

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA - IDEA -
Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA.

1

LAUDO ARBITRAL

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA -IDEA-.

Vs.

ASFALTOS Y VÍA LTDA.

Medellín, cinco (05) de diciembre de dos mil doce (2012)

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

**TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA – IDEA –
Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA.**

2

LAUDO ARBITRAL

ABREVIATURAS Y EXPRESIONES:

En el presente laudo, estas serán las abreviaturas y expresiones que usará el Tribunal:

1. Tribunal de arbitramento instaurado por EL INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA –IDEA- en contra de ASFALTOS Y VIAS LTDA.: **El (el) – Al (al) Tribunal.**
2. Instituto para el Desarrollo de Antioquia: **IDEA.**
3. Asfaltos y Vías LTDA.: **ASFALTOS.**
4. Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P.- Hidroeléctrica EPM-Ituango S.A. E.S.P.: **HPI S.A. E.S.P. o la Hidroeléctrica.**
5. Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín: **El (el) Centro.**

CONFORMACION DEL EXPEDIENTE

Dada la gran cantidad de cuadernos, carpetas y elementos informáticos que componen el expediente, considera el Tribunal pertinente relacionarlos, así:

NUMERO DE CUADERNO	NOMBRE	NUMERO DE FOLIOS
	Cuaderno Principal	667
Cuaderno 1	Anexos Reconversión	293
Cuaderno 2	Documentos Inspección Hidroituango	138
Cuaderno 3	Dictámenes	315
Cuaderno 4	Prueba Oral	163
Cuaderno 5-1	Supersociedades	350
Cuaderno 5-2	Supersociedades	379
Cuaderno 5-3	Supersociedades	616
Cuaderno 6	Laudo	106

NUMERO DE CARPETA	NOMBRE	NUMERO DE FOLIOS
Carpeta 1	Inspección Judicial IDEA - Inversiones en Renta variable Hidroituango S.A. Capitalizaciones I	198
Carpeta 2	Inspección Judicial IDEA - Inversiones en Renta variable Hidroituango S.A. Capitalizaciones I	214
Carpeta 3	Inspección Judicial IDEA - Inversiones en Renta variable Hidroituango S.A. Inversiones en Renta Variable	205
Carpeta 4	Inspección Judicial IDEA - Inversiones en Renta variable Hidroituango S.A. Correspondencia Informes	167

**TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA - IDEA -
Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA.**

3

	I	
Carpeta 5	Inspección Judicial IDEA - Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P. Actas y Documentos Reuniones Junta Directiva	272
Carpeta 6	Inspección Judicial IDEA - Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. Actas de Junta Directiva	232
Carpeta 7	Inspección Judicial IDEA - Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. Copia de títulos nuevos a partir de junio 9 de 2009	205
Carpeta 8	Inspección Judicial Idea, Contrato 0384, Excavar S.A.	88
Carpeta 9	Inspección Judicial Idea, Contrato 0397, Conhydra S.A E.S.P.	126
Carpeta 10	Inspección Judicial Idea, Contrato 0372, Ingeniería Total Ltda.	91
Carpeta 11	Inspección Judicial Idea, Contrato 0391, Engico Ltda.	86
Carpeta 12	Inspección Judicial Idea, Contrato 0368, Servicio de Ingeniería, Equipos y Tierras siete Ltda.	76
Carpeta 13	Inspección Judicial Idea, Contrato 0386, Asfaltadora Colombia Ltda.	85
Carpeta 14	Inspección Judicial Idea, Contrato 0379, Rafael Ignacio Molina Arango	62
Carpeta 15	Inspección Judicial Idea, Contrato 419 y 316. Topco S.A.	78
Carpeta 16	Inspección Judicial Idea, Contrato 444, Servicios de Ingeniería Ltda.	94
Carpeta 17	Inspección Judicial Idea, Contrato 442 y 317, Ramírez y Cia. S.A.	64
Carpeta 18	Inspección Judicial Idea, Contrato 442 y 317 Ramírez y Cia. S.A.	64
Carpeta 19	Inspección Judicial Idea, Contrato 437 y 323, Serie	79

