLARANTE:** Pero, vea doctor, yo lo que siento también es que, puede que..., es que yo no desconozco que aquí había un documento firmado, (...) es el primer documento, que me involucra particularmente, personalmente, pero hay otro que lo sustituye, que lo sustituye, donde es Fajardo Moreno quien paga. Yo ahí dije, nosotros nunca hemos desconocido... Yo, yo, personalmente..., nosotros nunca hemos desconocido la obligación, es que nosotros no hemos desconocido, simplemente..., seguro se me preguntó en ese momento y yo contesté sobre esta base, pero ya después cuando usted precisa, cuando ya mira, esto es lo que tiene validez, realmente lo que tiene validez es este documento, y sigo en no desconocer la obligación, es Fajardo Moreno, es que yo no le voy a pagar, es Fajardo Moreno a quien le compraron las acciones y quien debe pagar esta obligación.

**EL TRIBUNAL, ÁRBITRO:** Muy bien, siguiente pregunta, doctora Ángela. **REANUDA LA APODERADA DE LA PARTE CONVOCANTE.**

**PREGUNTADO:** Manifestó usted, igualmente, en el audio que acabamos de escuchar, que se fijó un plazo para Marzo de 2007, con el fin de fijar la forma de pago de la obligación que usted dice "nunca han desconocido"; se refiere exactamente "nosotros nunca la hemos desconocido". **INTERLOCUTOR SIN IDENTIFICAR:** (...).

**PREGUNTADO:** Así lo acaba de referir el audio... -(...) (Hablan varios interlocutores al mismo tiempo)- ...así lo acaba de referir la pregunta... Así lo acaba de referir usted fuera del audio, que en esta nueva pregunta lo ha contestado "nosotros nunca hemos desconocido la obligación", y ha hablado de un plazo de Marzo de 2017, un pacto que se hizo para Marzo de 2017, fijar los parámetros de pago de esa obligación; sírvase indicarle al despacho, ¿dónde consta ese pacto o convenio?, porque en lo personal, no lo conozco. **CONTESTÓ:** Lo primero, cuando yo me refiero a nosotros, no quiere decir Andrés Fajardo, nosotros Fajardo Moreno, si me ha faltado precisar en ese sentido, lo preciso en este momento ..."

Finaliza el absolvente, manifestando (cfr. folio 476 del expediente):

**"EL DECLARANTE:** Hombre, vea, yo sí quisiera, pues, como reiterar lo mismo de siempre, que cuando digo "nosotros" no es que sea yo, pues, que me involucre, digo "nosotros" es la empresa, ha tenido siempre la voluntad de llegar a un arreglo, de hecho, reitero, lo llegamos con mi otra hermana, y no veo por qué tenga que ser distinto a este, pero lo único que aquí tiene validez realmente es este bendito documento que firmamos entre todos, este documento que usted tiene ahí, doctor, ahí está todo, yo no sé, pues, ¿salieron de ahí para dónde? Y, simplemente que (...) de aquí, pero nosotros queremos atender la obligación en la medida que podamos, como podamos y como fue con mi hermana, esa fue la propuesta que hicimos."

Del interrogatorio absuelto por el señor ANDRÉS FAJARDO VALDERRAMA, no puede deducirse que haya reconocido expresa y categóricamente su eventual participación en el contrato de compraventa de acciones; al contrario, es reiterativo en manifestar

que quien ostentó la calidad de COMPRADOR, fue la sociedad FAJARDO MORENO Y CIA. S.A.

00606

De otro lado, revisando en detalle lo pactado por las partes en el denominado "ACUERDO PRIVADO" (del 12 de marzo de 2.014), encontramos lo siguiente:

Establece la cláusula primera (cfr. folio 35):

**"CLÁUSULA PRIMERA – PRIMER OBJETO:** *Por el presente instrumento, la totalidad de los accionistas de la sociedad FAJARDO MORENO Y CIA S.A., acuerdan que la compañía readquiera las 960 acciones de las que son titulares las señoras **MARIA HELENA VALDERRAMA DE FAJARDO, SILVIA ELENA FAJARDO VALDERRAMA, Y MARIA ISABEL FAJARDO VALDERRAMA,** en las proporciones enunciadas en la consideración primera anterior, quienes manifiestan y garantizan que dichas acciones son de su exclusiva propiedad, que las poseen de manera quieta y pacífica, que sobre ellas no pesa ningún gravamen, limitación o condición a su dominio y que no existe ningún hecho o circunstancia que limite la transferencia de sus acciones a favor de la sociedad, y que en todo caso responderán por su legítima propiedad y saldrán al saneamiento en todos los casos previstos en la ley."*

Igualmente, en el mismo documento anteriormente citado, la cláusula segunda, numeral 2 (cfr. folio 35 del expediente), prescribe:

**"CLAÚSULA SEGUNDA – PRECIO Y FORMA DE PAGO: FAJARDO MORENO Y CIA S.A.** *pagará como suma única y total por la adquisición de las acciones que le transferirán las señoras **MARIA HELENA VALDERRAMA DE FAJARDO, SILVIA ELENA FAJARDO VALDERRAMA y MARIA ISABEL FAJARDO VALDERRAMA,** de la siguiente forma:*

**1.** (...)

**2.** *Frente a la señora **SILVIA ELENA FAJARDO VALDERRAMA: FAJARDO MORENO Y CIA S.A.,** reconocerá la suma única y total de SETECIENTOS MILLONES DE PESOS (\$700.000.000), en la forma, y bajo las condiciones que entre ellos se convenga, para lo cual deberán suscribir un acuerdo."*

En la cláusula tercera, numeral 2 (cfr. folio 36), las partes establecieron:

**"CLÁUSULA TERCERA – OBLIGACIONES ESPECIALES DE MARIA HELENA VALDERRAMA DE FAJARDO, SILVIA ELENA FAJARDO VALDERRAMA, Y MARIA ISABEL FAJARDO VALDERRAMA:** *Adicional a las demás obligaciones que al interior del presente contrato se establecen, asumen especialmente las siguientes obligaciones:*

**1.** (...)

00607

2. *Ceden en favor de la sociedad FAJARDO MORENO Y CIA S.A., o de quien ésta les indique, la totalidad de las acciones que tienen en la misma, así como en todas las sociedades relacionadas con la anterior."*

Inicialmente, en las "consideraciones", del multicitado documento, las partes acordaron en los numerales 3 y 5 (cfr. folios 32, 33 y 34), lo siguiente:

**"CONSIDERACIONES:**

*Las consideraciones y antecedentes que rodean la celebración del presente contrato, son las que a continuación se detallan; ellas revelan de manera expresa los móviles o motivos determinantes que han inducido a las partes a contratar y su manifestación explícita tiene como finalidad, la de que sean tenidas en cuenta, siempre que se trate de aplicar o interpretar alguna cláusula, regla o estipulación de este contrato o de solucionar alguna diferencia entre las partes o de fijar o determinar derechos u obligaciones por razón de las relaciones que el presente documento regula entre ellas:*

1. (...)

2. (...)

3. **Que es voluntad de las señoras MARIA HELENA VALDERRAMA DE FAJARDO, SILVIA ELENA FAJARDO VALDERRAMA, y MARIA ISABEL FAJARDO VALDERRAMA, enajenar la totalidad de las acciones que tienen en la sociedad FAJARDO MORENO Y CIA S.A., motivo por el cual la sociedad aceptó readquirir las acciones de las cuales son titulares, para lo cual se contó con la aprobación de los demás accionistas, situación que se plasmó en acta de Asamblea de Accionistas Número 281 del 16 de Enero de 2014, situación que igualmente se ratifica con la suscripción del presente acuerdo, habida cuenta que el mismo es suscrito por la totalidad de los miembros que componen las acciones de la sociedad.**

4. (...)

5. **Que para los efectos de los numerales anteriores, las señoras MARIA HELENA VALDERRAMA DE FAJARDO, SILVIA ELENA FAJARDO VALDERRAMA, y MARIA ISABEL FAJARDO VALDERRAMA, manifiestan que las acciones que cederán a la sociedad FAJARDO MORENO Y CIA S.A., no son acciones privilegiadas. Adicionalmente, manifiestan que estas acciones se encuentran libres de todo gravamen y/o restricción de cualquier tipo y que por ende las pueden ceder libre y legalmente."**

Como las estipulaciones contractuales transcritas no presentan en manera alguna "problemas de interpretación" y tampoco "existe contradicción entre ellas", no puede el Tribunal, so pretexto de que sirva de guía para la interpretación de las

00603

disposiciones del documento suscrito por las partes el 12 de marzo de 2.014, acudir al documento de fecha 24 de diciembre de 2.013.

Por las consideraciones anteriormente expuestas, a este Tribunal no le queda duda alguna que la parte COMPRADORA de las 240 acciones que eran de propiedad de la ahora demandante, está constituida única y exclusivamente por la sociedad FAJARDO MORENO Y CIA. S.A., resultando completamente ajeno a la referida compraventa, el señor ANDRÉS FAJARDO VALDERRAMA, razón por la cual la totalidad de las pretensiones de la accionante resultarán imprósperas con relación al referido señor; consecuentemente, la excepción propuesta y denominada "FALTA DE LEGTTIMACIÓN SUSTANCIAL EN LA CAUSA (...) POR PASIVA, ESTA ÚLTIMA, EN RELACIÓN AL DR. ANDRÉS FAJARDO VALDERRAMA", ha resultado probada, pero sólo en lo relacionado con el señor FAJARDO VALDERRAMA, lo cual habrá de declararse en la parte resolutive del presente laudo.

#### **4.4. DEL CONFLICTO Y DE SU SOLUCIÓN:**

Como ya se manifestó anteriormente, el doce (12) de marzo de dos mil catorce (2.014), se suscribió un documento respecto del cual los firmantes tuvieron a bien denominarlo "ACUERDO PRIVADO".

Ese documento denominado "ACUERDO PRIVADO", constituye un verdadero acto jurídico complejo, toda vez que, en el mismo, constan multiplicidad de relaciones contractuales entre varios sujetos de derecho.

En el referido "ACUERDO PRIVADO", consta una relación contractual que es la que en realidad importa a este Tribunal de Arbitramento y es la enajenación de unas acciones de la sociedad FAJARDO MORENO Y CÍA. S.A., de propiedad de la convocante SILVIA ELENA FAJARDO VALDERRAMA, en favor de la misma sociedad FAJARDO MORENO Y CÍA. S.A.

Es claro para este Tribunal, que las partes celebraron un contrato de compraventa cuyo objeto material era la transferencia de 240 acciones de la sociedad FAJARDO MORENO Y CÍA. S.A., siendo las partes en el referido contrato, de un lado y en calidad de VENDEDORA, la señora SILVIA ELENA FAJARDO VALDERRAMA y, de otro lado, en calidad de compradora, la sociedad FAJARDO MORENO Y CÍA. S.A. Teniendo en cuenta que la referenciada sociedad es de naturaleza comercial, según consta en certificado de existencia y representación legal que consta en el expediente (cfr. folios 25 a 29 del expediente) y de conformidad con lo establecido por el artículo 22, en concordancia con el numeral 5, del artículo 20 del Código de Comercio, tal acto jurídico es de naturaleza comercial por lo que le serán aplicables las normas del Código de Comercio.

Establece el inciso primero del artículo 905, del Estatuto Mercantil lo siguiente:

*"ART. 905.- La compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a transmitir la propiedad de una cosa y la otra a pagarla en dinero. El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio."*

00609

Mediante el referido contrato de compraventa, SILVIA ELENA FAJARDO VALDERRAMA se obligó a transferir, en favor de la sociedad FAJARDO MORENO Y CÍA. S.A., 240 acciones de la sociedad FAJARDO MORENO Y CÍA. S.A.; como contraprestación, la sociedad adquirente, es decir FAJARDO MORENO Y CÍA. S.A., se obligó a pagar, como precio de tales acciones, la suma de SETECIENTOS MILLONES DE PESOS M.L.C. (\$700.000.000,00).

El inciso 1º, del artículo 406 del Código de Comercio, prescribe:

*"ART. 406.- La enajenación de las acciones nominativas **podrá hacerse por el simple acuerdo de las partes**; más para que produzca efecto respecto de la sociedad y de terceros, será necesaria su inscripción en el libro de registro de acciones, mediante orden escrita del enajenante. Esta orden podrá darse en forma de endoso hecho sobre el título respectivo. (Subrayas y negrillas fuera del texto)."*

De conformidad con la norma transcrita, el contrato de compraventa de acciones, es consensual; es decir, se perfecciona por el simple acuerdo de las partes.

Aunque la norma establece que *"... para que produzca efecto respecto de la sociedad y de terceros, será necesaria su inscripción en el libro de registro de acciones, mediante orden escrita del enajenante ..."*, observa el Tribunal que ni la parte convocante, ni la parte convocada, aportaron prueba alguna acerca de la inscripción de la venta que nos ocupa, en el libro de registro de accionistas (salvo lo dicho por el testigo Pablo E. Ruiz M., cfr. folio 421 del expediente), ni tampoco se solicitó en el curso del proceso (ni por activa, ni por pasiva), la declaratoria o el decreto (según corresponda), de sanción alguna por el eventual acto omisivo consistente en la no inscripción en el respectivo libro, respecto de la compraventa celebrada; esta "particular conducta omisiva" de las partes, no obliga al Tribunal a decretar pruebas de oficio para determinar si se cumplió con la previsión normativa consistente en la inscripción en el libro de registro de accionistas del acto jurídico mediante el cual la vendedora enajenó en favor de la compradora las acciones ya citadas; corresponde a las partes y no al juez, aportar las pruebas que pretenden hacer valer en el proceso y, además, de los extremos de la litis planteada y fijada, no se vislumbra, se itera, petición alguna (por activa o por pasiva), que cuestione la inscripción de la enajenación en el libro respectivo. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que la inscripción de la compraventa en el libro de registro de accionistas, aunque tiene efectos jurídicos determinados, en nada afecta el hecho consistente en que la enajenación de acciones de sociedades comerciales sea un negocio consensual.

Cosa similar sucede al revisar el contenido del artículo 396 del Código de Comercio, el cual es del siguiente tenor:

*"ART. 396.- La sociedad anónima no podrá adquirir sus propias acciones, sino por decisión de la asamblea con voto favorable de no menos del setenta por ciento de las acciones suscritas.*

*Para realizar esa operación empleará fondos tomados de las utilidades líquidas, requiriéndose, además, que dichas acciones se hallen totalmente liberadas. Mientras estas acciones pertenezcan a la sociedad, quedarán en suspenso los derechos inherentes a las mismas.*

*La enajenación de las acciones readquiridas se hará en la forma indicada para la colocación de acciones en reserva."*

Deseable hubiera sido que al menos alguna de las partes hubiera allegado prueba de que la sociedad compradora, es decir, FAJARDO MORENO Y CÍA. S.A., hubiera cumplido a satisfacción con las exigencias de la norma ya transcrita, pues obsérvese que el objeto material del contrato de compraventa es, precisamente, la enajenación de 240 acciones de la misma sociedad, tipificándose en consecuencia una clara readquisición de acciones; no obstante la importancia del asunto, no existe prueba alguna que acredite el cumplimiento de lo establecido en la norma y no hay petición alguna (ni por activa, ni por pasiva), de que se sancione el acto jurídico (compraventa), por el eventual incumplimiento del precepto legal; sin perjuicio de haber quedado probado que la totalidad de los accionistas de la sociedad FAJARDO MORENO Y CÍA. S.A., aprobaron la referida adquisición, pues así se evidencia de lo establecido en la CLAÚSULA PRIMERA, del denominado "ACUERDO PRIVADO" (cfr. folio 35 del expediente), y de que tales accionistas impartieron la correspondiente autorización para que el representante legal de la referida sociedad pudiera celebrar el negocio.

De lo expuesto en precedencia (especialmente de lo establecido en el artículo 406 del Código de Comercio), se concluye que el contrato celebrado entre las partes es de típica naturaleza consensual, razón por la cual, surgió al mundo jurídico, sin necesidad de formalidad alguna; la existencia del referido contrato es asunto pacífico entre las partes, quienes lejos de cuestionar la existencia de dicho contrato, se encargaron en el curso del proceso de ratificarlo, con lo declarado por las mismas partes en los interrogatorios que absolvieron, amén de lo afirmado por los testigos que depusieron en el proceso.

Hasta aquí queda plenamente establecido para este Tribunal, que las partes celebraron un contrato de compraventa mercantil, el cual, de acuerdo a su perfeccionamiento es de naturaleza consensual; que la vendedora fue la señora SILVIA ELENA FAJARDO VALDERRAMA; que la compradora fue, exclusivamente, la sociedad FAJARDO MORENO Y CÍA. S.A.; que el objeto material fue la enajenación de 240 acciones de la misma sociedad; y que el precio acordado por las partes fue la suma de SETECIENTOS MILLONES DE PESOS M.L.C. (\$700.000.000,00).

Con relación al precio acordado, resulta pertinente poner de presente lo preceptuado por el artículo 920 del Código de Comercio:

*"ART. 920.- No habrá compraventa si los contratantes no convienen en el precio o en la manera de determinarlo. Pero si el comprador recibe la cosa, se presumirá que las partes aceptan el precio medio que tenga en el día y lugar de la entrega.*

*El precio irrisorio se tendrá por no pactado."*

Consta en el documento denominado "ACUERDO PRIVADO", de fecha 12 de marzo de 2.014 (página 6), lo siguiente:

*"2. Frente a la señora SILVIA ELENA FAJARDO VALDERRAMA: FAJARDO MORENO Y CÍA S.A., reconocerá la suma única y total de SETECIENTOS MILLONES DE PESOS (\$700.000.000), en la forma, y bajo las condiciones que entre ellos se convenga, para lo cual deberán suscribir un acuerdo."*

00611

De la estipulación contractual transcrita anteriormente, se colige en forma diáfana, que las partes sí pactaron un precio, lo que es determinante para establecer la solución que habrá de dársele al presente litigio, pues en el evento en que no hubiera precio, necesaria, causal y fatalmente habría de concluirse que el contrato de compraventa sería inexistente por ausencia del precio, tal como lo establece el artículo 920 del Código de Comercio. En efecto, no cabe duda alguna que el precio establecido por las partes como la correspondiente retribución por la enajenación de las acciones, fue la suma de SETECIENTOS MILLONES DE PESOS M.L.C. (\$700.000.000,00); ambas partes, en los interrogatorios absueltos lo manifestaron en varias ocasiones.

Ahora bien, tal como lo establece el artículo 1928 del Código Civil (aplicable al caso por remisión expresa del artículo 822 del Código de Comercio), *"la principal obligación del comprador es la de pagar el precio convenido"*.

Y entonces cabe preguntarse: ¿Cuándo el comprador debe pagar el precio convenido?