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA – IDEA –
Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA .**

4

	Ingenieros Ltda.	
Carpeta 20	Inspección Judicial Idea, Contrato 381 y 325, Paula Andrea Gómez Posada	64
Carpeta 21	Inspección Judicial Idea, Contrato 0553, Megaproyectos S.A.	84
Carpeta 22	Inspección Judicial Idea, Contrato 563, Inmobiliaria Calle 21	67
Carpeta 23	Inspección Judicial Idea, Contrato 427, Constructora Precomprimidos S.A.	95
Carpeta 24	Inspección Judicial Idea, Contrato 403, Asesoría, Diseños y Construcción S.A.	108
Carpeta 25	Inspección Judicial Idea, Contrato 495, Conytrac S.A.	102
Carpeta 26	Inspección Judicial Idea, Contrato 353 y 436, Perfilar Construcciones S.A.	59
Carpeta 27	Inspección Judicial Idea, Contrato 0392, Arquitectos e Ingenieros Asociados	88
Carpeta 28	Inspección Judicial Idea, Contrato 0374, Trainco S.A.	119
Carpeta 29	Inspección Judicial Idea, Contrato 401, Styma S.A.	87
Carpeta 30	Inspección Judicial Idea, Contrato 399 y 329, Inmel S.A.	70
Carpeta 31	Inspección Judicial Idea, Contrato	
Carpeta 32	Inspección Judicial Idea, Contrato 443, Alberto Gómez y Cia. Ltda.	73
Carpeta 33	Inspección Judicial Idea, Contrato 380 y 326, M y Z S.A.	72
Carpeta 34	Inspección Judicial Idea, Contratos 376 y 322, Magma S.A.	70
Carpeta 35	Inspección Judicial Idea, Contratos 387, Explanan	104

**TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA - IDEA -
Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA.**

5

	S.A.	
Carpeta 36	Inspección Judicial Idea, Contratos 0396, Unión Eléctrica S.A.	84
Carpeta 37	Inspección Judicial Idea, Contrato 0398, Inversiones M. G. y Cia. Ltda.	83
Carpeta 38	Inspección Judicial Idea, Contrato 0367, Promotora San Angel S.A.	108
Carpeta 39	Inspección Judicial Idea, Contratos 347 y 432, Zapata Lopera S.A.	67
Carpeta 40	Inspección Judicial Idea, Contrato 400, Ingeniería y Contratos Ltda.	103
Carpeta 41	Inspección Judicial Idea, Contratos 331 y 378, Cobaco S.A.	74
Carpeta 42	Inspección Judicial Idea, Contrato 433, Diseño y Construcciones civiles - Diconci- S.A.	59
Carpeta 43	Inspección Judicial Idea, Contrato 440, Pablo Alberto Espinoza y Cia. Ltda.	79
Carpeta 44	Inspección Judicial Idea, Contrato 0398, Incivilco S.A.	103
Carpeta 45	Inspección Judicial Idea, Contrato 0373, Maquinaria y Construcciones Ltda.	74
Carpeta 46	Inspección Judicial Idea, Contrato 0385, Base y Anclajes Ltda.	93
Carpeta 47	Inspección Judicial Idea, Contrato 0366, CNV Construcciones S.A.	70
Carpeta 48	Inspección Judicial Idea, Contrato 0390, Latinoamericana de Construcciones S.A.	83
Carpeta 49	Inspección Judicial Idea, Contrato 0393, Vías S.A.	90
Carpeta 50	Inspección Judicial Idea, Contrato 0363, Integral S.A.	124
Carpeta 51	Inspección Judicial Idea,	254

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA - IDEA -
Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA.**

6

	Contrato 0377,El Cóndor S.A.	
Carpeta 52	Inspección Judicial Idea, Junta Directiva, Sesión 008, Agosto 2010	9
Carpeta 53	Inspección Judicial Idea, Dctos Descargados QFdocumentHidroituango	61
Carpeta 54	Inspección Judicial Idea, Junta Directiva, Sesión 001, Febrero 2008	82
Carpeta 55	Inspección Judicial Idea, Contabilidad	169
Carpeta 56	Inspección Judicial Idea, Junta Directiva, Sesión 004, Marzo 2009	79
Carpeta 57	Inspección Judicial Idea, Junta Directiva, Sesión 010, Octubre 2010	19
Carpeta 58	Inspección Judicial Idea, Junta Directiva, Sesión 002, Marzo 2008	11
Carpeta 59	Inspección Judicial Idea, Junta Directiva, Sesión 002, Enero 2009	67
Carpeta 60	Inspección Judicial Idea, Junta Directiva, Sesión 003, Febrero 2009	17
Carpeta 61	Inspección Judicial Idea, Contrato 402, Constructora Ecco S.A.	94
Carpeta 62	Inspección Judicial Idea, Junta Directiva, Sesión 011, Noviembre 2010	17
Carpeta 63	Inspección Judicial Idea, Junta Directiva, Sesión 009, Junio 2009	15
Carpeta 64	Inspección Judicial Idea, Junta Directiva, Sesión 005, Abril 2009	65
Carpeta 65	Inspección Judicial Idea, Junta Directiva, Sesión No Presencial 001, Enero 2009	32
Carpeta 66	Inspección Judicial Idea, Junta Directiva, Sesión Ordinaria 013, Octubre 2008	51
Carpeta 67	Inspección Judicial Idea, Junta Directiva, Sesión	54

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA - IDEA -
Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA.**

7

	011, Septiembre 2008	
--	----------------------	--

Adicional a todo lo anterior, existe en el proceso una (1) caja, cuyo contenido es todo lo relacionado con la experticia informática, así;

EQUIPO	DESCRIPCION	CANTIDAD
Linksys Wireless-N Home Router, Mod. WRT120N	Caja Contiene: 1) Cable para toma de energía. 2) Cable de energía del Router 3) CD de instalación. 4) Router y 4) Cable azul	1
Hitachi, Tauro. disco Duro Externo de 3 Teras	Caja Contiene: 1) Disco Duro Externo Tauro Desk pro. 2) Cable USB 3) Cable para toma de energía	2
Memoria USB Data Traveler 109	Memoria USB de 16 GB	2, una de ellas en regular estado
Block en blanco de papel carta	Block en blanco de papel carta	1
Studmark	Paquete de Sticky Notes. 75 mm x 75mm, Sin abrir	1
Collar para colgar USB		2
Marcadores	Negro (1) y Verde (1)	2
CD's Vírgenes		8
CD's	Hiren's Bootcd 15.1	2, uno de ellos dice MALO.
Kilométrico	Lapiceros Tinta negra	3
CD	Prueba Oral	1

LAUDO ARBITRAL

CAPITULO I EL PROCESO

A.- ANTECEDENTES

EL CONTRATO QUE DIO LUGAR AL PROCESO ENTRE EL INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA –IDEA contra ASFALTOS Y VIAS LTDA.: IDEA y la sociedad ASFALTOS celebraron, en julio de 2008, contrato de compraventa para la trasferencia al IDEA de 12.983 acciones ordinarias, suscritas y pagadas, que ASFALTOS Y VÍAS LTDA. poseía en la sociedad HPI S.A. E.S.P., contrato titulado "**CONTRATO DE COMPRAVENTA DE ACCIONES SUSCRITO ENTRE EL INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA – IDEA- Y ASFALTOS Y VIAS LIMITADA**".

PARTES PROCESALES: Las partes son personas jurídicas, regularmente constituidas y acreditaron en legal forma su existencia y representación, mediante los documentos que, en relación con cada una de ellas, obran en el expediente:

CONVOCANTE PRINCIPAL: El IDEA, es una entidad descentralizada del orden departamental, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, creada por la Honorable Asamblea Departamental de Antioquia mediante Ordenanza N° 013 de 1964, adicionada por la Ordenanza N° 14 de 1996 y por el Decreto 321 de 1984 e identificada con el NIT 890.980.179-2; representada al momento de presentarse la demanda por el Señor Álvaro Vásquez Osorio.