El artículo 947 del Código de Comercio, responde este interrogante (no de la mejor manera, infortunadamente), veamos:

*"ART. 947.- El comprador deberá pagar el precio en el plazo estipulado o, en su defecto, al momento de recibir la cosa."*

La norma transcrita establece dos (2) hipótesis:

- a) Si la obligación es a plazo: El comprador deberá cumplir con su obligación (pago del precio), dentro del plazo estipulado.
- b) Si la obligación no es a plazo: Al momento de recibir la cosa.

Aparentemente, el referido artículo nos da la solución al caso *sublite*; pero entonces surge el consecuente interrogante:

*¿La obligación de pagar el precio, a cargo de la sociedad compradora, es una obligación a plazo?*

Establece el artículo 1551 del Código Civil, lo siguiente:

*"ART. 1551.- El plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación; puede ser expreso o tácito. Es tácito, el indispensable para cumplirlo.*

*No podrá el juez, sino en casos especiales que las leyes designen, señalar plazo para el cumplimiento de una obligación: sólo podrá interpretar el concebido en términos vagos u oscuros, sobre cuya inteligencia y aplicación discuerden las partes."*

De un análisis detallado de la norma, se colige, para la situación particular objeto de examen, lo siguiente:

1º La obligación pactada (pago del precio), no es una obligación sometida a plazo, pues si se tiene *"que el plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la*

00612

*obligación*”, forzosamente ha de concluirse que al no haberse establecido “época” en la que habrá de cumplirse la obligación, la misma no está sometida a plazo.

2º En el inciso 2º de la norma en comento, se establece una facultad al juez, consistente en que el juez puede *“interpretar el plazo concebido en términos vagos u oscuros, sobre cuya inteligencia y aplicación discuerden las partes”*; no siendo aplicable, al caso que nos ocupa, toda vez que las partes no pactaron plazo alguno, ni siquiera *“en términos vagos u oscuros”*, por lo que legalmente no puede el fallador proceder a interpretar lo que nunca fue establecido por las partes.

Como la obligación de pagar el precio, a cargo de la sociedad FAJARDO MORENO Y CÍA. S.A., no es a plazo, podría pensarse, en principio, que dicha sociedad tendría entonces la obligación de pagar el precio al momento de recibir las acciones de parte de la enajenante SILVIA ELENA FAJARDO VALDERRAMA.

No obstante parecer absolutamente razonable la anterior argumentación, es necesario estudiar con detenimiento la situación; veamos:

Considera necesario el Tribunal hacer mención respecto de las obligaciones denominadas como “puras y simples”, habida cuenta que la obligación discutida entre la convocante y la sociedad convocada puede, eventualmente, llegar a ser de este tipo.

El legislador colombiano en el artículo 1527 del Código Civil, estableció la existencia de obligaciones naturales y civiles, siendo de interés para el caso que nos ocupa, estas últimas, las cuales deben ser entendidas como aquellas obligaciones cuyo cumplimiento puede ser exigido. La norma en mención indica:

*“ARTÍCULO 1.527. Las obligaciones son civiles o meramente naturales.*

*Civiles son aquellas que dan derecho para exigir su cumplimiento.*

*Naturales las que no confieren derecho para exigir su cumplimiento, pero que cumplidas autorizan para retener lo que se ha dado o pagado, en razón de ellas.”*

Es necesario mencionar que el legislador colombiano no dio una definición de las “obligaciones puras y simples”; sin embargo, la jurisprudencia y la doctrina han realizado dicha labor; así, por ejemplo, en Sentencia del 05 de diciembre de 2.006, la Sección Tercera del Consejo de Estado, con ponencia de la Magistrada RUTH STELLA CORREA PALACIO, indicó respecto de las obligaciones “puras y simples”, lo siguiente:

***“Las obligaciones puras y simples, son aquellas en que el momento de su nacimiento y aquél en que debe ser cumplida, coinciden; esto es, el instante de adquisición del vínculo jurídico y el de la exigibilidad de la prestación (dar, hacer o no hacer) que de ella emana para las partes, se confunde. Esos dos aspectos se presentan al mismo tiempo. En cambio, en las obligaciones condicionales, modales o a plazo, su existencia, sus efectos, su extinción y exigibilidad penden de una condición o están sujetas a un modo o a un plazo, que hacen perder a la obligación su cualidad de pura o simple. Este tipo de***



00613

*obligaciones son de carácter excepcional y no se presumen, es decir, que deben ser expresamente pactadas en el contrato mediante cláusulas accidentales.” (Subrayas y negrillas propias).*

Igualmente, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en Sentencia del 08 de agosto de 1.974, magistrado ponente GERMÁN GIRALDO ZULUAGA, indicó:

*“...en las obligaciones puras y simples el momento en que la obligación nace y aquel en que debe ser cumplida, es decir, el instante de su nacimiento y el de su exigibilidad, se confunde. Esos dos momentos son uno mismo en el tiempo.”*

Como ya se hizo mención, la doctrina también se ha pronunciado respecto de las denominadas “obligaciones puras y simples”, resultando pertinente traer a colación lo manifestado por el profesor EUDORO GONZÁLEZ GÓMEZ, en su libro “LAS OBLIGACIONES EN EL DERECHO CIVIL COLOMBIANO”, Tomo II, Editorial Universidad de Antioquia, 1.963, pág. 140:

*“La obligación se denomina pura y simple cuando es firme y exigible por el acreedor y, además, cuando éste no está sometido a aplicar el importe, total o parcial, de la prestación a un determinado fin. A la obligación pura y simple se oponen las obligaciones condicionales, a plazo y las modales. La condición, el plazo y el modo son las modalidades con que los particulares pueden afectar las obligaciones y consisten en cláusulas de carácter accidental que vienen a modificar sus efectos. Por esto, tales modalidades no se presumen; ellas deben ser materia de expresa estipulación.”*

Tomando los conceptos indicados por la doctrina y por la jurisprudencia -respecto de las “obligaciones puras y simples”-, considera el Tribunal que se debe entender por “obligación pura y simple”, aquella obligación cuyo nacimiento y cumplimiento no se encuentra sometido a una modalidad, entendiendo por modalidad todo elemento accidental que, por voluntad de las partes o de la ley, pueda afectar un acto jurídico, restringiendo o modificando sus consecuencias naturales; es decir, que al hablar de una obligación pura y simple, nos estamos refiriendo a una obligación cuyo objeto debe cumplirse en el acto mismo de ser contraída, sin que se presenten accidentes dignos de atención en lo concerniente a su existencia, exigibilidad, objeto y sujetos intervinientes.

Descendiendo al caso que nos ocupa, debemos examinar si las obligaciones pactadas son “puras y simples”, cuando las partes establecen que:

*“Frente a la señora SILVIA ELENA FAJARDO VALDERRAMA: FAJARDO MORENO Y CIA S.A., reconocerá la suma única y total de SETECIENTOS MILLONES DE PESOS (\$700.000.000), en la forma, y bajo las condiciones que entre ellos se convenga, para lo cual deberán suscribir un acuerdo.”*

En principio, y analizando el texto transcrito como “un todo”, debemos concluir que la obligación no es pura y simple, toda vez que no es exigible; y que tampoco es una obligación sometida a plazo, pues no se establece una época determinada para el cumplimiento de la obligación (art. 1551 Código Civil).

00614

Resulta menester, entonces, examinar qué se entiende por obligaciones sometidas a condición o que es una "obligación condicional".

El artículo 1530 del Código Civil, establece lo siguiente:

*"ART. 1530.- Es obligación condicional la que depende de una condición, esto es, de un acontecimiento futuro, que puede suceder o no."*

Con relación al caso *subexámine*, tenemos que aunque el contrato de compraventa de acciones indudablemente existe, -por satisfacción de los requisitos esenciales de existencia de todo contrato y por la existencia de los requisitos esenciales de la compraventa mercantil de bienes muebles, como son la cosa (240 acciones) y el precio (\$700.000.000,00)-, necesario es determinar si el pago del referido precio, fue sometido por las partes a condición; veamos:

Cuando las partes establecen que el precio deberá ser pagado "*en la forma, y bajo las condiciones que entre ellos se convenga, para lo cual deberán suscribir un acuerdo*", las mismas partes están estableciendo una condición, consistente en un acontecimiento futuro, que no es otro que el acuerdo posterior de las partes respecto de la forma y condiciones del pago del precio (para lo cual deberán suscribir un acuerdo), acontecimiento futuro que puede suceder o no, como efectivamente en este caso no ha sucedido.

Teniendo plenamente establecido que el pago del precio (aspecto absolutamente diferente al precio en sí mismo), está sometido a condición, cabe preguntarse cuál es la naturaleza jurídica de la condición pactada.

Establece el artículo 1536 del Código Civil:

*"ART. 1536.- La condición se llama suspensiva si, mientras no se cumple, suspende la adquisición de un derecho; y resolutoria, cuando por su cumplimiento se extingue un derecho."*

Pero hay que tener cuidado con la norma transcrita, para no caer en una errónea interpretación.

El artículo 1857 del Código Civil, establece que hay compraventa consensual, desde que las partes acuerdan la cosa y el precio (como en efecto sucede en el caso que se analiza). Ese acuerdo constituye una verdadera compraventa; por ello, no es correcto concluir que es el contrato el que está sometido a condición; el contrato existe sin estar sujeto a plazo o condición alguna; lo que está sujeto a condición, es la tradición del precio (ya acordado). Bajo ese entendido, la principal prestación de la sociedad compradora -pago del precio-, está sometida a una condición suspensiva, lo que hace que la misma no sea exigible, en principio, hasta el efectivo cumplimiento de la condición.

Ahora bien, resulta necesario examinar si la condición que suspende la exigibilidad de la principal prestación del deudor-comprador (pago del precio), es de aquellas que la doctrina y la jurisprudencia ha denominado como obligaciones "meramente potestativas"; en efecto, establece el artículo 1535 del Código Civil, lo siguiente:

00615

*"ART. 1535.- Son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consista en la mera voluntad de la persona que se obliga.*

*Si la condición consiste en un hecho voluntario de cualquiera de las partes, valdrá."*

Y la necesidad de examinar si la referida condición establecida por las partes, en el asunto que nos ocupa, encuadra en el supuesto normativo como para catalogarla como "condición meramente potestativa", no es de poca monta: la ley establece como nulas (nulidad absoluta), las obligaciones sometidas a este tipo de condición:

¿Qué significa la palabra "mera"? ¿Qué debe entenderse por el término "mera voluntad"?

Consultando el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, observamos que el mismo no define la palabra "mera", pero sí lo hace con la palabra "meramente", así:

**"Meramente.** *adv. m. Solamente, simplemente, sin mezcla de otra cosa."*

La misma obra, define la palabra "voluntad", de la siguiente manera (entre muchas otras):

**"Voluntad.** *... Consentimiento, asentimiento, aquiescencia ..."*

Deducimos entonces, sin mayor esfuerzo, que cuando se habla de "mera voluntad de la persona que se obliga", lo que se está diciendo no es otra cosa que: "Solamente, simplemente, con la voluntad de la persona que se obliga", sin mezcla de otra cosa (de otra voluntad).

Entonces cabe preguntarnos: ¿La obligación de establecer la fecha y forma de pago en el asunto que nos ocupa, depende de la mera voluntad de uno de los contratantes?

La respuesta es negativa; obsérvese que se establece en la cláusula que se analiza, que el precio deberá ser pagado "*en la forma, y bajo las condiciones que entre ellos se convenga, para lo cual deberán suscribir un acuerdo*".

Cuando en el texto se refiere a "ellos", se entiende obviamente, que son las partes intervinientes en el contrato, es decir, ambas partes, quienes habrán de convenir forma y condiciones del pago del precio, debiendo suscribir un acuerdo en donde se establezcan las mismas. Dicho de otro modo, no es únicamente una de las partes quien está obligada a establecer un convenio y a su posterior suscripción; tal afirmación entraña en sí misma un contrasentido que conduce a lo absurdo, pues las palabras "convenio" y "acuerdo", implican, *per se*, la conjunción de varias voluntades. Tal razonamiento hace que se deseche la hipótesis de que nos encontramos en presencia de una obligación "meramente potestativa".

Consta en el expediente que ambas partes han propuesto varias formas de pago del precio convenido, las cuales no han sido aceptadas por la contraparte: en la demanda (cfr. folios 154 y 155 del expediente); en la contestación (cfr. folio 218); en acta

00616

correspondiente a audiencia de pruebas (cfr. folio 350); en el testimonio de Pablo E. Ruiz M., (cfr. folios 411 y 412); en el testimonio de Elizabeth Henao A., (cfr. folios 393 y 394 del expediente); etc.

Si concluyéramos que la condición pactada es de las denominadas "meramente potestativas", tendríamos entonces que la propuesta de pago efectuada por la sociedad compradora, o por la señora FAJARDO VALDERRAMA, no requeriría de la aceptación o de la voluntad de la contraparte, toda vez que este tipo de condición depende de una sola voluntad.

Así las cosas, a juicio de este Tribunal, no es dable decir que la condición pactada es de las denominadas "meramente potestativas" y deducir, de tal afirmación, la sanción que la norma establece, que no es otra que la nulidad absoluta de la condición.

De otro lado, también resulta interesante, para tratar de solucionar el litigio que nos ocupa, establecer si la imposibilidad de llegar a un acuerdo en lo relativo a la fecha y forma de pago del precio convenido, constituye lo que la jurisprudencia y la doctrina han denominado "mutuo disenso tácito".

En Sentencia del 11 de marzo de 1.958, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia (Gaceta Judicial, Tomo LXXXVII, página 650), manifestó:

*"Los principios que gobiernan la dinámica contractual imponen a cada uno de los contratantes ligados por una convención bilateral, poner de su parte todos los medios a su alcance para cumplir sus respectivas obligaciones".*

Se ha entendido como "mutuo disenso tácito", aquel que llena la laguna del incumplimiento recíproco de las partes, que conforman un contrato bilateral. Para que se configure el mutuo disenso tácito, se requiere que de la conducta de los contratantes, surja nítidamente la voluntad negativa en cumplir el contrato, es decir, que esa conducta omisiva de las partes, determine de manera inequívoca la real intención de los contratantes de incumplir, recíprocamente, con las obligaciones derivadas del contrato celebrado entre ellas.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en Sentencia del 20 de septiembre de 1.978, Magistrado Ponente ALBERTO OSPINA B., Gaceta Judicial, Tomo CLIII, página 91, manifestó al respecto:

*"Para que pueda declararse desistido el contrato por mutuo disenso tácito requiérese que del comportamiento de ambos contratantes, frente al cumplimiento de sus obligaciones, pueda naturalmente deducirse que su implícito y recíproco querer es el de no ejecutar el contrato, el de no llevarlo a cabo. No basta pues el recíproco incumplimiento, sino que es menester que los actos u omisiones en que consiste la inejecución sean expresivos tácita o expresamente, de voluntad conjunta o separada que apunte a desistir del contrato ...".*

Valga entonces preguntarnos si de la conducta de las partes que ha impedido el cumplimiento de su obligación recíproca -consistente en lograr un acuerdo que establezca la fecha y forma de pago del precio-, ¿puede deducirse su implícito y mutuo querer de no llegar al referido acuerdo?

00617

No nos cabe duda que la respuesta a tal interrogante es categóricamente negativa, pues consta en el expediente, todo lo contrario: Existen varias propuestas de las partes respecto de la forma y condiciones del pago del precio (que ya relacionamos anteriormente), lo que hace que forzosamente y en sana lógica, debamos desechar la teoría del mutuo disenso tácito, toda vez que, de la recíproca inexecución de la obligación, no se deduce, en forma inequívoca, la voluntad de las partes de desistir del contrato.

A lo largo de este escrito hemos examinado varias hipótesis pretendiendo desentrañar el meollo del asunto: Hemos visto que, en principio, la obligación no es "pura y simple"; que no está sometida a plazo y que por el contrario sí está sometida a condición; que la condición establecida por las partes es de naturaleza suspensiva; que tal condición no es de las que la jurisprudencia y la doctrina han denominado como "condiciones meramente potestativas"; y que no nos encontramos en presencia de un mutuo disenso tácito.

Todas esas hipótesis han sido desechadas luego del respectivo análisis; ¿qué hacer entonces?

Antes de plantear una última hipótesis, recordemos lo que ha quedado fehacientemente demostrado:

1° Nos encontramos en presencia de un contrato de compraventa de bienes muebles (las acciones lo son), el cual, de acuerdo con su perfeccionamiento, es de carácter consensual (art. 406 C. de Co.), no requiriendo formalidad adicional alguna.

2° El contrato existe, toda vez que satisface, además de los requisitos de existencia de todo contrato, los especiales de la compraventa, como lo son la cosa (240 acciones) y el precio (\$700.000.000,00).

3° En el referido contrato, fungió como vendedora la Señora SILVIA ELENA FAJARDO VALDERRAMA y, como compradora, la sociedad FAJARDO MORENO Y CÍA. S.A., exclusivamente.

4° La forma de pago del precio (que no el precio), fue sometida a condición suspensiva, consistente en que sería fijada por las partes, en acuerdo posterior.

5° La referida condición, no es de las denominadas "meramente potestativas".

6° No nos encontramos en presencia de un "mutuo disenso tácito".

7° La obligación de pagar el precio, por parte de la sociedad compradora, no es exigible hasta tanto no se cumpla la condición, consistente en que las partes con posterioridad a la fecha del contrato de compraventa, establecerían la fecha y forma de pago.

8° Si la obligación de pagar el precio, por parte de la sociedad compradora, no es exigible, no se puede hablar de causación de intereses y mucho menos de incumplimiento contractual.

Volvamos a retomar lo pactado por las partes y plasmado en el escrito del 12 de marzo de 2.014, pacto que en realidad se constituye en la piedra angular del conflicto

00618

suscitado entre ellas y que, en consecuencia, debe este Tribunal procurar resolver, en derecho, de la mejor manera:

*"2. Frente a la señora SILVIA ELENA FAJARDO VALDERRAMA: FAJARDO MORENO Y CÍA S.A., reconocerá la suma única y total de SETECIENTOS MILLONES DE PESOS (\$700.000.000), en la forma, y bajo las condiciones que entre ellos se convenga, para lo cual deberán suscribir un acuerdo."*

Aparentemente, el párrafo contractual transcrito es claro, pero en realidad no lo es; por ello, las partes no se han puesto de acuerdo y las hipótesis planteadas hasta ahora, no arrojan una solución legalmente admisible.

A juicio de este Tribunal, el problema radica en que hasta ahora se ha examinado el párrafo citado, "como un todo", cuando es necesario examinarlo por partes, "separando la paja, del trigo", veamos:

Considera el Tribunal que el párrafo anteriormente transcrito, contiene dos (2) premisas diferentes, a saber:

- **PREMISA A:** En esta premisa se establece el precio de la compraventa, el monto del mismo, así:

*"Frente a la señora SILVIA ELENA FAJARDO VALDERRAMA: FAJARDO MORENO Y CÍA S.A., reconocerá la suma única y total de SETECIENTOS MILLONES DE PESOS (\$700.000.000) ..."*

- **PREMISA B:** Esta premisa trata de la forma y condiciones de pago del precio previamente establecido por las partes, así:

*"... en la forma, y bajo las condiciones que entre ellos se convenga, para lo cual deberán suscribir un acuerdo."*

Respecto de la denominada "PREMISA A", no existe desacuerdo alguno entre las partes; ambas aceptan expresamente que el precio del contrato de compraventa de acciones, fue la suma de SETECIENTOS MILLONES DE PESOS M.L.C. (\$700.000.000,00); por tal razón, nos enfocaremos únicamente en el análisis del texto de la denominada "PREMISA B".