CONVOCADA PRINCIPAL: ASFALTOS, empresa privada, del orden de las limitadas, con domicilio principal en el Municipio de Girardota, Antioquia, constituida y existente de conformidad con las leyes de la República de Colombia, mediante escritura pública N° 342 del 17 de febrero de 1993 de la Notaría 7° del Círculo de Medellín e identificada con el NIT 800.191.397-6, representada al momento de presentarse la demanda por el Señor Jorge Iván Pastor Álvarez.

CAPACIDAD: Las sociedades convocante y convocada, en su condición de personas jurídicas válidamente constituidas y legalmente existentes, tienen capacidad para transigir.

PACTO ARBITRAL: El contrato (en el documento N° 0388 de 28 de julio de 2008), estipuló en la cláusula décima el pacto arbitral, cuyo texto es el siguiente:

"CLAUSULA DECIMA: CLAUSULA COMPROMISORIA: Las partes deciden que cualquier diferencia que no pueda resolverse entre ellas se someterá a la decisión de un Tribunal de arbitramento, designado para tal efecto por la Cámara de Comercio de Medellín, Tribunal que se regirá por la Ley 446 de 1998, Decreto 1818 de 1998 y por todas las disposiciones aplicables al caso."(Negritas del Tribunal)

ARBITROS: El 21 de julio de 2010, la Jefe de la Unidad de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, doctora María del Pilar Vásquez Ochoa, citó a las partes para "reunión de nombramiento de árbitros", la cual se llevó a cabo el día 28 de julio

**TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA – IDEA –
Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA .**

9

de 2010, a las 2:30 de la tarde en las instalaciones de la Unidad de Arbitraje.¹ A la citada reunión, asistieron los doctores Juan Carlos Ledezma Maturana en representación del IDEA, según poder entregado en la misma reunión y el doctor Juan Esteban Sanín Gómez, en representación de ASFALTOS; igualmente asistió el representante legal de la sociedad convocada, Señor Jorge Iván Pastor Álvarez.

Las partes, en el desarrollo de la reunión, decidieron ellas mismas nombrar los árbitros para resolver su controversia, modificando así la cláusula compromisoria en su aparte "... designado para tal efecto por la Cámara de Comercio de Medellín..." y nombraron a los siguientes árbitros, principales y suplentes²:

ARBITROS PRINCIPALES	ARBITROS SUPLENTE
Luis Gabriel Botero Peláez	Jorge Parra Benítez
Juan Diego Restrepo Rueda	Andrés Velásquez Giraldo
María Cristina Duque Correa	Luis Guillermo Rodríguez

Una vez informados por el Centro del nombramiento como árbitros principales³, la doctora Duque Correa y el doctor Restrepo Rueda⁴ manifestaron su aceptación, mientras el doctor Botero Peláez comunicó que era representante judicial del IDEA en un proceso ante la jurisdicción contencioso administrativa⁵, agregando que el nombramiento solo sería procedente si las partes insistían en él de común acuerdo. Ante esta situación, el apoderado de ASFALTOS manifestó que "... *considero pertinente optar por nombrar... a su suplente personal,*"⁶ quedando el Tribunal compuesto, hasta ese momento, por los doctores Duque, Parra (pues notificado éste de las designación aceptó oportunamente⁷) y Restrepo.

Posteriormente, el 8 de septiembre de 2010⁸, el árbitro Restrepo presentó un escrito manifestando

"... la posibilidad de existir una situación que podría llegar a afectar la confianza en su imparcialidad en el proceso, toda vez que actualmente es apoderado de la CONVOCANTE, INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA – IDEA, en sendos procesos cuyos radicados son:

- *Juzgado Primero Civil del Circuito de Apartadó (Ant.), Rad 0029-2009, IDEA Vs. EDUCOOP*
- *Juzgado Promiscuo del Circuito de Cisneros (Ant.), Rad 0011-2009, IDEA Vs. MUNICIPIO DE GUADALUPE..."*

Debido a lo anterior, los restantes árbitros, de común acuerdo con los apoderados de las partes y el agente del Ministerio Público⁹, decidieron remover al árbitro Restrepo y llamar a su suplente, doctor Andrés Velásquez Giraldo, quien fue notificado de la designación el día

¹ Cuaderno principal, Folios 38-40

² Cuaderno principal, folios 43 y 44

³ *Ibidem*, folio 46.

⁴ *Ibidem*, folios 54 y 55.

⁵ *Ibidem*, folio 47.

⁶ *Ibidem*, folio 49.

⁷ *Ibidem*, Folio 58

⁸ *Ibidem*, Folio 69.

⁹ *Ibidem*, folio 74.

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA – IDEA –
Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA.**

10

21 de octubre de 2010¹⁰ y aceptó el 22 de octubre del mismo año¹¹, quedando finalmente integrado el Tribunal por los árbitros Duque Correa, Parra Benítez y Velásquez Giraldo.

LAUDO EN DERECHO, LUGAR DE FUNCIONAMIENTO DEL TRIBUNAL, DURACIÓN DEL PROCESO: Por no obrar disposición de las partes expresada en el pacto arbitral, el presente laudo habrá de proferirse en derecho. La sede para el funcionamiento del Tribunal estuvo ubicada en las instalaciones del Centro, Avenida Oriental (Cra. 46) N° 52-82 de la misma ciudad de Medellín. Como las partes no establecieron el término de duración del proceso, éste fue de seis (6) meses.

B.- TRAMITE INICIAL

APODERADOS: Por tratarse de un arbitramento en derecho, las partes comparecieron al proceso arbitral representadas por abogados, según lo dispone el Artículo 118 de la Ley 446 de 1998 (Art. 122, Inc. 2° Decreto 1818 de 1998).

La parte convocante (IDEA) estuvo representada por la doctora MARISOL OROZCO GIRALDO, como apoderada principal y como apoderado sustituto el doctor JUAN CARLOS LEDEZMA, siendo ambos sustituidos posteriormente por la doctora LUZ NATALIA ESCOBAR MARULANDA; la parte convocada (ASFALTOS), estuvo representada por el doctor JUAN ESTEBAN SANIN GOMEZ, sustituido por un breve periodo de tiempo por el doctor CAMILO ANDRES MARIN ACOSTA, según poderes especiales conferidos por las partes y que obran en el expediente.

INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL: El Centro de Arbitraje citó inicialmente a las partes, a los árbitros y al agente del Ministerio Público para audiencia de instalación del Tribunal¹², sin que ella se llevara a cabo, por la remoción del árbitro Restrepo y la necesidad de citar, a través de la Secretaría del Centro, al suplente de éste.

Posteriormente, el día 28 de octubre de 2010¹³ el Centro citó nuevamente a las partes, a los árbitros y al agente del Ministerio Público con la misma finalidad, para el día 05 de noviembre de 2010 y, en presencia de todos los citados, se dio legal instalación al Tribunal de Arbitramento promovido por **EL INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA – IDEA** en contra de la sociedad **ASFALTOS Y VIAS LTDA.**

En la mencionada audiencia de instalación se le dio posesión del cargo de Secretario del Tribunal al abogado MATEO DUQUE FISHER y se le reconoció personería para actuar en el proceso a los apoderados de las partes.

LA DEMANDA Y LA RECONVENCIÓN: El día 10 de junio de 2010, el IDEA, por conducto de apoderado especial, solicitó la convocatoria de este Tribunal al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia mediante memorial contentivo de la demanda, la cual fue admitida mediante auto emitido en la audiencia de instalación del 05 de noviembre de 2010. En virtud de esta misma providencia, se notificó personalmente la

¹⁰ *Ibidem*, folio 85.