Sea lo primero preguntarnos: **¿Qué naturaleza jurídica entraña en sí misma, la denominada "PREMISA B"?**

Para responder tal interrogante, debemos decir que luego de un sencillo examen de tal premisa, se deduce lo siguiente:

- 1° Hay pluralidad de "partes", según se deduce de la expresión "entre ellos".
- 2° Tales "partes", no pueden ser otras que, de un lado la señora SILVIA ELENA FAJARDO VALDERRAMA y, de otro lado, la sociedad FAJARDO MORENO Y CIA. S.A.
- 3° Se establece que ambas partes, deberán "convenir" forma y condiciones (del pago del precio). Ese "deberán convenir", es un hecho futuro.

4° Cuando se manifiesta que: "... para lo cual deberán suscribir un acuerdo", se colige, clara y diáfamanamente, que esa conjunción futura de voluntades de las partes, deberá reducirse a la forma escrita, pues el término "suscribir", así lo indica. En efecto, el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, define el término "suscribir" - en la acepción que mejor encuadra con el análisis en desarrollo-, de la siguiente manera: "firmar al pie o al final de un escrito".

5° La premisa establece dos (2) hechos futuros: i) Que ambas partes acuerden la forma y condiciones del pago del precio; ii) Que ambas partes suscriban ("firmar al pie o al final del escrito"), el acuerdo al que llegaron, relativo a la forma y condiciones del pago del precio.

Sin perder de vista esos cinco (5) puntos deducidos de la denominada "PREMISA B", recordemos lo establecido en el artículo 1495 del Código Civil y en el inciso 1°, del artículo 864 del Código de Comercio:

*"ART. 1495.- Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas."*

*"ART. 864.- El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, y, salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que éste reciba la aceptación de la propuesta."*

Y con relación a la noción de "contrato", es bien sabido que se ha definido como: "Acuerdo de voluntades entre dos o más personas destinado a crear una o más obligaciones" ("DE LAS OBLIGACIONES Y DE LOS CONTRATOS EN GENERAL", Ricardo Uribe Holguín, Temis, 1982, página 173).

Examinando la denominada "PREMISA B", vemos que, en el texto de la misma, las "partes", mediante un acuerdo de voluntades, se comprometen en un futuro (indeterminado), a convenir la forma y condiciones del pago del precio y a suscribir ese acuerdo (es decir, se comprometen a crear obligaciones).

Dicho de otra forma: La señora SILVIA ELENA FAJARDO VALDERRAMA y la sociedad FAJARDO MORENO Y CIA. S.A., acordaron voluntariamente, que en un futuro (indeterminado), celebrarían un nuevo convenio, el cual deberían suscribir, cuyo objeto sería establecer la forma y condiciones del pago del precio.

Y entonces nos preguntamos:

**¿Qué fenómeno jurídico se tipifica, cuándo dos o más partes, mediante un acuerdo de voluntades, se comprometen a que en un futuro darán, o harán, o no harán algo?**

La respuesta salta a la vista: La promesa de celebrar un contrato. El fenómeno jurídico que se tipifica, no puede ser otro que un CONTRATO DE PROMESA DE CONTRATO.

El tratadista chileno Ramón Meza Barros, en su obra *Manual de derecho civil de las fuentes de las obligaciones*. Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 5ª ed., 1976, pág. 57,

00620

define el contrato de promesa como *"un contrato en que una o varias partes se obligan a celebrar en el futuro un determinado contrato"*.

Para este Tribunal no cabe duda que el negocio complejo que celebraron SILVIA ELENA FAJARDO VALDERRAMA y la sociedad FAJARDO MORENO Y CIA. S.A., es omnicomprendido de dos (2) contratos claramente identificables y determinables:

1. Un contrato de compraventa de un bien mueble (240 acciones), por un precio establecido de \$700.000.000,00. ("Premisa A").
2. Un contrato de promesa de contrato, cuyo objeto específico consistió en que ambas partes acordarían, en forma posterior al contrato de compraventa, la forma y condiciones del pago del precio. ("Premisa B").

No vamos nuevamente a analizar el contrato de compraventa de bien mueble (240 acciones) celebrado entre las partes, pues ya lo hemos hecho suficientemente en los acápites precedentes; nos ocuparemos del Contrato de Promesa, que celebraron las partes.

Cuando la señora SILVIA ELENA FAJARDO VALDERRAMA y la sociedad FAJARDO MORENO Y CIA. S.A., pactaron con relación al pago del precio, que el mismo se efectuaría *"... en la forma, y bajo las condiciones que entre ellos se convenga, para lo cual deberán suscribir un acuerdo"*, tal premisa constituye en sí misma un contrato, absolutamente diferente al contrato de compraventa de bien mueble (240 acciones).

Ese otro contrato, no es nada diferente a un CONTRATO DE PROMESA DE CONTRATO.

En el mismo fungieron como *promitentes contratantes*, la señora SILVIA ELENA FAJARDO VALDERRAMA y la sociedad FAJARDO MORENO Y CIA. S.A.

En virtud de ese CONTRATO DE PROMESA DE CONTRATO, surgieron para ambas partes, "obligaciones o prestaciones de hacer", consistentes en establecer, de consuno, la forma y condiciones de pago del precio de las acciones objeto de compraventa previa, acuerdo que las partes deberían proceder a suscribir.

El tratadista Fernando Hinestrosa, en su obra *TRATADO DE LAS OBLIGACIONES II De las fuentes de las obligaciones: EL NEGOCIO JURÍDICO Volumen I*, Editorial Universidad Externado de Colombia, 2.015, página 879, define el Contrato de Promesa, de la siguiente manera:

*"La promesa bilateral o "promesa sinalagmática de contratar", es un contrato por medio del cual dos partes se comprometen mutuamente a celebrar en un futuro determinado el contrato cuya naturaleza y contenido determinan entonces. Las dos partes son recíprocamente acreedora y deudora de la obligación de celebrar el contrato, para cuyo cumplimiento ambas deben colaborar."*

En el caso objeto del presente proceso arbitral, el contrato prometido (que no el contrato de promesa), es atípico e innominado, toda vez que no está expresamente tipificado en nuestra legislación y carece de nombre específico.



00621

Resulta entonces necesario entrar a examinar, si el CONTRATO DE PROMESA DE CONTRATO celebrado por las partes, es, en realidad y a la luz de nuestra legislación, un verdadero contrato de promesa.

Sea lo primero manifestar que todo contrato tiene que tener los siguientes elementos generales de existencia (es decir, sin los cuales no existe): Capacidad, consentimiento, causa, objeto y solemnidades o formalidades en los casos en que las mismas se requieran.

Con relación a los TRES (3) primeros elementos generales de existencia, no existe mayor dificultad para vislumbrarlos en el negocio que las partes decidieron realizar: Ambas partes son capaces, las dos expresaron libremente su consentimiento (e incluso lo plasmaron en forma escrita) y el acto tiene una causa real para ambos contratantes: establecer, en un futuro, la forma y condiciones del pago del precio, aspectos de indiscutible importancia para ambos contratantes, pues tanto la vendedora como la compradora necesitan saber, con certeza, la fecha y forma de pago del precio convenido.

Con relación al objeto, es menester afirmar que es el elemento mediante el cual, las partes de un contrato determinan las obligaciones que le competen a cada una de las mismas; es lo que las partes se obligan a dar, hacer o no hacer; y, para determinar el objeto de una obligación, debe uno preguntarse: ¿A qué me obligo? (*quid debetur*).

En el caso que nos ocupa, las partes, asumieron la obligación principal de convenir, en un futuro, la forma y condiciones de pago del precio de las acciones objeto de compraventa previa, acuerdo que las partes deberían proceder a suscribir. Ese es, entonces, el objeto del contrato de promesa, que se traduce en "obligaciones de hacer", para ambas partes.

Con relación a la formalidad o solemnidad que eventualmente exige el perfeccionamiento del referido contrato de promesa, surge entonces el primer interrogante a dilucidar:

¿El Contrato de Promesa exige, para su perfeccionamiento, de alguna formalidad o solemnidad o, por el contrario, se perfecciona por el simple acuerdo de voluntades de los contratantes?

Para poder responder el interrogante planteado, es necesario proceder a examinar la calidad de los contratantes, para determinar qué régimen les es aplicable, si el civil o el mercantil.

Al estudiar la calidad de los sujetos que intervienen en la relación sustancial, procede afirmar que la sociedad FAJARDO MORENO Y CIA. S.A., es una sociedad por acciones, de naturaleza comercial, la cual, en virtud de su misma naturaleza, ejerce, incuestionablemente, actos de comercio (cfr. folios 25 a 29 del expediente).

De otro lado, está la parte convocante, señora SILVIA ELENA FAJARDO VALDERRAMA, persona natural, mujer, mayor de edad y de quien no se observa que ostente la calidad de comerciante.

00622

Habida cuenta de lo expuesto en precedencia, resulta evidente que de existir un acto jurídico generador de efectos y obligaciones entre las partes, la naturaleza del mismo sería mercantil, toda vez que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 22 del Código de Comercio, todo acto en el que participe un comerciante, en razón de esta calidad, deberá regirse por lo dispuesto en la ley comercial, por lo que el supuesto "contrato" objeto de controversia, se debe estudiar con sujeción a la legislación mercantil colombiana.

El artículo 861 del Código de Comercio, manifiesta en su tenor literal:

*"Artículo 861. La promesa de celebrar un negocio producirá obligación de hacer. La celebración del contrato prometido se someterá a las reglas y formalidades del caso."*

Para este Tribunal, la norma transcrita debe ser entendida en concordancia con lo prescrito por el artículo 824 del mismo estatuto mercantil, el cual consagra el principio de la consensualidad de los contratos comerciales, manifestando expresamente que, en materia mercantil, la regla general es la consensualidad, mientras que la excepción es la solemnidad.

En virtud de lo expuesto, considera este Tribunal que la promesa mercantil mediante la cual se promete la celebración de un contrato, no requiere la forma escrita para su perfeccionamiento, pues, en el caso específico de la promesa, no existe norma que así lo exija en materia comercial; cosa contraria ocurre en tratándose del contrato de promesa en materia civil, el cual no produce obligación alguna si no consta por escrito, tal y como lo dispone el artículo 1611 del Código Civil, el cual es del siguiente tenor:

*"ART. 1611.- Subrogado. L. 153/887, art. 89. La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna, salvo que concurren las circunstancias siguientes:*

1. *Que la promesa conste por escrito.*
2. *Que el contrato a que la promesa se refiere no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces por no concurrir los requisitos que establece el artículo 1511 (sic) del Código Civil.*
3. *Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato.*
4. *Que se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo sólo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales.*

*Los términos de un contrato prometido, sólo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado."*

(NOTA: La jurisprudencia ha sostenido que la cita del artículo 1511 es errada, en cuanto debió citarse el artículo 1502 que es el que contempla los requisitos para la validez de una obligación).

00623

Algunos doctrinantes consideran que la promesa mercantil tan sólo es mencionada en el Código de Comercio, más no regulada, por lo que concluyen, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 822 del mismo Código, que debe darse aplicación al artículo 1611 del Código Civil; es decir, que para que exista contrato de promesa mercantil se debe cumplir con una solemnidad (que sea por escrito), y que se cumpla, además, con la totalidad de los requisitos que la citada norma establece.

En Sentencia proferida el 12 de septiembre de 2.000, la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Magistrado Dr. JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ, manifestó:

*" (...) la Corte se ve precisada, una vez más, a tratar este tema, o sea, la forma de perfeccionamiento del contrato de promesa mercantil, pues este es el linaje de la controvertida en este proceso.*

*Como otras veces se ha dicho, en torno al perfeccionamiento de este contrato la doctrina nacional no ha sido uniforme, pues mientras un importante sector le confiere a dicha promesa un carácter solemne, exigiendo para su celebración el otorgamiento de una escritura pública o privada a elección de los contratantes, acudiendo para el efecto, según lo ha explicado la Corte, a la aplicación analógica del artículo 119 del Código de Comercio, o a la integración in extenso con el artículo 89 de la ley 153 de 1887, de acuerdo con lo previsto en los artículos 822 y 861 del Código de Comercio, otro, no menos influyente, califica el contrato como de naturaleza consensual, tal como lo expone Álvaro Pérez Vives en su condición de corredactor del Código de Comercio y como ponente que fue en materia de oferta, situaciones precontractuales y formación del negocio jurídico (...).*

*La Corte Suprema de Justicia en sentencia de 13 de noviembre de 1981, optó por la teoría consensualista. Para llegar a la anterior conclusión, la Corporación consideró que como el artículo 861 del Código de Comercio "no reprodujo el art. 89 de la ley 153 de 1887, en punto de las solemnidades requeridas, para la existencia y validez del contrato", lógicamente se podía "inferir que el legislador mercantil plasmó el principio de la consensualidad para la promesa comercial de contrato".*

*(...)*

*Porque como con claridad lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia, en materia de solemnidades se impone un criterio hermenéutico restrictivo, porque estas son la excepción en los términos del artículo 824 del Código de Comercio, pues como quedó dicho el principio general es el de la consensualidad (...).*

*En este orden de ideas, la Corte nuevamente ratifica la doctrina sentada el 13 de noviembre de 1981, es decir, la consensualidad del contrato de promesa mercantil, y en este caso particular, el de la promesa de mutuo (...).*"

Compartimos íntegramente lo manifestado por la H. Corte, por lo que se deja claro, desde ya, que para este Tribunal el Contrato de Promesa Mercantil, para su

perfeccionamiento, no requiere la forma escrita, sino que, por el contrario, se perfecciona con el mero acuerdo de voluntades; es decir, es un contrato consensual.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se observa que lo acordado por las partes (y que por cuestiones metodológicas hemos denominado como "Premisa B"), es un contrato de promesa mercantil y fue plasmado en el documento denominado "Acuerdo Privado", de fecha 12 de marzo de 2.014, lo que permite a este Tribunal afirmar que, pese a la naturaleza mercantil del acto, se cumplió a su vez con el principal requisito que exige la legislación civil para el perfeccionamiento del contrato de promesa, como lo es que el mismo conste por escrito.

Ahora bien, sin dejar de desconocer que la promesa de contrato mercantil es consensual, de acuerdo con lo previamente expuesto, en criterio de este Tribunal, el contrato de promesa mercantil no fue regulado en detalle en nuestro Estatuto Comercial, pues sólo se menciona en el ya transcrito artículo 861 del Código de Comercio; por tal razón, es necesario recordar lo preceptuado por el artículo 822 del mismo Código, el cual establece:

*"ART. 822.- Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa.*

*La prueba en derecho comercial se regirá por las reglas establecidas en el Código de Procedimiento Civil, salvo las reglas especiales establecidas en la ley."*

De lo dicho, se evidencia la necesidad de acudir a las normas civiles que regulan el contrato de promesa, dejando establecido (como en efecto ya se ha hecho), que, para este Tribunal, la promesa de contrato mercantil, es consensual.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en Sentencia del 30 de agosto de 2.001, expediente 5791, Magistrado Ponente NICOLÁS BECHARA SIMANCAS, manifestó:

*"La norma transcrita (C. Co., art. 822), en relación con la aplicación de los preceptos civiles a los asuntos mercantiles que tocan con los actos y las obligaciones de este linaje y respecto de cada una de las situaciones que ella misma define, sobrepasa la preferente aplicación de la analogía de las normas comerciales que, por regla general, establece el Código de Comercio (art. 1º), pues yendo (sic) más allá y justamente con el fin de precaver lo que se debe hacer en presencia de un vacío legal, e incluso para evitarlo en lo posible, integra el cuerpo de normas comerciales los principios y, por ende, las normas del derecho civil en lo que respecta a los negocios jurídicos y a las obligaciones mercantiles; ello implica en consecuencia que en las materias a que alude el citado artículo 822 del Código de Comercio y cuando no haya precepto comercial aplicable a un caso determinado deba acudirse a lo que disponga el derecho civil antes que a las situaciones comerciales análogas o semejantes, salvo, claro está, "que la ley establezca otra cosa" (...).*

00625

*... Cuando sobre los mismos principios o materias atinentes a tales actos u obligaciones exista regulación diferente en uno y otro ordenamiento, el civil y el comercial, se impone la aplicación de este régimen, toda vez que ello es igual a decir que existe norma expresa y especial de índole mercantil que regula la cuestión, caso en el cual no sería posible ni lógica ni jurídicamente acudir al derecho civil; igual da decir que se excluye la aplicación de los principios y normas de éste cuando la ley dispone expresamente esa exclusión, o cuando indica otras formas de integración o de aplicación de las normas a un caso dado.*

*En síntesis, pues, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 822 del Código de Comercio, a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles se aplican "los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse", salvo que la ley expresamente lo impida o lo mande de otro modo; y por consiguiente es sólo en el caso de que sobre tales aspectos no haya regulación en los dos ordenamientos en cuestión que se ha de acudir primero a la analogía de las normas comerciales, allí sí según la directriz que traza el artículo 1º ibídem".*

Así las cosas, puede concluirse, válidamente, que en tratándose de contrato de promesa mercantil, el mismo no produce obligación alguna, si no concurren simultáneamente los siguientes requisitos:

- a) Que el contrato a que la promesa se refiere no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces por no concurrir los requisitos que establece el artículo 1502 del Código Civil.
- b) Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato.
- c) Que se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo sólo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales.

Respecto de la necesidad de tales requisitos en la promesa de contrato mercantil, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 13 de noviembre de 1.981, Magistrado Ponente ALFONSO GUARÍN ARIZA, manifestó:

*"No obstante la consensualidad de la promesa mercantil, ella indubitadamente debe fijar la época precisa en que ha de celebrarse la convención prometida, como un elemento constitutivo del instante o momento que es menester para ello y como medio certero para establecer el cuándo del cumplimiento de esa obligación de hacer, so pena de que no produzca efecto alguno (C.C. art. 1501).*

*Del mismo modo, si la promesa de celebrar un contrato se refiere a toda clase de convenciones en general, no a un contrato determinado; y si es independiente de la relación jurídica sustancial prometida, de la*

00626

*cual difiere de su objeto y de las obligaciones que de ella emergen, en la promesa debe de estar especificado completa e inequívocamente el contrato prometido, individualizándolo en todas sus partes, a través de los elementos que lo integran, incluido su objeto (...).*

*De lo dicho se concluye que la promesa de contrato, comercial o civil, se encuentra regida por unos mismos principios ontológicos, salvo, como se desprende de los textos legales que en uno u otro campo a ella es aplicable, que la promesa comercial de contrato por regla general es consensual, mientras que la civil exige el escrito como condición ad substantiam actus, vale decir, como requisito de su propia existencia. De donde se deduce que las dos legislaciones, la comercial y la civil, siendo armónicas entre sí, como deben serlo, demandan unos mismos requisitos de validez, excepción hecha del escrito, tal cual quedo advertido". (Negrillas y subrayas fuera del texto).*

En razón de lo anterior, debe el Tribunal analizar si en el caso *sub júdice*, existe la suficiente claridad sobre la época en que ha de celebrarse el contrato prometido.