¹¹ *Ibidem*, folio 86.

¹² *Ibidem*, folios 64-68.

¹³ *Ibidem*, folios 90-94.

**TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA – IDEA –
Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA .**

11

demanda al apoderado de la sociedad convocada, ASFALTOS, en los términos de los artículos 428 y concordantes del Código de Procedimiento Civil.

El 22 de noviembre de 2010, estando dentro del término legal y por conducto de su apoderado especial, ASFALTOS respondió¹⁴ la demanda presentada por IDEA, se opuso a la “... prosperidad de todas y cada una de las pretensiones” allí deprecadas y formuló sus excepciones de mérito; del escrito correspondiente se corrió traslado el 04 de febrero de 2011.¹⁵

El mismo día en que ASFALTOS respondió la demanda, presentó demanda de reconvencción¹⁶ e igualmente, una solicitud de llamamiento en garantía¹⁷, a fin que la sociedad HPI S.A. E.S.P. fuera llamada al proceso.

Dada la cantidad de reformas y sustituciones que presentó ASFALTOS, tanto a la demanda de reconvencción como al llamamiento en garantía, el Tribunal resume las actuaciones mencionadas, así:

1. **29 de noviembre de 2010:** ASFALTOS sustituyó la demanda de reconvencción y presentó escrito de medidas cautelares.¹⁸
2. **06 de diciembre de 2010:** Por auto notificado el 09 de diciembre del mismo año, el Tribunal inadmitió la demanda de reconvencción solicitando cumplimiento de requisitos¹⁹.
3. **16 de diciembre de 2010:** ASFALTOS presentó demanda de reconvencción donde dice cumplir requisitos.²⁰
4. **25 de enero de 2011:** Auto de rechazo de demanda de reconvencción²¹, el cual fue notificado el 26 de enero, pero, ante un error del secretario en la notificación del mencionado auto, se volvió a notificar el 01 de febrero. En la misma fecha, se notificó el auto de inadmisión de llamamiento en garantía²².
5. **28 de enero de 2011:** ASFALTOS presentó solicitud de aclaración y ampliación contra el auto de rechazo de demanda de reconvencción²³.
6. **28 de enero de 2011:** ASFALTOS presentó sustitución de demanda de reconvencción, la cual sería la posteriormente admitida por el Tribunal²⁴.

¹⁴ Ibidem, folio 99.

¹⁵ Ibidem, folio 309.

¹⁶ Ibidem, folio 132.

¹⁷ Ibidem, folio 119.

¹⁸ Ibidem, folio 165 y 304.

¹⁹ Ibidem, folio 204.

²⁰ Ibidem, folio 209.

²¹ Ibidem, folio 262.

²² Ibidem, folio 259.

²³ Ibidem, folio 312.

²⁴ Ibidem, folio 272.

**TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA – IDEA –
Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA.**

12

7. **04 de febrero de 2011:** Auto que admitió la demanda de reconvencción, notificado el 08 de febrero.²⁵
8. **04 de febrero de 2011:** Se le dio traslado al IDEA de las excepciones, auto que se notificó el 08 de febrero.²⁶
9. **04 de febrero de 2011:** Auto mediante el cual el Tribunal se negó a aclarar y ampliar el auto de rechazo de demanda de reconvencción, auto notificado el día 16 de febrero.²⁷
10. **04 de febrero de 2011:** ASFALTOS solicitó nuevamente aclaración y ampliación contra el auto de rechazo de demanda de reconvencción²⁸.
11. **08 de febrero de 2011:** ASFALTOS presentó llamamiento en garantía de acuerdo al auto que lo inadmitió.²⁹
12. **16 de febrero de 2011:** Por haberse ya decidido, Tribunal no aclaró y ordenó devolver el escrito al memorialista, auto que se notificó el 18 de febrero³⁰.
13. **16 de febrero de 2011:** Auto que rechazó el llamamiento en garantía, auto que se notificó el 18 de febrero³¹.
14. **21 de febrero de 2011:** ASFALTOS solicitó aclarar y ampliar el auto de rechazo de llamamiento en garantía³².
15. **22 de febrero de 2011:** IDEA respondió demanda de reconvencción y presentó excepciones³³.
16. **24 de febrero de 2011:** Se corrió traslado a ASFALTOS de las excepciones, por auto que se notificó el 28 de febrero³⁴.
17. **28 de febrero de 2011:** El Tribunal se negó a ampliar y aclarar auto de rechazo de llamamiento en garantía³⁵.

²⁵ *Ibidem*, folio 308.

²⁶ *Ibidem*, folio 309.

²⁷ *Ibidem*, folio 310.

²⁸ *Ibidem*, folio 312.

²⁹ *Ibidem*, folio 318.

³⁰ *Ibidem*, folio 334.

³¹ *Ibidem*, folio 335.

³² *Ibidem*, folio 338.

³³ *Ibidem*, folio 341.

³⁴ *Ibidem*, folio 372.

³⁵ *Ibidem*, folio 373.

**TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA – IDEA –
Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA .**

13

18. **03 de marzo de 2011:** ASFALTOS, acorde con el auto de traslado de excepciones, pidió pruebas adicionales³⁶.
19. **03 de marzo de 2011:** ASFALTOS presentó sustitución de llamamiento en garantía³⁷.
20. **09 de marzo de 2011:** ASFALTOS presentó recurso de reposición contra auto de rechazo de llamamiento en garantía³⁸.
21. **14 de marzo de 2011:** Se concedió traslado al IDEA del recurso de reposición³⁹.
22. **22 de marzo de 2011:** El Tribunal rechazó la petición de sustitución de llamamiento en garantía, no repuso auto y fijó fecha para audiencia de gastos y honorarios⁴⁰.
23. **25 de marzo de 2011:** ASFALTOS presentó recurso de reposición contra el rechazo del llamamiento en garantía⁴¹.
24. **28 de marzo de 2011:** Se confirió traslado al IDEA del recurso de reposición⁴².
25. **30 de marzo de 2011:** IDEA se pronunció sobre el recurso de reposición⁴³.
26. **11 de abril de 2011:** El Tribunal NO repuso auto⁴⁴.
27. **10 de agosto de 2011:** ASFALTOS presentó nueva reforma a la demanda de reconvencción⁴⁵.
28. **22 de agosto de 2011:** El Tribunal notificó personalmente a la apoderada del IDEA de la reforma a la demanda de reconvencción y le hizo entrega de los traslados respectivos⁴⁶.
29. **29 de agosto de 2011:** IDEA respondió la reforma a la demanda de reconvencción y presentó excepciones de mérito.
30. **31 de agosto de 2011:** Se corrió traslado a ASFALTOS del escrito de excepciones⁴⁷.

³⁶ Ibidem, folio 377.

³⁷ Ibidem, folio 379.

³⁸ Ibidem, folio 402.

³⁹ Ibidem, folio 406.

⁴⁰ Ibidem, folio 407.

⁴¹ Ibidem folio 411.

⁴² Ibidem, folio 416.

⁴³ Ibidem, folio 417.

⁴⁴ Ibidem, folio 420.

⁴⁵ Ibidem, folio 454.

⁴⁶ Ibidem, folio 474.

⁴⁷ Ibidem, folio 482.

**TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA - IDEA -
Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA .**

14

CONCILIACIÓN: El 9 de mayo de 2011 se notificó a las partes, incluido el Señor Agente del Ministerio Público, la citación a la audiencia de conciliación (Art. 141 Decreto 1818 de 1998), programada para el día 12 de mayo de 2011, a las 10:30 A.M. La mencionada audiencia de conciliación fue suspendida por distintas razones y en varias ocasiones, siendo el principal motivo de suspensión conceder el tiempo requerido para que el Comité de Conciliación del IDEA estudiara la propuesta presentada por ASFALTOS en el sentido de llegar a un acuerdo conciliatorio por la suma de **QUINIENTOS SETENTA Y CUATRO MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS M/L (\$574'650.000,00)**⁴⁸, tal y como consta en escrito presentado en la secretaría del Centro de Arbitraje el 3 de junio de 2011 por parte del IDEA⁴⁹.