En el CONTRATO DE PROMESA DE CONTRATO, celebrado entre la Señora SILVIA ELENA FAJARDO VALDERRAMA y la sociedad FAJARDO MORENO Y CIA. S.A., cuyo objeto sería establecer la forma y condiciones del pago del precio y suscribir el referido acuerdo, no se evidencia en escrito alguno que conste en el expediente, ni de los testimonios de las personas que declararon en el proceso, ni de los interrogatorios que absolviere las partes, plazo o condición que fije la época en que habría de celebrarse tal contrato.

No obstante lo manifestado anteriormente, en el interrogatorio de parte efectuado al señor ANDRÉS FAJARDO VALDERRAMA, éste manifiesta lo siguiente (cfr. folio 376 del expediente).

**"EL TRIBUNAL, ÁRBITRO:** *¿Vendérselas a quién? EL DECLARANTE:* *A Fajardo Moreno. (...) Igualmente, en el momento, en la negociación se planteó un plazo, se estableció un plazo, del orden de tres años, que se dio para Marzo del 17, ahora hace un mes, donde, en esa fecha se deberían hacer los planteamientos de cómo se pagaban, con qué propiedades o en qué forma se debería atender esa obligación que teníamos. (...)."*

Por su parte, la señora SILVIA ELENA FAJARDO VALDERRAMA, al momento de absolver interrogatorio de parte, expuso al respecto (cfr. folios 380 y 381):

**"EL TRIBUNAL, ÁRBITRO:** *Una cosa es la representación legal de la sociedad, ¿pero usted a quién le enajenó las acciones suyas?, ¿a Fajardo Moreno? LA DECLARANTE:* *A Fajardo Moreno. EL TRIBUNAL, ÁRBITRO:* *¿Ese fue el negocio? LA DECLARANTE:* *Ese fue el negocio. Fajardo Moreno, a su vez, se comprometía en un pago, más adelante de cuando firmamos ese documento, a hacer unos pagos o a hacer un pago, ¿cierto?, eso iba muy bien hasta ahí. En su momento, que yo creo que yo tengo que anexar esta parte que es muy importante, en el 2015, ya enero, febrero, a mí me... Sé que no es el tema acá, pero le tengo que hacer alusión, entre ese documento, decía*

00627

que..., o poníamos una garantía, o nos poníamos... **EL TRIBUNAL, ÁRBITRO:** ¿"Poníamos" es quiénes? **LA DECLARANTE:** O sea, me tenía que dar Fajardo Moreno a mí o una garantía o me daba... O al final, firmamos un documento interno entre Andrés y yo. (...) Cuando yo empiezo, entonces, ya tuve un problema laboral, que es otro cuento que tengo con él; habíamos quedado él y yo, de firmar un documento interno entre él y yo, de cómo iba a ser ese pago, de la parte laboral y de la parte de acciones. (...) El documento constituía que deberíamos firmar un pago mensual por el tema laboral y un pago mensual por las acciones; no era pues muy representativo, era de tres millones y pico, hasta que llegáramos a un punto y cuadráramos cuándo las pagábamos, ¿cierto? Cuando en el 2015 me sorprendí bastante porque Andrés me dice "No, yo ya lo laboral te lo pagué", vea, "bueno, si usted dice que lo pagó, bueno, tiene que demostrarlo, a mí simplemente tiene que mostrar"; "y en lo otro, yo voy a pagar en el 2017". Ahí, ninguno de los documentos dice pago en el 2017. Yo no firmé ese documento porque nunca lo hicimos, o sea, lo hicimos más no lo firmamos. (...) Entonces, me fallaron a mí, cuando ellos ya me fallaron, o sea, por ningún lado ni una forma de pago, ni cómo va a ser, ni en el documento decían 2017, porque ahí hay una distorsión, porque Andrés alcanzó a firmar algo con mi hermana, más no conmigo, porque eran completamente diferentes las dos cosas. Hoy vamos en este proceso, ¿cómo el tema?, yo ya en el 2016, dije "no, yo tengo que mirar estos dos temas, primero uno laboral que es bastante importante; y tengo que mirar esto, yo no tengo ni cuándo me pagan, no cómo me pagan, ni nada"; es que no tenía absolutamente nada. (...) Ahí empezó el tema importante, aquí están los correos, muy claros, están aportados ahí, de que nunca fue en el 2017, que yo dije Marzo de 2017, ningún documento está firmado de parte mía, sino el documento, pues, grande en el que... Cuando yo hablo de documento, es este que tenemos tan importante y tan amplio; (...) Nunca y lo reitero bajo juramento, he oído una propuesta, "que no, que es que es igual que su hermana Maritza", no, mi hermana Maritza es distinta a mí, nada que ver; "es que nosotros cuadramos eso", no, a mí nunca... (...)"

El testigo PABLO ESTEBAN RUIZ MACHADO, al respecto, manifestó (cfr. folio 411 del expediente):

**"PREGUNTADO:** ¿Con Silvia y con Maritza, se discutió con el doctor Sergio, con el doctor Rodrigo o con la mamá o con todos los que firman ese documento, de que los 700.000.000 se fuesen a pagar en una fecha cierta e inmediata? **CONTESTÓ:** Fecha cierta e inmediata, no, más o menos se establecía, pues, o se dijo a voces, o estimaban las partes, que así lo manifestaron, que en un plazo, más o menos de tres años se iba a llegar, pues, como a este acuerdo, a esta posibilidad, pero nunca se habló de una fecha clara."

De la declaración del testigo RUIZ MACHADO, se resalta lo que este manifestó al final, cuando dice que "... nunca se habló de una fecha clara"; expresando que puede que sí hubiera existido un plazo, pero en términos absolutamente vagos e

00628

imprecisos, como cuando expresa: "... fecha cierta e inmediata, no, más o menos se establecía ..."

Y respecto de lo que manifiestan los señores SILVIA ELENA y ANDRÉS FAJARDO VALDERRAMA, el Tribunal no encuentra convincente ni coherente lo dicho por el citado señor, la accionante lo contradice categóricamente, amén de que no se encuentra respaldo documental que confirme lo por él expuesto.

En sentir de este Tribunal, en el contrato de promesa debió establecerse en forma inequívoca el tiempo para la celebración del contrato prometido, mediante la indicación de un plazo o una condición, **que diera la suficiente y necesaria claridad respecto de la época en que debía celebrarse el contrato prometido**; es decir, en el caso del plazo, debe ser un hecho futuro y cierto; en el evento en que sea una condición la que fije la época en que ha de celebrarse el contrato, ésta debe ser determinada, de tal manera, que sirva para señalar la época en que ha de celebrarse el referido negocio, sin que quede ningún asomo duda.

Respecto de la época en que ha de celebrarse el contrato prometido, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Magistrado Dr. JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ, en Sentencia proferida el 22 de abril de 1.994, manifestó lo siguiente:

*"Por lo demás, se ha sostenido que en tratándose del requisito 3º del art 89 de la ley 153 de 1887, la única condición compatible con este texto legal, en consideración a la función que allí cumple, es aquella que comporta un carácter determinado", por cuanto solo una condición de estas (o un plazo), permite la delimitación de la época en que debe celebrarse el contrato prometido. La de la otra clase, precisamente por su incertidumbre total, deja en el limbo esa época, y con ella la transitoriedad del contrato de promesa que es una de sus características esenciales.*

*"Pero si según el ordinal 3º del precitado artículo 89 de la ley 153, - dice la Corte-, la promesa de contrato, para su validez, debe contener 'un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato', bien se comprende que para cumplir tal exigencia no puede acudirse a un plazo indeterminado o a una condición indeterminada, porque ni el uno ni la otra, justamente por su indeterminación son instrumentos idóneos que sirven para cumplir el fin perseguido, que es el señalamiento o fijación de la época precisa en que ha de celebrarse la convención prometida" (Sentencia de Casación Civil de 5 de julio de 1983, citada en G.J. N° 2423, pág. 284).*

*Ahora bien, la calificación de condición determinada debe surgir del propio contrato de promesa, o sea desde el momento mismo de su celebración, pues es allí donde debe quedar plasmada la condición "con todos los atributos propios de su naturaleza", porque como antes se anotó, el lapso temporal dentro del cual debiera ocurrir el evento incierto debe quedar "determinado de antemano".*

*Así, entonces, la Corte ha calificado como indeterminada e inidónea para reunir el requisito del contrato de promesa preceptuado por el*



00629

*numeral 3o del art. 89 de la ley 153 de 1887, la condición que sujete el perfeccionamiento del contrato prometido a "una vez se haya finalizado el juicio..." (G.J. N° 2423, pág. 284), precisamente porque "no se sabía la época en que debía terminar el proceso". (Subrayas y negrillas propias)."*

Considera el Tribunal entonces, que en el caso particular objeto de análisis, **no es posible determinar clara e inequívocamente la delimitación de la época en que se debe celebrar el contrato prometido**, tal como se deduce de la lectura de lo pactado por las partes.

Así las cosas, se concluye que en lo acordado por las partes en el CONTRATO DE PROMESA DE CONTRATO MERCANTIL que tuvieron a bien celebrar, se incurre en un gravísimo defecto, toda vez que resulta completamente imposible determinar, con absoluta certeza, cuál será la fecha o al menos la época en que ha de celebrarse el contrato prometido, omisión que, en sentir de este Tribunal, recae sobre un elemento esencial del Contrato de Promesa.

Y resulta entonces imperativo tener presente lo prescrito por el inciso 2º, del artículo 898 del Código del Comercio, el cual establece:

*"ARTÍCULO 898. (...)*

*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 **y cuando falte alguno de sus elementos esenciales.**" (Subrayas y negrillas propias)*

Como corolario de todo lo anteriormente manifestado, considera este Tribunal que el contrato de promesa celebrado por la señora SILVIA ELENA FAJARDO VALDERRAMA y la sociedad FAJARDO MORENO Y CIA. S.A., (cuyo objeto sería establecer la forma y condiciones del pago del precio y la condigna suscripción del tal convenio), **es absolutamente inexistente como contrato de promesa**, pues el referido negocio carece al menos de un requisito esencial particular del Contrato de Promesa de Contrato Mercantil, tal como lo es la inequívoca determinación que los contratantes deben pactar (así sea verbalmente), respecto de la fecha o época en que habrá de celebrarse el contrato prometido.

Si tenemos en cuenta que el CONTRATO DE PROMESA MERCANTIL, que constituye la que hemos denominada "PREMISA B", es inexistente a juicio de este Tribunal, ello quiere decir que no existe en el mundo jurídico y que, por lo tanto, no debe tenerse en cuenta para resolver el litigio; debe concluirse en sana lógica que lo pactado por las partes (jurídicamente hablando), fue únicamente el texto contenido en la denominada "PREMISA A"; es decir:

*"Frente a la señora SILVIA ELENA FAJARDO VALDERRAMA: FAJARDO MORENO Y CIA S.A., reconocerá la suma única y total de SETECIENTOS MILLONES DE PESOS (\$700.000.000)".*

Y como la inexistencia opera de pleno derecho, *ipso jure*, este Tribunal simplemente la reconoce, partiendo de la base de que tal fenómeno se patentiza sin necesidad de

00630

declaratoria judicial, razón por la cual nos abstendremos de declararla en la parte resolutive de este laudo.

Con relación a este punto específico, este Tribunal comparte el criterio mayoritario de la doctrina, así:

El profesor Fernando Canosa Torrado, en su libro *LA RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS*, Ediciones Doctrina y Ley, segunda edición, 1.992, -citando a Rafael Rojina Villegas (en Enc. Jur. Omeba, t. XI, págs. 577 y 578), manifiesta: "la inexistencia no debe ser declarada por el juez; simplemente, es reconocida. Por eso no es necesario ejercer una acción o excepción especial para que se declare".

Igualmente, el profesor Eudoro González Gómez (ob. cit., tomo II, pág. 121), expone:

*"La cuestión práctica que se deduce de la diferencia entre la inexistencia y la nulidad absoluta es la de que cuando el acto es inexistente, no necesita declaratoria judicial y puede procederse como si la operación no se hubiera celebrado. Esto, porque la inexistencia es la nada jurídica y la nada no es susceptible de aniquilamiento. En cambio, cuando el acto es nulo, tiene al menos una apariencia de ser y para destruirlo y hacer que desaparezcan sus efectos, se necesita una sentencia judicial que declare esa nulidad. (...)*

*Es que en la inexistencia la irregularidad es de tanta entidad, tan impresionante y notoria, que sería ocioso abrirle proceso al acto para obtener su aniquilamiento judicial."*

Al respecto el inolvidable maestro ENRIQUE GAVIRIA GUTIÉRREZ, en su libro *LECCIONES DE DERECHO COMERCIAL*, 3ª edición, Biblioteca Jurídica Diké, 1.989, afirmaba:

*"Por lo demás, la inexistencia, lo mismo que la ineficacia, no requiere declaración judicial previa y permite, por ende, la intervención de las autoridades administrativas; sin embargo, como todos sabemos, la operancia plena y automática de la ineficacia y la inexistencia es muchas veces una simple afirmación teórica porque, aun cuando el acto sea inexistente o sea ineficaz de pleno derecho, de todas maneras hay casi siempre una apariencia de acto, una situación de hecho que debe destruir la autoridad judicial, porque de otra manera no podría solucionarse el problema, a no ser que, por las circunstancias del caso, resulte posible acudir a la protección de las autoridades administrativas".*

Así las cosas, para el Tribunal ha quedado absolutamente claro que el CONTRATO DE PROMESA contenido en la que hemos denominado "Premisa B", que en su tenor literal reza: "... en la forma, y bajo las condiciones que entre ellos se convenga, para lo cual deberán suscribir un acuerdo", es absolutamente inexistente por falta de un elemento esencial.

Arribar a esta conclusión cambia completamente el panorama, pues entonces deberá inferirse lo siguiente:

1. Que las partes no establecieron plazo alguno para el pago del precio.

**00631**

2. Que las partes no sometieron el pago del precio, a condición alguna, ni a ningún tipo de modalidad.
3. Que, en consecuencia, nos encontramos ante una "obligación pura y simple".

Ahora bien, al inicio del presente acápite, distinguido con el numeral 4.4, intitulado "DEL CONFLICTO Y DE SU SOLUCIÓN", con la clara intención de empezar a descartar hipótesis de posibles soluciones, habíamos dicho que no nos encontrábamos en presencia de una obligación pura y simple, sino de una obligación sometida a condición suspensiva. Tal afirmación no constituye en manera alguna contradicción con lo que ahora hemos concluido, toda vez que lo establecido en aquella oportunidad, lo fue partiendo de un supuesto completamente diferente al que se tuvo en cuenta para arribar a la conclusión final; por tal razón, dejamos expresa constancia de ello, pues una lectura descuidada o con poco esmero, podría dar lugar a alegar que el Tribunal incurre en contradicción, cuando ello no es cierto, pues, insistimos, se analizaron diferentes hipótesis, *exprofesso*, con la única finalidad de ir las descartando como posibles soluciones.

Retomando el tema, y habida cuenta que de conformidad con lo ya establecido en el sentido de que nos encontramos en presencia de una obligación pura y simple, respecto de la cual no se pactó plazo alguno, habrá necesariamente que acudir al artículo 947 del Código de Comercio, el cual establece:

*"ART. 947.- El comprador deberá pagar el precio en el plazo estipulado o, en su defecto, al momento de recibir la cosa."*

Como no existe plazo estipulado por las partes, el precio deberá ser pagado por la sociedad compradora, al momento de recibir la cosa.

Ambas partes reconocen la entrega de las 240 acciones objeto de compraventa, por parte de la vendedora, a la sociedad compradora, veamos:

En interrogatorio absuelto por la convocante, ésta manifiesta (cfr. folios 379 del expediente):

**"EL TRIBUNAL, ÁRBITRO:** (...) un momentico, a ver, seamos más concretos. ¿En virtud de ese acuerdo, Fajardo Moreno se comprometió a qué con usted? **LA DECLARANTE:** A pagar una cifra de 700.000.000 de pesos. **EL TRIBUNAL, ÁRBITRO:** Muy bien, y usted a cambio de eso, ¿a qué se comprometió con Fajardo Moreno? **LA DECLARANTE:** A traspasar mis acciones. (...) **EL TRIBUNAL, ÁRBITRO:** ¿Cuándo lo traspasaba? **LA DECLARANTE:** En el momento que se firmó el documento; que se firmaron dos documentos, uno en el 2014 y otro en el... En el 2014, en Marzo. Uno en Diciembre del 2014 y otro... En ese momento, yo firmaba y traspasaba."

Posteriormente, al ser nuevamente interrogada al respecto, la absolvente manifiesta (cfr. folio 382 del expediente):

**"EL TRIBUNAL, ÁRBITRO:** Doña Silvia, cuénteme, ¿usted efectuó efectivo traspaso de las acciones que tenía en Fajardo Moreno? **LA DECLARANTE:** Te lo digo, que no sé. **EL TRIBUNAL, ÁRBITRO:** ¿No sabe?, ¿por qué no sabe? **LA DECLARANTE:** Ahí hay un desorden, no tengo ni idea, yo lo único que hice fue firmar ese documento; de más que sí, pero no lo tengo como tan claro que yo firmé, vea..., porque yo ya no tuve más participación, ni más nada en ese tema, ¿cierto?, tuve que salir a renunciar, a pues, a... Y yo seguí trabajando fue como empleada, entonces, no lo tengo tan claro, no lo tengo tan claro. Que las haya transferido, me imagino que sí, pues, si ahí hay un orden y hay una cosa, sí, pero que yo tenga un papel donde yo transferí, no. Yo tengo solamente lo que me obliga a mí, en este papel, que era ni demandar, ni si no estaba de acuerdo, entonces, íbamos a un Tribunal de Arbitramento, de entregue todo esto, firme aquí, entregue todas esas representaciones legales, usted no tiene derecho a este proyecto, usted... Eso fue lo que yo tengo, o sea que puede que esté, que yo lo tenga en mis manos, no."

Y en la misma diligencia, la absolvente responde (cfr. Folio 386 del expediente):

**"REANUDA EL APODERADO DE LA PARTE CONVOCADA:** (...). **PREGUNTADA:** Dígame al Tribunal si usted firmó algún documento dirigido al representante legal de Fajardo Moreno o al Revisor Fiscal de la sociedad, mediante el cual usted, cumpliendo el contrato que reconoció, y obrante de los Folios 31 a 46, hiciera cesión expresa del total de acciones que tenía en la Sociedad Fajardo Moreno y Compañía S.A., a favor de esta, quien las adquiriría para sí. ¿Usted firmó algún documento expreso? **CONTESTÓ:** No, no creo, pues, o sea, tengo dudas ahí, pero que yo lo haya... No, por eso yo hablo siempre que, pues, me limité como a eso, no tengo forma de aportarte que yo lo firmé..., como cuando tengo otras formas de aportar, no, no."

Por su parte, el señor ANDRÉS FAJARDO VALDERRAMA, al absolver el interrogatorio de parte, en su doble calidad (persona natural y representante legal de la sociedad convocada), manifiesta (cfr. 463 del expediente):

**"PREGUNTADO:** Sírvase indicarle al despacho, a nombre de quién se estableció la titularidad en el dominio de las veinticuatro acciones que fueron vendidas por Silvia Elena Fajardo Valderrama. **CONTESTÓ:** ¿A nombre de quién? Sería, pues, a nombre... Las acciones, tanto de mi hermana Silvia como de mi hermana Maritza y de mi mamá, fueron repartidas en la familia mía, entre mi señora y mis dos hijos. **EL TRIBUNAL, ÁRBITRO:** ¿En qué proporción? **EL DECLARANTE:** No, (...) exactamente qué proporción, yo creo que una proporción menor, realmente."

Posteriormente, en la misma diligencia, el absolvente afirma (cfr. folios 475 y 476):

**"REANUDA LA APODERADA DE LA PARTE CONVOCANTE.** **PREGUNTADO:** ¿Cómo fue la forma de cumplimiento o entrega de las acciones que enajenó Silvia Elena Fajardo Valderrama para que quedasen radicadas en cabeza de su familia? **CONTESTÓ:** No tengo

00633

idea. **EL TRIBUNAL, ÁRBITRO:** A ver, bueno, venga, concretemos esa pregunta -(...) (Hablan varios interlocutores al mismo tiempo)-. **REANUDA LA APODERADA DE LA PARTE CONVOCANTE.** **PREGUNTADO:** ¿Cómo fue el procedimiento de radicación de esas acciones, de esas 240 acciones, en cabeza de la familia Fajardo Mejía? Yo quiero que usted me -(...) (Hablan varios interlocutores al mismo tiempo)- ...usted dice que usted adquirió... Usted dice que primero adquirió usted, después adquirió la firma Fajardo Moreno, que después, esas acciones pasaron a la... Que no fueron radicadas en cabeza de Fajardo Moreno sino en cabeza de la familia, que no tiene idea de cómo fueron radicadas, yo quiero que me explique el procedimiento. **EL TRIBUNAL, ÁRBITRO:** Vamos... El Tribunal va a reformular la pregunta de la siguiente manera, en virtud del acuerdo o de los acuerdos suscritos, doña Silvia Fajardo se comprometió a enajenar 240 acciones de la Sociedad Fajardo Moreno, ¿efectivamente a quién le fueron traspasadas esas 240 acciones por doña Silvia? **EL DECLARANTE:** Pues, doctor, ya lo dije, seguramente prorratea a mis hijos y a las personas que estamos en Fajardo Moreno. **EL TRIBUNAL, ÁRBITRO:** ¿Que son quiénes? **EL DECLARANTE:** Pues, somos Brindisi, María Clara Mejía, Andrés Santiago Fajardo Mejía y Jorge Julián Fajardo Mejía, ¿correcto?, eso fue... ¿Cómo se hacen esos trámites?, mire, para eso hay una serie de abogados allá. Yo, créame que yo no soy el que me siento "voy a hacer esto así, así, unos tributarios y demás", eso existe, yo... "¿cuánto es esto?, ¿cómo llegamos (...)?", "700.000.000", listo, "hay que pagarlos con propiedades de esta manera", listo, "(...) conversamos"; y eso lo hacen, yo no sé exactamente cuál es la filigrana de eso."

De los testimonios recaudados, también se deduce el efectivo traspaso de las acciones objeto de compraventa.

En testimonio rendido por el señor PABLO ESTEBAN RUIZ MACHADO, el 28 de junio de 2.017, éste manifiesta (cfr. folios 421 y 422 del expediente):

**"EL TRIBUNAL, ÁRBITRO:** ¿Dentro de sus funciones, le tocaba estar pendiente de los libros de actas de asamblea, de junta directiva, de registro de accionistas? **EL DECLARANTE:** Sí. **EL TRIBUNAL, ÁRBITRO:** Cuénteles al Tribunal cómo se instrumentó el traspaso de las acciones de Silvia Fajardo, o que la señora Silvia Fajardo tenía en la Sociedad Fajardo Moreno. **EL DECLARANTE:** Se hizo una anotación en el registro de accionistas. **EL TRIBUNAL, ÁRBITRO:** ¿Con base en qué documento? **EL TRIBUNAL, ÁRBITRO:** Con base en el acuerdo privado. **EL TRIBUNAL, ÁRBITRO:** ¿No hubo carta de traspaso? **EL DECLARANTE:** No hubo carta de traspaso. **EL TRIBUNAL, ÁRBITRO:** ¿No hubo carta de traspaso? **EL DECLARANTE:** Si mal no recuerdo, dentro del acuerdo mismo se instrumentaliza esa transferencia, por eso se develó que todos los que intervinieran con esa transferencia de acciones, suscribieran también este documento. **EL TRIBUNAL, ÁRBITRO:** ¿Y esas 240 acciones que doña Silvia enajenó, efectivamente fueron enajenadas a quién en el libro del registro de accionistas, en el libro de registro de accionistas? **EL DECLARANTE:** No recuerdo, la verdad, doctor, no recuerdo."

El testigo MARIO A. NOREÑA A., respecto de la cesión de acciones, manifestó (cfr. folio 440):

**"EL TRIBUNAL, ÁRBITRO:** *Perdóneme doctor, ¿en la contabilidad de Fajardo Moreno aparece reflejado el pasivo de Fajardo Moreno con Silvia Fajardo?* **EL DECLARANTE:** *Sí, hay una obligación.* **EL TRIBUNAL, ÁRBITRO:** *¿Desde qué fecha?* **EL DECLARANTE:** *Esa obligación está desde Enero del 2014, que se hizo el primer documento con ella, estableció a finales de Diciembre de 2013 y se hicieron las anotaciones contables en enero del 2014, porque esa es una obligación, pues, que existe, real..."*

A quedado claro pues, a juicio de este Tribunal, que sí hubo una efectiva transferencia de las acciones objeto de compraventa, mediante la cual, la accionante cumplió con la principal prestación derivada del contrato de compraventa celebrado; sin embargo, a juicio de este Tribunal, no existe prueba fehaciente alguna en el expediente, que evidencie, sin la más mínima duda, la fecha exacta en que la vendedora entregó las 240 acciones objeto de compraventa a la sociedad compradora, sin perjuicio de tener establecido que dicha entrega sí se efectuó. De lo manifestado por la convocante inicialmente, se podría concluir que fue en la misma fecha en que se suscribió el denominado "ACUERDO PRIVADO", sin embargo, en sus declaraciones posteriores se contradice, lo que siembra la duda en el fallador, respecto del momento preciso de entrega de las acciones.

Así las cosas, el Tribunal ordenará el pago del precio convenido, a partir de la fecha en que el presente laudo cobre ejecutoria, pues ordenar el pago antes, sin que conste con absoluta certeza la fecha de entrega de las acciones, no resulta procedente.

De lo anterior se deriva, que la sociedad compradora aún no ha incumplido el contrato de compraventa celebrado, pues si la obligación de pago se vuelve exigible cuando quede ejecutoriado el presente laudo arbitral, no es dable predicar incumplimiento alguno, ni mucho menos reconocimiento de intereses de ninguna naturaleza, pues habida cuenta de que la obligación a la fecha de este escrito no es exigible, predicar lo contrario sería un absurdo jurídico.

Igualmente, en el evento en que sí existiera evidencia de fecha cierta de entrega de las 240 acciones, por parte de la vendedora a la sociedad compradora, considera este Tribunal que tampoco resulta procedente ordenar el pago en tal fecha, pues la parte compradora (al igual que la vendedora), tenía la absoluta convicción de que tal obligación era inexigible para esa fecha, convicción que apenas ahora se derrumba de acuerdo con lo expuesto en precedencia. Coincidimos completamente con el tratadista Guillermo Ospina Fernández, quien en su obra *Régimen General de las Obligaciones*, Temis, cuarta edición, página 457, manifiesta: *"Una obligación discutible en cuanto a su existencia y que requiera una declaración judicial para establecer dicha existencia, no es exigible ..."*

En consecuencia, las pretensiones distinguidas con los acápite 10.1, 10.3 y 10.4, no están llamadas a prosperar y así se declarará en la parte resolutive del presente laudo. Consecuencialmente, han resultado probadas las excepciones denominadas "3) PETICIÓN ANTES DE TIEMPO"; "4. CUMPLIMIENTO DE CONTRATO" (pero

00635

únicamente en lo relacionado con el contrato de compraventa, -que no con el contrato de promesa-); "5. AUSENCIA DE PRUEBA SOBRE EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES" (con igual salvedad). Igualmente, por las razones expuestas a lo largo de este extenso acápite, el Tribunal no encuentra probada la excepción denominada "FALTA DE LEGITIMACIÓN SUSTANCIAL EN LA CAUSA POR ACTIVA". Todo lo anterior así se declarará en la parte resolutive del presente laudo arbitral.

De otro lado, debe entrar el Tribunal a examinar reparos que efectúan las partes, con relación a diversos aspectos de su relación negocial, que si bien no tienen la preponderancia del que acaba de ser solucionado, sí entrañan la importancia suficiente para que este Tribunal se pronuncie sobre los mismos:

**4.5 La "CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA – CLÁUSULA COMPROMISORIA"**, del documento denominado "ACUERDO PRIVADO", suscrito por las partes el 12 de marzo de 2.014, es del siguiente tenor:

*"Cualquier diferencia o disputa que surja con ocasión del incumplimiento total o parcial o de la interpretación de alguna, algunas o todas las cláusulas de este Acuerdo, o del alcance del mismo, se someterán, en primera instancia, a la decisión mayoritaria de los miembros que suscriben el presente documento para lo cual tendrán un término máximo de treinta días contados a partir de la fecha en que cualquiera de las partes solicite la intervención de las mencionadas personas. En el evento que en ese término no se logre ningún acuerdo, la diferencia se someterá a la decisión obligatoria de un Tribunal de Arbitramento, que será designado por el Director del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Medellín de su lista de árbitros. (...)"*

En virtud de la anterior estipulación contractual, durante el desarrollo del proceso, se vieron distantes las partes respecto de la eventual necesidad de agotar, como requisito de procedibilidad para poder acudir a la decisión arbitral, lo que ellas han tenido a bien llamar "la decisión de las mayorías", entendida esta como la decisión mayoritaria de todos los suscriptores del documento citado, en caso de conflicto suscitado entre las partes.

Afirma la convocante que cumplió con el "requisito pre-arbitral", a través de correo electrónico del día 16 de agosto de 2.016 (fls. 66-69), enviado por la apoderada de la convocante a todos los intervinientes en el "ACUERDO PRIVADO", suscrito por las partes el 12 de marzo de 2.014.

A su vez, argumenta la convocada que para dirimir el conflicto suscitado entre las partes, no se cumplió con el "rito prearbitral" contenido en la "CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA", toda vez que, en su sentir, con el correo electrónico mencionado en precedencia, simplemente se busca una contribución conciliatoria al conflicto que nos ocupa y no la decisión mayoritaria de los suscriptores del contrato, llegando incluso a argüir que tal omisión, servía de fundamento a la excepción denominada "FALTA DE LEGITIMACIÓN SUSTANCIAL EN LA CAUSA POR ACTIVA ..." (cfr., folios 215 del expediente).

00636

A juicio de este Tribunal la discusión de este punto específico al que las partes le dieron especial relevancia, constituye una discusión bizantina, bastante inocua, toda vez que este conflicto se encuentra resuelto expresamente en la ley, según lo establece el artículo 13 del Código General del Proceso, el cual prescribe:

*"ARTÍCULO 13. Las normas procesales son de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, y en ningún caso podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley.*

**Las estipulaciones de las partes que establezcan el agotamiento de requisitos de procedibilidad para acceder a cualquier operador de justicia no son de obligatoria observancia. El acceso a la justicia sin haberse agotado dichos requisitos convencionales, no constituirá incumplimiento del negocio jurídico en donde ellas se hubiesen establecido, ni impedirá al operador de justicia tramitar la correspondiente demanda.**

*Las estipulaciones de las partes que contradigan lo dispuesto en este artículo se tendrán por no escritas." (Subrayas y negrillas propias).*

Así las cosas, se colige entonces, que el acuerdo contractual consistente en someter en primera instancia a "la decisión de las mayorías" suscriptoras del "ACUERDO PRIVADO", del 12 de marzo de 2.014, las diferencias suscitada entre las partes, constituye una estipulación que establece un "requisito de procedibilidad" que no es de obligatoria observancia para el operador jurídico y que la sanción prevista para esa estipulación, al ser contraria a las normas procesales -que en Colombia son de orden público-, es la inexistencia de ese requisito previo para acudir a la justicia, motivo suficiente para que el Tribunal pueda asumir la respectiva competencia del presente proceso arbitral, haciendo caso omiso de ese "exótico requisito de procedibilidad".

Consecuencialmente con lo expuesto en el presente acápite, habrá de declararse como no probada la excepción denominada "FALTA DE LEGITIMACIÓN SUSTANCIAL EN LA CAUSA POR ACTIVA ..." (cfr., folios 215 del expediente).

#### **4.6 DE LOS INTERESES DEPRECADOS POR LA ACCIONANTE:**

Solicita la apoderada de la actora, en las pretensiones de la demanda distinguida con los numerales 10.3, 10.4 y 10.5 (cfr. folio del expediente), se condene a los demandados, al reconocimiento y pago de intereses corrientes y de mora, en favor de la señora SILVIA ELENA FAJARDO VALDERRAMA, así:

**10.3 "Ordénesele a ANDRES FAJARDO VALDERRAMA y/o FAJARDO MORENO Y CIA S.A., el pago de los intereses corrientes causados entre el 24 de Marzo de 2014 y el 07 de Febrero de 2017, en la suma de \$40.176.967,00, correspondientes al capital definido en la suma de Setecientos Millones de Pesos M.L. (\$700.000.000,00), fecha vinculada a la firma del segundo acuerdo**



00637

*privado de compraventa de las 240 acciones adquiridas por los demandados.*

**10.4** *Condénese a la firma **FAJARDO MORENO Y CIA S.A.** y/o **ANDRES FAJARDO VALDERRAMA**, al pago de los intereses corrientes, a la tasa fijada trimestralmente por la **Superintendencia Financiera de Colombia**, durante el período transcurrido entre el **08 de Febrero de 2017**, hasta el día en que se profiera el laudo arbitral que ponga fin al proceso.*

**10.5** *Ordénese el pago de los intereses de mora liquidados a la tasa máxima legal permitida, causados desde la fecha de ejecutoria del laudo arbitral, hasta el día en que se produzca la satisfacción plena de la obligación económica."*

Es entonces necesario determinar qué se entiende por intereses corrientes, o de plazo, o remuneratorios; y que se entiende por intereses de mora, o resarcitorios; y en qué casos se causan éstos o aquéllos.

En Sentencia del 27 de agosto de 2.008, expediente 1997-14171, Magistrado Ponente WILLIAM NAMÉN V., la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, respecto de los intereses corrientes, de plazo o remuneratorios, manifestó:

*"Los intereses remuneratorios retribuyen, reditúan o compensan el costo del dinero, el capital prestado en tanto se restituye al acreedor o el precio debido del bien o servicio mientras se le paga durante el tiempo en el cual no lo tiene a disposición, el beneficio, ventaja o provecho del deudor por tal virtud y el riesgo creditoris de incumplimiento o insolvencia deuditoria. Por su naturaleza y función, requieren estipulación negocial (accidentalía negotia) o precepto legal (naturalía negotia), son extraños a la mora e incompatibles con los intereses moratorios, **pues se causan y deben durante el plazo o tiempo existente entre la constitución de la obligación y el día del pago o restitución del capital**, son exigibles y deben pagarse en las oportunidades acordadas en el título obligacional o, en su defecto, en la ley, esto es, con anterioridad a la misma." (Subrayas y negrillas fuera del texto).*

Como bien lo dice la Corte Suprema, los intereses corrientes, de plazo o remuneratorios, *"se causan y deben durante el plazo existente entre la constitución de la obligación y el día del pago o restitución del capital"*.

Ya hemos dicho -en el asunto que nos ocupa-, que no se estableció plazo alguno para el pago de los \$700.000.000,00, por parte de la sociedad deudora FAJARDO MORENO Y CIA. S.A., a la acreedora señora SILVIA ELENA FAJARDO VALDERRAMA. Hemos indicado que tal obligación sólo será exigible, una vez el presente laudo arbitral cobre ejecutoria; así las cosas, no puede hablarse -y consecuentemente no podrá accederse-, a la solicitud de reconocimiento y pago de intereses de plazo, toda vez que los mismos nunca se han causado.

Por tal razón, las pretensiones distinguidas con los numerales 10.3 y 10.4, no están llamadas a prosperar; consecuentemente, resultan probadas -en relación con las

referidas pretensiones y respecto del contrato de compraventa celebrado-, las excepciones denominadas "PETICIÓN ANTES DE TIEMPO"; "CUMPLIMIENTO DE CONTRATO"; y "AUSENCIA DE PRUEBA SOBRE EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES".

Con relación a los intereses de mora, sentenció la Corte Suprema de Justicia, en la misma providencia arriba citada, lo siguiente:

*"Los intereses moratorios, tienen un carácter eminentemente punitivo y resarcitorio, representan la indemnización de perjuicios por la mora, la presuponen, se causan ex legge desde ésta, sin ser menester pacto alguno -excepto en los préstamos de vivienda a largo plazo en los cuales no se presumen y requieren pacto expreso, art. 19, Ley 546 de 1999- ni probanza del daño presumido iuris et de iure (art. 1617 [2], Código Civil), son exigibles con la obligación principal y deben mientras perdure, sancionar el incumplimiento del deudor y cumplen función compensatoria del daño causado al acreedor mediante la fijación de una tasa tarifada por el legislador, la cual, si bien no es simétrica con la magnitud del daño, se establece en consideración a éste y no impide optar por la indemnización ordinaria de perjuicios ni reclamar el daño suplementario o adicional, acreditando su existencia y cuantía, con sujeción a las reglas generales. A partir de la mora respecto de idéntico período y la misma obligación, estos intereses no son acumulables ni pueden cobrarse de manera simultánea con los remuneratorios, con excepción de los causados y debidos con anterioridad. Producida la mora de la obligación principal sus efectos se extienden a la prestación de pagar intereses mientras no se cumpla lo debido."*

El artículo 65 de la Ley 45 de 1.990, establece:

*"Art. 65.- Causación de intereses de mora en las obligaciones dinerarias. En las obligaciones mercantiles de carácter dinerario el deudor estará obligado a pagar intereses en caso de mora y a partir de ella."*

La Corte Suprema de Justicia, en Sentencia del 24 de septiembre de 2.001, Magistrado Ponente JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ G., respecto de la norma transcrita en precedencia, manifestó:

*"De conformidad con este artículo 65 (L. 45/90), que de alguna manera sustituye el artículo 883 del Código de Comercio, la obligación de pagar intereses con ocasión de la mora, se predica no solamente con respecto a las obligaciones surgidas de los negocios y contratos mercantiles, como otrora se afirmaba, sino de **todas** las "obligaciones mercantiles de carácter dinerario", como lo expresa la propia norma citada, incluyendo, por supuesto, entonces, las obligaciones mercantiles de origen legal."*

Podemos decir entonces, que los intereses moratorios son aquellos que "... son exigibles con la obligación principal y deben mientras perdure, sancionar el incumplimiento del deudor y cumplen función compensatoria del daño causado al

00639

*acreedor ... Producida la mora de la obligación principal, sus efectos se extienden a la prestación de pagar intereses mientras no se cumpla lo debido".*

El numeral 1, del artículo 1608 del Código Civil, establece:

*"ART. 1608.- El deudor está en mora:*

*1. Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora."*

Ya se ha indicado que este Tribunal condenará a la sociedad FAJARDO MORENO Y CIA. S.A., al pago de \$700.000.000,00, en favor de la señora SILVIA ELENA FAJARDO VALDERRAMA, obligación que se hará exigible tan pronto el presente laudo arbitral cobre ejecutoria; si una vez se haga exigible la obligación, la referida sociedad no procede a su inmediata solución o pago efectivo, se entenderá que incurre en mora (art. 1608, numeral 1, del Código Civil), razón por la cual deberá pagar intereses de mora a la acreedora, en la forma peticionada por la apoderada de la accionante, pues así se ordenará en la parte resolutive de este laudo.

Prospera entonces, la pretensión distinguida con el numeral 10.5, del escrito de demanda (cfr. folio 164 del expediente).

#### **4.7 DE LAS GARANTÍAS QUE DEBÍA OTORGAR LA PARTE COMPRADORA, EN FAVOR DE LA VENDEDORA:**

En el hecho 08 de la demanda (cfr. folio 160 del expediente), intitulado por la apoderada de la convocante "INCUMPLIMIENTO DE LOS ACUERDOS CONTRACTUALES POR PARTE DE LOS COMPRADORES DE LAS ACCIONES ENAJENADAS POR SILVIA ELENA FAJARDO VALDERRAMA", se manifiesta que "los compradores de las acciones (...) incurrieron en el incumplimiento de las obligaciones derivadas a (sic) los acuerdos de voluntades", manifestando que son dos (2) los compromisos incumplidos, a saber:

El primero, consiste en que no se garantizó en favor de la accionante, el pago de los \$700.000.000,00, con una garantía proveniente de los negocios de FAJARDO MORENO Y CIA. S.A.

Como lo indica expresamente la apoderada de la accionante, este compromiso consta en la cláusula octava (cfr. folios 48 y 49 del expediente), del denominado "ACUERDO PARA LA CESIÓN DE ACCIONES", suscrito por la convocante y por el señor Andrés Fajardo Valderrama, el día 24 de diciembre de 2.013.

Este "presunto incumplimiento" no lo encuentra admisible el Tribunal, toda vez que, como ya se manifestó anteriormente, el documento que recoge el acuerdo de voluntades de las partes y que ha servido de sustrato material para la solución de la litis planteada, es el denominado "ACUERDO PRIVADO", suscrito por la convocante y por los dos (2) convocados, el día 12 de marzo de 2.014 (obrante a folios 31 a 46 del expediente). El documento denominado "ACUERDO PARA LA CESIÓN DE ACCIONES", suscrito por la convocante y por el señor ANDRÉS FAJARDO

00640

VALDERRAMA, el día 24 de diciembre de 2.013 (obrante a folios 48 y 49 del expediente), sólo será tenido en cuenta por el Tribunal, cuando las disposiciones del firmado el 12 de marzo de 2.014, "*presenten problemas de interpretación, o exista contradicción entre alguna (sic) de ellas*".

El segundo incumplimiento -dice la apoderada de la convocante, se deriva de lo preceptuado en el numeral 2º, de la Cláusula Cuarta (cfr. folio 37), del denominado "*ACUERDO PRIVADO*", suscrito por las partes, el día 12 de marzo de 2.014 (obrante a folios 31 a 46 del expediente).

Revisemos tal disposición contractual:

**"CLÁUSULA CUARTA – OBLIGACIONES ESPECIALES DE FAJARDO MORENO Y CIA S.A:**

*Adicional a las demás obligaciones que al interior del presente contrato se establecen, asume las siguientes obligaciones:*

1. (...)

2. *Suscribir a favor de las señoras **MARIA HELENA VALDERRAMA DE FAJARDO, SILVIA ELENA FAJARDO VALDERRAMA, y MARIA ISABEL FAJARDO VALDERRAMA**, un pagaré en blanco con carta de instrucciones, el cual ÚNICA Y EXCLUSIVAMENTE SERÁ EXIGIBLE si dichas señoras son requeridas por cualquiera de los acreedores a favor de quienes FAJARDO MORENO Y CIA S.A y/o sus accionistas crearon pagarés, y SÓLO EN EL EVENTO QUE ÉSTA TENGA QUE CANCELAR LAS SUMAS ALLÍ CONTENIDAS."*

Este hecho -en su último supuesto-, fue contestado por el apoderado de los convocados, de la siguiente manera:

*"No es cierto. En este aspecto llama la atención la falsedad en el dicho de la acreedora-demandante. El pagaré que enuncia esta cláusula tenía por objeto "garantizar el pago" de las "obligaciones exigibles y con cargo a la sociedad FAJARDO MORENO Y CIA. S.A.", que fueran "reclamadas por terceros a los accionistas cedentes" y aplicaba a favor de cada uno solo en el evento que uno o todos ellos tuvieran que cancelar de su peculio alguna suma de cargo de la sociedad. No era, como se afirma, para garantizar pago de las acciones cedidas por la Convocante a la sociedad FAJARDO MORENO y CIA., o, a la persona que indicara el Dr. ANDRÉS FAJARDO VALDERRAMA.*

*De la sola lectura de dicha cláusula se infiere su intencionalidad. La transcribo:*

(...)

*Además de que no se instrumentaba pagaré en blanco y solo a favor de la señora SILVIA ELENA para garantizar el pago de la cesión o venta o transferencia de sus acciones, vale decir, que el mismo no fue necesario otorgar a favor de ninguna de las nombradas cedentes por*

00641

*cuanto ninguna resultó ser Codeudora Solidaria de FAJARDO MORENO Y CIA. S.A. ni de ningún (sic) otro de los Accionistas Cedentes o Terceros no cedentes de la sociedad, amén que la señora SILVIA ELENA, en particular, no era, ni fue Representante Legal ni Suplente de éste, ni obligada cambiaria en ninguna operación de comercio propia de la sociedad Convocante y adquirente de sus acciones.*

*Esta obligación se hizo innecesaria cumplir y así fue acordado por todos, visto y atendido el hecho cierto, que las tres cedentes: madre e hijas, no tenían compromisos solidarios con la empresa, ni de los socios con ellas.*

*Y prueba de la modificación voluntaria y recíproca de la cláusula o se (sic) su no vigencia, es y fue, que hasta la fecha de hoy, ninguna de las cedentes han sido "...requeridas por cualquiera de los acreedores a favor de quienes FAJARDO MORENO Y CÍA S.A." y/o sus accionistas crearon pagarés les hubieran suscrito y aceptado títulos iguales"*

Con relación al punto que se examina, el testigo PABLO ESTEBAN RUIZ M., manifestó (cfr. folio 410 del expediente):

**"PREGUNTADO:** De las notas que a usted le dieron para hacer los borradores y finalmente los documentos finales, ¿a usted le dejaron dicho o le informaron que el pago de las sumas por las acciones a transferir, o sea, los 700.000.000 de pesos, iban a llevar alguna garantía real o especial, prendaria, o alguna otra solidaridad de un tercero frente a doña Silvia? **CONTESTÓ:** No, nunca se habló de eso, realmente, la única garantía que se puso sobre la mesa fue algo que, digamos, que con poco tecnicismo, se conocían como pagarés espejos. Me explico, como las... Me voy a concretar en Silvia, como Silvia dejaba de ser representante legal, pero siendo representante legal, había firmado pagarés y ciertos documentos, muchos de esos, posiblemente a título personal, lo que se habló fue que se le iba a dar una garantía, un pagaré que ella podía hacer exigible única, exclusivamente en el evento de que un tercero le llegara a hacer un cobro a ella de alguno de esos pagarés, que como representante legal o accionista hubiera firmado, o sea, realmente era un pagaré de respaldo para ella. Sobre los 700.000.000 de pesos, nunca se habló de una garantía, nunca se habló de un pagaré, nunca se habló de una hipoteca, nunca se habló de nada de eso, lo único es que se dijo que entre las partes se debería de buscar la forma en la cual se le iba a pagar esa suma única y estática de dinero."

Al examinar el tenor literal de la disposición contractual transcrita -numeral 2º, de la Cláusula Cuarta (cfr. folio 37), del denominado "ACUERDO PRIVADO", suscrito por las partes, el día 12 de marzo de 2.014-, deducimos que, en efecto, FAJARDO MORENO Y CIA. S.A., asumió la obligación de suscribir en favor de la señora SILVIA ELENA FAJARDO VALDERRAMA (y otras personas ajenas al presente proceso arbitral), un pagaré en blanco, con su respectiva carta de instrucciones, el cual, a juicio de este Tribunal, sólo podía ser llenado y eventualmente presentado para el cobro, en el evento en que dicha Señora tuviera que cancelar obligaciones a cargo

00642

de FAJARDO MORENO Y CIA. S.A., lo cual resulta enteramente lógico, habida cuenta del pasado de la convocante como accionista y directiva de la referida sociedad.

Tal interpretación se ratifica al observar lo manifestado por el testigo PABLO ESTEBAN RUIZ M., especialmente cuando afirma que: *"lo que se habló fue que se le iba a dar una garantía, un pagaré que ella podía hacer exigible única, exclusivamente en el evento de que un tercero le llegara a hacer un cobro a ella de alguno de esos pagarés, que como representante legal o accionista hubiera firmado, o sea, realmente era un pagaré de respaldo para ella"*.

El Tribunal no encuentra de recibo el argumento del apoderado de los demandados, en el sentido de que *"Esta obligación se hizo innecesaria cumplir y así fue acordado por todos, visto y atendido el hecho cierto, que las tres cedentes: madre e hijas, no tenían compromisos solidarios con la empresa, ni de los socios con ellas"*, máxime cuando tal afirmación no encuentra respaldo alguno, ni documental, ni testimonial, ni tampoco de los interrogatorios absueltos por las partes se deduce en manera alguna.

En lo que sí le asiste razón al Señor apoderado de los convocados, es que con tal título valor no se pretendió garantizar el pago de las acciones, (supuesto que no consta en la cláusula contractual anteriormente transcrita), lo que igualmente ratifica el testigo Ruiz, cuando manifiesta: *"Sobre los 700.000.000 de pesos, nunca se habló de una garantía, nunca se habló de un pagaré, nunca se habló de una hipoteca, nunca se habló de nada de eso, lo único es que se dijo que entre las partes se debería de buscar la forma en la cual se le iba a pagar esa suma única y estática de dinero"*.

Para el Tribunal era (y sigue siendo) obligación a cargo de FAJARDO MORENO Y CIA. S.A., suscribir en favor de la señora SILVIA ELENA FAJARDO VALDERRAMA, pagaré en blanco con carta de instrucciones, que le sirva a la primera de garantía o respaldo, en el evento en que dicha Señora llegue a tener que pagar una obligación de FAJARDO MORENO Y CIA. S.A., y/o que tuviere como origen sus vínculos pasados con la referida sociedad. A eso se comprometió la citada compañía, según consta en el numeral 2º, de la Cláusula Cuarta (cfr. folio 37), del denominado "ACUERDO PRIVADO", suscrito por las partes, el día 12 de marzo de 2.014.

Resulta entonces necesario examinar, si la conducta omisiva en que ha incurrido la sociedad convocada, tiene relevancia jurídica suficiente, en el presente proceso arbitral; veamos:

La pretensión 10.1, del escrito provocador del presente Tribunal Arbitral, es del siguiente tenor:

**"10.1 Declárese el incumplimiento por parte de la sociedad FAJARDO MORENO Y CIA S.A. y/o de ANDRES FAJARDO VALDERRAMA, de los compromisos contractuales contraídos en virtud de la celebración de los acuerdos privados celebrados los días 24 de Diciembre de 2013 y 12 de Marzo de 2014, frente al pago del valor de las 240 acciones que les fueron enajenadas por SILVIA ELENA FAJARDO VALDERRAMA vinculadas al capital social de FAJARDO VALDERRAMA Y CIA. S.A."**

00643

Obsérvese que en la pretensión transcrita, la apoderada de la convocante pretende deducir el incumplimiento por parte de los convocados, en forma vaga e imprecisa, pues habla en general de "compromisos contractuales contraídos en virtud de la celebración de los acuerdos privados celebrados los días 24 de Diciembre de 2013 y 12 de Marzo de 2014", sin determinar en forma clara y precisa, cuáles son los hechos generadores de ese supuesto incumplimiento; en la pretensión, no establece vínculo alguno entre la particular conducta omisiva de la sociedad convocada -consistente en la no suscripción del pagaré-, con el pretendido incumplimiento; adicionalmente, supedita o relaciona ese supuesto incumplimiento, al pago del valor de las 240 acciones que les fueron enajenadas por SILVIA ELENA FAJARDO VALDERRAMA; y, como si lo anterior fuera poco, en el hecho 8, afirma que existe incumplimiento de FAJARDO MORENO Y CIA. S.A., porque "no suscribió pagaré con carta de instrucciones para garantizar el pago de la obligación contraída frente a la adquisición de las acciones cedidas por SILVIA ELENA FAJARDO VALDERRAMA", cuando ya hemos demostrado que el referido pagaré tenía una finalidad absolutamente diferente.

Por las razones expuestas en precedencia, este Tribunal no puede declarar el incumplimiento fundamentado en la conducta omisiva de la sociedad convocada, consistente en la no suscripción del pagaré en blanco con carta de instrucciones, pues, de hacerlo, atentaría contra el principio de congruencia, incurriendo en una de las modalidades de lo que se conoce como *fallo extrapetita*.

En este punto, del caso es recordar lo manifestado por el Consejo de Estado, en Sentencia del 29 de septiembre de 2.015, Magistrada Ponente MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA:

*"Sobre el principio de congruencia de la sentencia, la Sala ha señalado lo siguiente:*

*Este principio de congruencia de la sentencia, exige de una parte que exista armonía entre la parte motiva y la parte resolutive de la misma, lo que se denomina congruencia interna, y de otra, que la decisión que ella contenga, sea concordante con lo pedido por las partes, tanto en la demanda como en el escrito de oposición, denominada congruencia externa, es decir, se tome la decisión conforme se ha marcado la controversia en el proceso.*

*Cuando en una providencia judicial no se respeta el principio de la congruencia, se incurre en lo que la doctrina ha llamado fallo "ultrapetita" que consiste en reconocer un mayor derecho que el invocado por el demandante, "extrapetita": cuando se reconoce un derecho que no ha sido reclamado o se reconoce un derecho reclamado o se acoge la pretensión pero por una causa diferente o deducida de hechos no alegados, y "minimuspetita": cuando se omite el pronunciamiento sobre una de las pretensiones.*

*Con el cumplimiento de este principio fundamental, se busca no solo la protección del derecho de las partes a obtener una decisión judicial que dé certeza jurídica al asunto que se ha puesto a consideración de un juez, sino que se salvaguarde el derecho de defensa de la contraparte, quien ha dirigido su actuación a controvertir los*

*argumentos y hechos expuestos en la demanda (...)*". (Subrayas y negrillas fuera del texto).

#### **4.8 DE LAS TACHAS A LOS TESTIMONIOS PROPUESTAS POR EL APODERADO DE LOS CONVOCADOS:**

En forma confusa y contradictoria, el apoderado de los convocados propuso la siguiente tacha:

##### ***"5) TACHA POR SOSPECHOSOS DE LOS TESTIGOS DEL DEMANDADO***

*Desde ahora manifiesto a usted respetuosamente, con fundamento en los artículos (sic) 211 del C. G. del P., que tacho por sospechosos, dependientes y (sic) imparciales (sic), los testimonios de los ciudadanos que petitiona citar el actor en su escrito el demandado. La razón: el parentesco con el actor, la dependencia comercial, laboral y de amistad con el demandado, circunstancias todas que hacen impropia, inverosímil y poco áticas (sic) sus versiones."*

Sea lo primero manifestar, que no entiende el Tribunal a quién o a quiénes tacha el distinguido apoderado, como testigos sospechosos. En el título del acápite, dice que a *los testigos del demandado* (es decir, a los testigos de la parte que él representa); más adelante, manifiesta: "... *tacho por sospechosos, dependientes y (sic) imparciales (sic), los testimonios de los ciudadanos que petitiona citar el actor en su escrito el demandado.*"

El artículo 211 del Código General del Proceso, establece:

*"ARTÍCULO 211. Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas.*

*La tacha deberá formularse con expresión de las razones en que se funda. El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso."*

Si lo que pretende el Señor apoderado de los convocados, es tachar sus propios testigos (¿?), es menester recordarle lo manifestado al respecto por la H. Corte Constitucional, en Sentencia C-790 de 2.006, con ponencia del Magistrado Álvaro Tafur Galvis:

*"La interpretación del actor parte del supuesto errado de que la norma debe abrir un espacio para refutar los actos de la misma parte que solicita la prueba, pues ello desconoce la estructura del proceso civil y la lógica misma de los derechos de contradicción y defensa, ya que éstos no están previstos para proteger a las partes de sus propios actos procesales, sino como garantía frente a los que provienen del juez o de la contraparte.*



*En consecuencia, es válido que la norma tenga como presupuesto que cada parte persigue su propio interés al solicitar la declaración de un testigo, dentro de la libertad que tiene para escoger sus propios medios de prueba, **y que, por ello, la tacha de los testigos se predica solamente respecto de los solicitados por la contraparte o por el juez.***" (Subrayas y negrillas propias)

Si la farragosa tacha se dirige en contra de los testigos citados al proceso por la parte convocante, debe tenerse en cuenta que los testigos citados al proceso por la accionante (cfr. folio 221 y 298 del expediente), fueron los señores SERGIO Y RODRIGO FAJARDO VALDERRAMA, y MARIO ALBERTO NOREÑA ÁNGEL, quienes también fueron citados al proceso, en calidad de testigos, por la parte convocada (cfr. folio 221 y 298 del expediente).

Este Tribunal no puede desconocer la estructura propia y lógica de los procesos y el ejercicio de los derechos de defensa y contradicción que cada parte tiene frente a la otra, motivos suficientes para compartir íntegramente lo manifestado por la H. Corte Constitucional, por lo que se deja claro, desde ya, que para este Tribunal **no prosperan las tachas propuestas por el apoderado de la parte convocada en contra de sus propios testigos**, pues si éste ha escogido indebidamente sus medios de prueba, debe asumir las consecuencias de su actuar y no se constituye legítimo atentar en contra de sus propios actos, u obtener un beneficio de la culpa que recae sobre sí mismo, lo anterior en consonancia con el principio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, que bien conoce el apoderado de los convocados.

#### **4.9 EXAMEN DE LAS PRETENSIONES, EN CONTRASTE CON LO DECIDIDO:**

Aunque ya se ha manifestado a lo largo de esta providencia, cuáles pretensiones han resultado prósperas y por qué motivo, en aras de la claridad que debe tener el presente laudo arbitral, volveremos a enunciar, una a una, las pretensiones del escrito genitor y manifestaremos si las mismas han resultado prósperas o imprósperas.

##### **4.9.1 DE LAS PRETENSIONES QUE HAN RESULTADO IMPRÓSPERAS:**

La pretensión 10.1, es del siguiente tenor literal:

**"10.1 Declárese el incumplimiento por parte de la sociedad FAJARDO MORENO Y CIA S.A. y/o de ANDRES FAJARDO VALDERRAMA, de los compromisos contractuales contraídos en virtud de la celebración de los acuerdos privados celebrados los días 24 de Diciembre de 2013 y 12 de Marzo de 2014, frente al pago del valor de las 240 acciones que les fueron enajenadas por SILVIA ELENA FAJARDO VALDERRAMA vinculadas al capital social de FAJARDO VALDERRAMA Y CIA. S.A."**

Esta pretensión no prospera, por las razones expuestas al final del acápite "4.4 DEL CONFLICTO Y DE SU SOLUCIÓN". Igualmente no prospera, por las razones

00646

expuestas al final del acápite "4.7 DE LAS GARANTÍAS QUE DEBÍA OTORGAR LA PARTE COMPRADORA, EN FAVOR DE LA VENDEDORA".

Las pretensiones 10.3, y 10.4, fueron planteadas así en el escrito de demanda:

*"10.3 Ordénesele a **ANDRES FAJARDO VALDERRAMA y/o FAJARDO MORENO Y CIA S.A.**, el pago de los intereses corrientes causados entre el **24 de Marzo de 2014** y el **07 de Febrero de 2017**, en la suma de **\$40.176.967,00**, correspondientes al capital definido en la suma de **Setecientos Millones de Pesos M.L. (\$700.000.000,00)**, fecha vinculada a la firma del segundo acuerdo privado de compraventa de las **240 acciones** adquiridas por los demandados."*

*"10.4 Condénese a la firma **FAJARDO MORENO Y CIA S.A.** y/o **ANDRES FAJARDO VALDERRAMA**, al pago de los intereses corrientes, a la tasa fijada trimestralmente por la **Superintendencia Financiera de Colombia**, durante el período transcurrido entre el **08 de Febrero de 2017**, hasta el día en que se profiera el laudo arbitral que ponga fin al proceso."*

Estas pretensiones no prosperan, por las razones expuestas a lo largo de esta providencia, especialmente por lo manifestado al final del acápite "4.4 DEL CONFLICTO Y DE SU SOLUCIÓN", y por las razones expuestas en el acápite "4.6 DE LOS INTERESES DEPRECADOS POR LA ACCIONANTE."

#### **4.9.2 DE LAS PRETENSIONES QUE HAN RESULTADO PRÓSPERAS:**

Las pretensiones distinguidas con los numerales 10.2 y 10.5 de la demanda, son del siguiente tenor literal:

*"10.2 Declárese la **existencia y exigibilidad a partir de la ejecutoria del laudo**, de la obligación dineraria contraída por **ANDRES FAJARDO VALDERRAMA y/o la sociedad FAJARDO MORENO Y CIA S.A.**, a favor de **SILVIA ELENA FAJARDO VALDERRAMA**, derivada de la compraventa de **240 acciones** y ordénesese el pago a su favor de la suma capital correspondiente a **SETECIENTOS MILLONES DE PESOS M.L. (\$700.000.000,00)**."*

*"10.5 Ordénesese el pago de los intereses de mora liquidados a la tasa máxima legal permitida, causados desde la fecha de ejecutoria del laudo arbitral, hasta el día en que se produzca la satisfacción plena de la obligación económica."*

Estas pretensiones han salido avante, por las razones expuestas a lo largo de esta providencia, especialmente por lo expuesto en el acápite "4.4 DEL CONFLICTO Y DE

SU SOLUCIÓN", y por las razones expuestas en el acápite "4.6 DE LOS INTERESES DEPRECADOS POR LA ACCIONANTE."

Es necesario precisar que las anteriores pretensiones triunfan, únicamente respecto de la sociedad FAJARDO MORENO Y CIA. S.A., pues con relación al señor ANDRÉS FAJARDO VALDERRAMA, todas las pretensiones fracasan, tal como se ha advertido en el acápite 4.3 de esta providencia.

Finalmente, como pretensión distinguida con el numeral 10.6, la accionante solicitó:

**"10.6 Condénese en costas a los demandados FAJARDO MORENO Y CIA S.A. y/o ANDRES FAJARDO VALDERRAMA."**

Habida cuenta que han prosperado parcialmente las pretensiones de la actora -pero únicamente con relación a la sociedad FAJARDO MORENO Y CIA. S.A.-, de conformidad con lo establecido en el Código General del Proceso, en su artículo 365, numeral 1, habrá de condenarse en costas, únicamente, a la referida sociedad.

#### **4.10 EXAMEN DE LAS EXCEPCIONES DE MÉRITO, EN CONTRASTE CON LO DECIDIDO:**

Habida consideración del éxito parcial de las pretensiones de la demanda, pero referidas única y exclusivamente en lo que respecta a la sociedad FAJARDO MORENO Y CIA. S.A., es insoslayable para el Tribunal estudiar si en el proceso se estructuró algún medio exceptivo que enerve o impida el acogimiento de aquellas.

En la contestación de la demanda, el apoderado de los convocados inmediatamente antes de entrar a proponer las respectivas excepciones de mérito (cfr. folio 212 del expediente), plantea lo siguiente:

#### **"OPOSICION A LAS PRETENSIONES:**

*Como apoderado judicial de la sociedad y persona natural convocadas, le manifiesto señor Arbitro, respetuosamente, que me opongo expresamente a las pretensiones declarativas y a las condenas suplicadas en la demanda por la Convocante y por el valor del capital, por el valor de los intereses corrientes entre el 24-03-2014 y el 07-02-2017, por los intereses corrientes desde 07-02-2014 y hasta la fecha del Laudo Arbitral y por los intereses de mora que se causen a partir de la ejecutoria del Laudo Arbitral hasta la fecha de pago total, por razón de que la Convocante no ha respetado el propio Acuerdo en el que se expresa que se pagará la "suma única y total de SETECIENTOS MILLONES DE PESOS (\$700.000.000.00) y en "la forma, y bajo las condiciones que entre ellos se convenga, para lo cual deberán suscribir acuerdo" (i); no ha agotado completamente lo dispuesto en la cláusula compromisoria" relativo a la obtención de la decisión mayoritaria de los miembros que suscriben el presente acuerdo de marzo 12 de 2014 (ii); tampoco la Convocante ha buscado aproximar, con ajuste en el contrato, una conciliación judicial con los Convocados o*

00648

*allanado siquiera a un acuerdo prejudicial (iii); Los Convocados afirman que cumplió en exceso y pretendido cumplir el contrato inicial y en ese propósito han remitido a la Convocante varios proyectos de acuerdo de pago sin éxito alguno (iv); Al haber incumplido la Convocante con las cargas propias y previas para acceder ha llamado arbitral, no cabe declarar el incumplimiento de los contratos y tampoco dictar condenas en concreto por daño emergente y lucro cesante, más costas y gastos del proceso arbitral (v); Porque no están dadas las condiciones contractuales, sustanciales y adjetivas para que opere y sea competente el Tribunal de Arbitramento para dirimir el conflicto (vi); y, por las demás razones de derecho y de hecho que se infieren del contrato y del proceso, con fundamento en la prueba que milita en el juicio y en la que se adosará al mismo (vii).*

Entiende el Tribunal que todos y cada uno de los aspectos que constan en el párrafo transcrito, ya han sido revisados a lo largo del presente proceso arbitral y resueltos implícita o explícitamente.

Corresponde ahora, examinar, una a una, las excepciones propuestas por la parte convocada, así:

**4.10.1.** La primera excepción propuesta, fue la siguiente:

***"1) FALTA DE LEGITIMACION SUSTANCIAL EN LA CAUSA POR ACTIVA Y POR PASIVA, ESTA ÚLTIMA, EN RELACION AL DR. ANDRES FAJARDO VALDERRAMA".***

Ya se manifestó en el acápite 4.3, que, para el Tribunal, el señor ANDRÉS FAJARDO VALDERRAMA, es una persona completamente ajena al contrato de compraventa celebrado entre la señora SILVIA ELENA FAJARDO VALDERRAMA, y la sociedad FAJARDO MORENO Y CIA. S.A.; allí mismo se explicó en extenso, la razón de ello. En consecuencia, se declara probada esta excepción, pero únicamente en lo que respecta al señor ANDRÉS FAJARDO VALDERRAMA; es decir, ha resultado probada la "falta de legitimación sustancial en la causa, por pasiva", en relación al referido Señor.

Ahora bien, con respecto a la argüida "falta de legitimación sustancial en la causa por activa", encuentra el Tribunal que la misma ha quedado absolutamente desvirtuada; recordemos que la legitimación en la causa es un elemento esencial que corresponde a la calidad o al derecho que tiene una persona para formular las pretensiones de la demanda, como sujeto de la relación jurídica sustancial. Ha quedado suficientemente probado que la señora SILVIA ELENA FAJARDO VALDERRAMA sí celebró un contrato de compraventa de acciones con la sociedad FAJARDO MORENO Y CIA. S.A.; de esta manera debe concluirse que dicha Señora tiene la posibilidad de reclamar el derecho invocado en la demanda, frente a la referida sociedad. A este Tribunal no le cabe duda alguna que la señora SILVIA ELENA FAJARDO VALDERRAMA se encuentra plenamente legitimada para dirigir sus pretensiones en contra de FAJARDO MORENO Y CIA. S.A., en virtud del contrato de compraventa celebrado entre ellos, lo cual se ratifica, necesariamente, al haber resultado prósperas varias de las pretensiones contenidas en el escrito genitor.

00649

**4.10.2** La segunda excepción propuesta por la parte convocada, fue:

**"2) AUSENCIA DE CAUSA PROCESAL PARA PEDIR EN RELACION A LA SOCIEDAD FAJARDO MORENO Y AL DR. ANDRES FAJARDO VALDERRAMA".**

Habiendo resultado probada la excepción denominada "FALTA DE LEGITIMACIÓN SUSTANCIAL EN LA CAUSA POR PASIVA", referida al señor ANDRÉS FAJARDO VALDERRAMA, no se hace necesario examinar las excepciones en lo que respecta al citado señor, por lo que, en adelante, el examen de las mismas se limitará única y exclusivamente, a lo que tenga que ver con la sociedad FAJARDO MORENO Y CIA. S.A.

Para el Tribunal, no hay ausencia de causa procesal para pedir, en relación a la sociedad FAJARDO MORENO Y CIA. S.A., habida cuenta que quedó plenamente establecido que la señora SILVIA ELENA FAJARDO VALDERRAMA, sí está legitimada sustancialmente en la causa, por lo que absurdo sería manifestar que no hay ausencia de causa procesal para pedir, en contra de la sociedad citada.

Ahora bien, si lo que quiso decir el apoderado de la parte convocada, es que con relación a la convocante no existe "legitimación en la causa de hecho", tal afirmación entraña en sí misma un absoluto contrasentido, toda vez que se está necesariamente haciendo referencia a la relación procesal existente entre demandante y sociedad demandada, vínculo que nace con la presentación de la demanda y con la notificación del auto admisorio de la demanda, lo que se traduce en la facultad que tienen los sujetos litigiosos para intervenir en el trámite del proceso y para ejercer sus derechos de defensa y de contradicción, lo que han hecho ambas partes en el curso del presente proceso arbitral. Al revisar y establecer la existencia de los presupuestos procesales, ya se resolvió, implícitamente, esta excepción.

Por las razones expuestas, no prospera esta excepción.

**4.10.3** La siguiente, fue la tercera excepción propuesta:

**"3) PETICION ANTES DE TIEMPO".**

Esta excepción se entiende probada, bajo el entendido de que la obligación de pagar los \$700.000.000,00, es una obligación de cargo exclusivo de FAJARDO MORENO Y CIA. S.A., completamente ajena al señor ANDRÉS FAJARDO VALDERRAMA; y de que a la fecha de la presente providencia, es inexigible, por las razones ampliamente expuestas en el acápite "4.4 DEL CONFLICTO Y DE SU SOLUCIÓN"; consecuentemente, ha enervado las pretensiones distinguidas con los numerales 10.1, 10.3 y 10.4 de la demanda.

El Tribunal, no encuentra de recibo como fundamento de esta excepción, el "exótico requisito de procedibilidad", pactado por las partes y que denominaron "decisión de las mayorías", por las razones expuestas en el acápite 4.5 de esta providencia. Tampoco comparte como fundamento de la misma, "que la obligación es únicamente pagar \$700.000.000,00", por las razones expuestas en el acápite 4.6.

00650

**4.10.4** La cuarta excepción propuesta es del siguiente tenor literal:

**"4) CUMPLIMIENTO DE CONTRATO"**

Esta excepción se encuentra probada, por las razones expuestas en los acápites 4.4 y 4.6, del presente laudo; consecuentemente, ha enervado la pretensión distinguida con el numeral 10.1, de la demanda.

**4.10.5** La quinta excepción propuesta, fue la siguiente:

**"5) AUSENCIA DE PRUEBA SOBRE EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES"**

Esta excepción se encuentra probada, por las razones expuestas en los acápites 4.4 y 4.6, del presente laudo; consecuentemente, ha enervado la pretensión distinguida con el numeral 10.1, de la demanda.

**4.10.6** Como sexta excepción, la parte convocante propuso:

**"6) EXCEPCION "NEMO AUDITOR PROPIAM TURPITUDINEM ALLEGANS":**

*La fundamento en el art. 63 y 1515 y s.s. del Código Civil y la explico:*

*Definida ésta "máxima según la cual nadie puede alegar la propia torpeza ni el dolo o la culpa propia a su favor" procede aplicar al caso de autos, por expreso reconocimiento y confesión judicial del actor.*

*Es culpa grave, negligencia grave, o culpa lata, equivalente al dolo en materia civil, que el Estado no puede acolitar por expresa prohibición legal y constitución (art. 83 C.N. y art. 63 del ordenamiento civil).*

*La Convocante y su apoderada, sin reato moral alguno, para enervar el pago de la mayor cantidad en kilogramos diseñada, fabricada y montada o por montar en la obra de su propiedad, acude al expediente más fácil, pero que entraña mayor reproche moral y social, cual es de invocar que los Convocados "incumplieron" los Acuerdos o Contratos, porque no ha abonado ni pagado el valor adeudado y sus intereses corrientes no pactados expresamente.*

*Esto, a no dudarlo, no solo es inmoral, sino que se torna caprichoso e ininteligible en personas de la edad, la experiencia y la diversidad comercial que enseñan la quejosa arbitral y su apoderada, hecho que se advierte e intelige más como un abuso del derecho y como una pretensión de enriquecimiento ilícito o enriqueciendo sin causa, que al*

*ejercicio ordinario de un derecho. Es palmario el "abuso del derecho".*

*Demandar, aduciendo incumplimiento para el no pago del capital más unos intereses corrientes no pactados, cuando las mismas partes no han llegado a acuerdo de pago escrito alguno, es señal inequívoca de este propósito abusivo y doloso, más, si se trata de la propia hermana del señor ANDRES FAJARDO y de una persona que fue accionista de la sociedad, que fue beneficiada como socia, por la simple voluntad del padre común: RAUL FAJARDO MORENO.*

*Por el dolo que afirma alevosamente la actora y su apoderada, mal haría el Estado en prohijar su derecho mediante un Laudo Arbitral adverso. Las Convocadas, antes que incumplir, confeccionaron varios proyectos de acuerdo de pago sin éxito alguno, han pagado todas las obligaciones de FAJARDO MORENO Y CIA S.A. en procura de mantener la imagen familiar y social y comercial; han vivido muchas necesidades en el solo deseo de honrar la palabra y los contratos, etc, etc.*

*Si hubo cumplimiento del actor y/o propósito palmario de cumplir Contratante, mal puede reclamar un derecho u obligación sin vencimiento cierto y menos pretender el cobro de obligaciones accesorias no convenidas con ninguno de los cedentes.*

Se ha transcrito en su integridad el fundamento de esta excepción, toda vez que el Tribunal encuentra esta excepción bastante confusa; apartes de la fundamentación resultan bastante extraños (v.gr., "La Convocante y su apoderada, sin reato moral alguno, para enervar el pago de la mayor cantidad en kilogramos diseñada, fabricada y montada o por montar en la obra de su propiedad, acude al expediente más fácil ... )"; igualmente, a juicio de este fallador, no hay una verdadera relación de correspondencia entre el "título de la excepción", y el fundamento de la misma.

Considera el Tribunal que no hubo y no ha habido "propósito abusivo o doloso", ni en la convocante, ni en su apoderada, ni que sea "palmario el abuso del derecho", lo cual se patentiza en la prosperidad de varias de sus pretensiones.

Los documentos allegados al proceso, donde consta la voluntad contractual, **suscritos por la convocante y por los convocados**, les generaron una serie de dudas y ocasionaron disímiles interpretaciones; por tales motivos, entiende el Tribunal, que la convocante decidió acudir a la justicia arbitral para que decidiera en derecho la controversia, lo que en efecto se hace con el presente laudo arbitral.

Consecuencialmente con lo dicho, esta confusa excepción no prospera.

**4.10.7** La séptima excepción propuesta, fue la siguiente:

**"7) BUENA FE PRECONTRACTUAL, CONTRACTUAL Y POST-  
CONTRACTUAL DEL CONTRATISTA EN OPOSICIÓN A LA MALA  
FE DEL CONTRATISTA.**

*La fundamento y explico así:*

00652

*Se fundamenta en el hecho cierto que la demandada, a la fecha de contrato y durante su ejecución, no solo tiene suficiente capacidad patrimonial para cumplir con sus obligaciones, sino que siempre obró y obra de muy buena fe. Por esto, hasta hoy, la Convocante no ha tenido demandas civiles o comerciales en su contra derivadas de obligaciones suscritas por ella y de responsabilidad de la sociedad FAJARDO MORENO Y CIA. S.A.. Esta tampoco ha recibido ningún reproche por su devenir comercial y empresarial.*

*Le asiste la buena fe comercial pues todos sus actos fueron y están prevalidos de esa buena fe comercial precontractual, contractual y post-contractual y lo ha hecho con el debido lleno de los requisitos sustanciales y formales”.*

Esta excepción ha resultado probada, en lo que se refiere a la buena fe de la parte convocada.

Con relación a la mala fe que se le endilga “al contratista” (¿?), si lo que quiso decir el apoderado de los convocados es “mala fe de la parte accionante”, no encuentra este Tribunal causa o motivo alguno para imputarle mala fe a dicha parte; el excepcionante tampoco manifiesta en qué se patentiza esa mala fe de la convocante.

Reiteramos lo manifestado en el punto anterior:

Considera el Tribunal que no hubo y no ha habido “propósito abusivo o doloso”, ni en la convocante, ni en su apoderada, ni que sea “palmario el abuso del derecho”, lo cual se patentiza en la prosperidad de varias de sus pretensiones.

Los documentos allegados al proceso, donde consta la voluntad contractual, **suscritos por la convocante y por los convocados**, les generaron una serie de dudas y ocasionaron disímiles interpretaciones; por tales motivos, entiende el Tribunal, que la convocante decidió acudir a la justicia arbitral para que decidiera en derecho la controversia, lo que en efecto se hace con el presente laudo arbitral.

En consecuencia, no prospera la excepción en lo que respecta a la mala fe de la parte convocante, que le endilga la parte convocada.

**4.10.8** Como octava excepción, la parte convocada propuso la siguiente:

**"8) PRESCRIPCIÓN:**

*Se fundamenta y explica así:*

*Ante esta infundada acción judicial, que no acredita por parte alguna el origen o causa de la "supuesta" obligación reclamada: "incumplimiento", me permito indicar que por el paso del tiempo ha operado el fenómeno de la prescripción."*

El artículo 2535 del Código Civil, define la prescripción extintiva, de la siguiente manera:



00653

*"ART. 2535.- La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones.*

*Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible."*

Obsérvese lo que indica el último inciso de la norma transcrita: El tiempo necesario que debe transcurrir para que se extinga un derecho ajeno, debe contarse a partir de la fecha en que la obligación se ha hecho exigible.

Como la obligación de la sociedad FAJARDO MORENO Y CIA. S.A., de pagar la suma de \$700.000.000,00, a la señora SILVIA ELENA FAJARDO VALDERRAMA, aún no se ha hecho exigible, mal puede hablarse entonces de que haya sucedido el fenómeno de la prescripción extintiva. En este mismo sentido se pronunció la H. Corte Suprema de Justicia, en Sentencia del 7 de noviembre de 1.977:

*"... Siendo esto así, el término de prescripción de su derecho no puede empezar a correr antes de que pueda ejercitarlo. Lo cual es conforme con lo que dispone el segundo inciso del artículo 2535 del Código Civil que al establecer que la prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso durante el que no se hayan ejercido dichas acciones, precisa que se cuente este tiempo desde que la obligación se hizo exigible, es decir, que aun en el caso de que la obligación haya nacido a la vida del derecho, mientras no sea exigible, mientras no se pueda demandar su cumplimiento, no empieza a correr el término descriptivo".*

En consecuencia, no prospera esta pretensión.

**4.10.9** La novena excepción propuesta, fue la siguiente:

**"9) LA GENÉRICA:**

*La fundamentación y explico así:*

*Cualquier hecho o excepción que se demuestre en este proceso se declare en virtud del principio de legalidad."*

En estricta técnica jurídica, la doctrina y la jurisprudencia coinciden que la mal denominada "excepción genérica", no es, en sí misma, una excepción, sino que lo que hace quien la propone, no es más que pedirle al juez, que cumpla con su obligación legal y declare las excepciones que encuentre probadas en el curso del proceso, tal como lo ordena el artículo 282 del Código General del Proceso, salvo las que deben ser expresamente alegadas por la parte (compensación, prescripción y nulidad relativa).

Bien lo manifiesta el Profesor Hernán Fabio López Blanco, en su obra "CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO PARTE GENERAL", Dupré editores, 2.017, páginas 606 y 607:

00654

*"Oponerse es excepcionar o, en otras palabras, cuando excepciono me opongo, así como no podemos aceptar que el demandante ejerza adecuadamente el derecho de acción cuando afirma un derecho en abstracto, tampoco está ejerciendo el derecho de contradicción el demandado que se opone de igual forma, es decir cuando su conducta se limita a negar la pretensión contra él dirigida, por cuanto debemos recordar que ambas son pretensiones y que éstas siempre deben basarse en hechos.*

*Ciertamente, si yo afirmo que no existe el derecho pretendido o niego los hechos, sin determinar exactamente los motivos de tal posición, estoy a mitad de camino; procesalmente tal conducta es indiferente, pues decir que no existe el derecho es tanto como afirmar que existe; como tesis que son, lo que admite controversia es su sustentación y no la simple enunciación. Insisto: sólo cuando excepciono realmente me estoy oponiendo; excepción y oposición son conceptos consustanciales y no admiten distinción alguna en el campo de la dinámica del proceso, en la que resulta vacía e innecesaria la diferenciación planteada.*

*Si yo me opongo es porque tengo algún motivo para rechazar, total o parcialmente, las pretensiones o los hechos y esos motivos concretados son las excepciones perentorias en cualquiera de sus modalidades."*

Bajo lo dicho en precedencia, no prospera esta excepción y así se declarará en la parte resolutive del presente laudo.

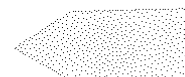
#### **4.11 DE LAS COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO:**

De acuerdo con los artículos 280 y 361 del Código General del Proceso, y atendiendo a lo resuelto, el Tribunal condenará a pagar las costas del proceso, así:

##### **4.11.1 COSTAS A CARGO DE FAJARDO MORENO Y CIA. S.A. Y A FAVOR DE SILVIA ELENA FAJARDO VALDERRAMA:**

**4.11.1.1 Agencias en derecho:** Para la fijación de las agencias en derecho se tendrá como referente lo dispuesto por el Acuerdo PSAA16 -10554 de 5 de agosto de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura, y especialmente lo establecido en los artículos segundo y quinto de dicho Acuerdo, por lo que se condena a **FAJARDO MORENO Y CIA. S.A.** a pagar a la convocante como agencias en derecho el 5% del valor de la condena líquida impuesta en el laudo. Ascienden las agencias en derecho a la suma de \$35.000.000.

**4.11.1.2 Gastos procesales:** Como la parte convocada asumió la totalidad de los horarios y gastos del proceso arbitral, y no existe constancia de que **FAJARDO**



00655

**MORENO Y CIA. S.A.** le haya reembolsado lo pagado, se condenará a **FAJARDO MORENO Y CIA. S.A.** a pagar a la demandante el 75% de los gastos totales del proceso, que ascendieron a la suma de \$50.172.000, razón por la cual se condena a la sociedad **FAJARDO MORENO Y CIA. S.A.** a pagar a la demandante por concepto de gastos del proceso la suma de \$37.629.000.

**4.11.2 COSTAS A CARGO DE SILVIA ELENA FAJARDO VALDERRAMA Y A FAVOR DE ANDRÉS FAJARDO VALDERRAMA:**

**4.11.2.1 Agencias en derecho:** Como quiera que las pretensiones formuladas por la demandante en contra de **ANDRÉS FAJARDO VALDERRAMA** no prosperaron, se condenará a la demandante a pagarle las agencias en derecho, en cuantía equivalente al 5% de las pretensiones incoadas en su contra, que según el juramento estimatorio realizado por la parte demandante ascendía a la suma de \$740.176.967, razón por la cual las agencias en derecho en contra de la demandante y a favor del señor **ANDRÉS FAJARDO VALDERRAMA** ascienden a la suma de \$37.008.848.

**4.11.1.2 Gastos procesales:** Como las pretensiones formuladas por la demandante en contra del señor **ANDRÉS FAJARDO VALDERRAMA** no prosperaron, se estima que la demandante debería asumir la porción de gastos y honorarios por **ANDRÉS FAJARDO VALDERRAMA**, en criterio del Tribunal en un 25% de los gastos del proceso, que ascendieron a la suma de \$50.172.000, para un total de \$12.543.000.

Sin embargo, como no existe constancia que el señor **ANDRÉS FAJARDO VALDERRAMA** haya asumido pago alguno por concepto de los gastos y honorarios fijados en este Tribunal de Arbitramento, no se condenará a la demandante a pagarle al señor **ANDRÉS FAJARDO VALDERRAMA** los gastos del proceso.

**4.12 CONTRIBUCIÓN ESPECIAL ARBITRAL:**

La Ley 1743 del 26 de diciembre de 2014, reglamentada a través del Decreto 272 de 2015, creó la Contribución Especial Arbitral, como una contribución parafiscal, a cargo de los árbitros y de los secretarios y con destino a la Rama Judicial, que se genera cuando se profiere el laudo.

Como la demanda con la que se inició este proceso arbitral se presentó el 5 de mayo de 2016, esto es, en vigencia de la Ley 1743 de 2014 y atendiendo a la tarifa de la referida contribución, prevista en el art. 21 ibídem, se descontará el 2% de los honorarios causados a favor del árbitro y del secretario, los que serán consignados a órdenes del Consejo Superior de la Judicatura, conforme al siguiente detalle:

Cuenta bancaria	Nombre de la Cuenta	Número de la Cuenta	Numero de Convenio
Banco Agrario	CSJ-Contribución Especial Arbitral – CUN	3-0820-000634-1	13475

00656

**DECISIÓN:**

En mérito de lo expuesto, este TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la ley y habilitación de las partes,

**FALLA:**

**PRIMERO:** Se declara probada la excepción denominada "FALTA DE LEGITIMACIÓN SUSTANCIAL EN LA CAUSA POR PASIVA, EN RELACIÓN AL SEÑOR ANDRÉS FAJARDO VALDERRAMA"; en consecuencia, se absuelve a la referida persona natural, de la totalidad de las pretensiones de la demanda.

**SEGUNDO:** Por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, se declara impróspera la pretensión 10.1 de la demanda, cuyo texto es el siguiente:

*"10.1 Declárese el incumplimiento por parte de la sociedad **FAJARDO MORENO Y CIA S.A. y/o de ANDRES FAJARDO VALDERRAMA**, de los compromisos contractuales contraídos en virtud de la celebración de los acuerdos privados celebrados los días **24 de Diciembre de 2013** y **12 de Marzo de 2014**, frente al pago del valor de las 240 acciones que les fueron enajenadas por **SILVIA ELENA FAJARDO VALDERRAMA** vinculadas al capital social de **FAJARDO VALDERRAMA Y CIA. S.A.**".*

**TERCERO:** Por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, se declaran imprósperas las pretensiones 10.3 y 10.4 de la demanda, cuyo texto es el siguiente:

*"10.3 Ordénesele a **ANDRES FAJARDO VALDERRAMA y/o FAJARDO MORENO Y CIA S.A.**, el pago de los intereses corrientes causados entre el **24 de Marzo de 2014** y el **07 de Febrero de 2017**, en la suma de **\$40.176.967,00**, correspondientes al capital definido en la suma de **Setecientos Millones de Pesos M.L. (\$700.000.000,00)**, fecha vinculada a la firma del segundo acuerdo privado de compraventa de las **240 acciones** adquiridas por los demandados."*

*"10.4 Condénese a la firma **FAJARDO MORENO Y CIA S.A. y/o ANDRES FAJARDO VALDERRAMA**, al pago de los intereses corrientes, a la tasa fijada trimestralmente por la **Superintendencia Financiera de Colombia**, durante el período transcurrido entre el **08 de Febrero de 2017**, hasta el día en que se profiera el laudo arbitral que ponga fin al proceso"*

**CUARTO:** Por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, se declara la existencia de la obligación dineraria de SETECIENTOS MILLONES DE PESOS M.L. (\$700.000.000,00), contraída por la sociedad FAJARDO MORENO Y CIA. S.A., a favor de SILVIA ELENA FAJARDO VALDERRAMA, y se ordena que la primera pague a la segunda, la suma de SETECIENTOS MILLONES DE PESOS M.L.

00657

(\$700.000.000,00), obligación que será exigible una vez el presente laudo arbitral cobre firmeza por haber quedado debidamente ejecutoriado.

**QUINTO:** Se ordena a la sociedad FAJARDO MORENO Y CIA. S.A., a reconocer y a pagar, en favor de SILVIA ELENA FAJARDO VALDERRAMA, respecto de la suma de SETECIENTOS MILLONES DE PESOS M.L. (\$700.000.000,00), los intereses de mora, liquidados a la tasa máxima legal permitida, causados desde la fecha de ejecutoria del presente laudo arbitral y hasta el día de su solución o pago efectivo.

**SEXTO:** Por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, se declaran probadas las excepciones denominadas: "PETICIÓN ANTES DE TIEMPO"; "CUMPLIMIENTO DE CONTRATO"; "AUSENCIA DE PRUEBA SOBRE EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES" (bajo el entendido que están referidas al contrato de compraventa de acciones, -que no al contrato de promesa-), y "BUENA FE PRECONTRACTUAL, CONTRACTUAL Y POST-CONTRACTUAL", ésta última, referida en lo que respecta a la parte convocada.

**SÉPTIMO:** Por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, se declaran no probadas las excepciones denominadas: "FALTA DE LEGITIMACIÓN SUSTANCIAL EN LA CAUSA POR ACTIVA"; "AUSENCIA DE CAUSA PROCESAL PARA PEDIR"; "EXCEPCION -NEMO AUDITOR PROPIAM TURPITUDINEM ALLEGANS-"; "MALA FE DEL CONTRATISTA", referida a la convocante; "PRESCRIPCIÓN"; y "LA GENÉRICA".

**OCTAVO:** Por las razones expuestas en la parte motiva del presente laudo arbitral, se declara que no prospera la tacha a los testigos, propuesta por la parte convocada.

**NOVENO:** Se condena en costas a la sociedad FAJARDO MORENO Y CIA S.A., en favor de la señora SILVIA ELENA FAJARDO VALDERRAMA, así: **Agencias en derecho:** \$35.000.000. **Gastos procesales:** \$37.629.000, para un total por concepto de costas procesales a favor de la demandante y en contra de **FAJARDO MORENO Y CIA. S.A.** de \$72.629.000.

**DÉCIMO:** Se condena en costas a la señora SILVIA ELENA FAJARDO VALDERRAMA y en favor del señor ANDRÉS FAJARDO VALDERRAMA, así: **Agencias en derecho:** \$37.008.848.

**DÉCIMO PRIMERO:** Se ordena expedir copias auténticas del presente laudo a las partes.

**DÉCIMO SEGUNDO:** Se ordena descontar el DOS POR CIENTO (2%) de los honorarios causados a favor del árbitro y del secretario, los que serán consignados a órdenes del Consejo Superior de la Judicatura, conforme al siguiente detalle:

Cuenta bancaria	Nombre de la Cuenta	Número de la Cuenta	Numero de Convenio
Banco Agrario	CSJ-Contribución Especial Arbitral - CUN	3-0820-000634-1	13475

**DÉCIMO TERCERO:** Se ordena rendir cuentas de lo recibido como pago de honorarios y gastos del proceso.

00058

**DÉCIMA CUARTA:** Ordénase la inscripción del presente laudo en el correspondiente registro (si a ello hubiere lugar), y el posterior archivo del expediente en el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, tal como lo establece el artículo 47 de la ley 1563 de 2.012.

El presente laudo se notifica en estrados -audiencia celebrada el día viernes veinticuatro (24) de noviembre de dos mil diecisiete (2.017)-.

El Árbitro,



**CHRISTIAN SALGADO MURILLO**

El Secretario,



**CARLOS ESTEBAN GÓMEZ DUQUE**

**PROCESO ARBITRAL PROMOVIDO SILVIA ELENA FAJARDO VALDERRAMA EN  
CONTRA DE LA SOCIEDAD FAJARDO MORENO Y CÍA. S.A. Y ANDRES FAJARDO  
VALDERRAMA**

**Radicado No. 2016 A 047**

Medellín, veinticuatro (24) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)

En la fecha, a las dos y treinta de la tarde (2:30 p.m.), oportunidad previamente señalada y notificada a las partes por el Tribunal, en las dependencias del Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, sesionó con la finalidad de llevar a cabo la audiencia de laudo prevista en el Art. 33 de la Ley 1563 de 2012.

Se hicieron presentes los doctores **CHRISTIAN SALGADO MURILLO**, árbitro único; la doctora **ÁNGELA INÉS PELAEZ ARANGO**, en su calidad de apoderada de la parte convocante; el doctor **JOSÉ ELÍAS ARAQUE GUTIERREZ**, en su calidad de apoderado de la parte convocada, y **CARLOS ESTEBAN GÓMEZ DUQUE**, secretario.

En cumplimiento del deber impuesto en el inciso final del artículo décimo de la Ley 1563 de 2012, el Secretario informó que como la primera audiencia de trámite tuvo lugar el día 25 de mayo de 2017, y que el proceso estuvo suspendido entre el 31 de mayo de 2017 y el 13 de junio de 2017, ambas fechas inclusive, hasta la fecha han transcurrido cinco (5) meses y quince (15) días del proceso arbitral.

**DESARROLLO DE LA AUDIENCIA**

El Árbitro Único leyó la parte resolutive del laudo.

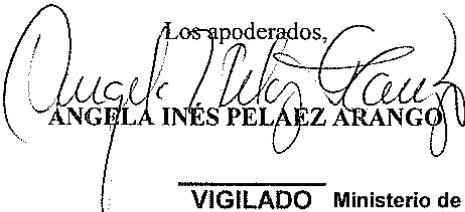
Se entregó la primera copia autentica del laudo, con la constancia de prestar merito ejecutivo en los términos del Art. 114 del Código General del Proceso, a la apoderada de la parte demandante. Se entregó copia auténtica del laudo al apoderado de la parte demandada.

Se recuerda a los apoderados, que según lo dispuesto en el Auto No. 14 del 14 de noviembre de 2017 (fls. 563-565), en el evento de ser necesario, por así solicitarlo alguna de las partes, o por disponerlo de oficio el Tribunal, la audiencia para adicionar, corregir o aclarar el laudo, se llevará a cabo el día 6 de diciembre de 2017 a las 2:30 p.m.

**Lo resuelto queda notificado en estrados.**

Cumplido lo anterior se dio por finalizada la sesión, y se firma la presente acta por los asistentes a la misma.

El Árbitro  
  
**CHRISTIAN SALGADO MURILLO**

Los apoderados,  
  
**ÁNGELA INÉS PELAEZ ARANGO**



JOSÉ ELÍAS ARAQUE GUTIÉRREZ

El Secretario,



CARLOS ESTEBAN GÓMEZ DUQUE