Finalmente, el 6 de julio de 2011⁵⁰ se llevó a cabo la continuación de la audiencia de conciliación, en donde el Tribunal otorgó la palabra a la apoderada del IDEA, quien manifestó que:

"NO EXISTE INTERES DE PARTE DE SU REPRESENTADA EN LOGRAR LA CONCILIACION EN LOS TERMINOS PROPUESTOS EN LA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN del pasado 26 de mayo de 2011..."

Adicionalmente, la señora Presidente del Tribunal preguntó a la apoderada del IDEA sobre si tenía facultades para conciliar sobre alguna otra fórmula, a lo cual manifestó que carecía de dichas facultades.

Por lo anterior, la conciliación resultó fallida, finalizando sin lograrse acuerdo alguno entre las partes sobre sus diferencias relativas al contrato de compraventa de acciones.

PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE: El Tribunal, en la continuación de la audiencia de conciliación, de fecha 06 de julio de 2011, notificó a las partes por estrados la fecha para llevar a cabo la primera audiencia de trámite, a realizarse el día 26 de julio de 2011 a las 2:30 de la tarde⁵¹.

En la audiencia, el Tribunal se declaró competente para "... conocer del presente asunto." y, con el fin de otorgar a las partes debidas garantías procesales, decidió suspender la audiencia ante la renuncia del apoderado CAMILO ANDRES MARIN ACOSTA, para ser ésta continuada el 11 agosto de 2011, a las 10:30 A.M., quedando lo anterior notificado en estrados⁵².

Antes de la continuación de la audiencia en la fecha programada, el 10 de agosto de 2011 se recibió en la secretaría del Centro de Arbitraje un escrito de ASFALTOS contentivo de nueva reforma a la demanda de reconvencción⁵³. Igualmente, la convocada principal otorgó poder al abogado Sanín Gómez, por lo que el Tribunal consideró aplazar la audiencia, fijándola para el 22 de agosto de 2011, a las 10:30 A.M., audiencia en donde la reconviniente debía presentar su memorial de reforma y se adoptarían las medidas a que hubiere lugar.

⁴⁸ *Ibidem*, Folio 434.

⁴⁹ *Ibidem*, folio 437.

⁵⁰ *Ibidem*, folios 440 y 442.

⁵¹ *Ibidem*, folio 443.

⁵² *Ibidem*, folio 452

⁵³ *Ibidem*, folio 454.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA – IDEA –
Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA.

15

Una vez reconocida la personería para actuar, el apoderado de ASFALTOS presentó escrito de reforma de la demanda de reconvención, el cual el Tribunal incorporó al expediente.

El Tribunal, antes de entrar a decidir sobre su competencia para estudiar y fallar cada una de las pretensiones formuladas en la demanda de reconvención reformada, solicitó al apoderado de ASFALTOS que en ese estado de la audiencia, explicara el alcance la pretensión undécima, cuyo texto es el siguiente⁵⁴:

“Decimoprimeramente: Que se condene al Instituto para el Desarrollo de Antioquia – IDEA– al pago de la indemnización de perjuicios causados a Asfaltos y Vías Ltda., los cuales se estiman bajo juramento en la suma de MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y CINCO MILLONES SETECIENTOS OCHENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS VEINTITRES PESOS CON CINCUENTA CENTAVOS (\$1.845.783.923,50) cifra que se obtiene de una estimación de las acciones de que Asfaltos y Vías Ltda. es legítimo propietario, multiplicado por \$36.854,50 que vale cada acción, o la suma mayor o proveniente de otra causa que aparezca probada en el proceso. (Negrillas y cursivas del Tribunal)”

La aclaración previa que se ordenó obedeció al hecho que en la “Tercera Pretensión consecuencial a la pretensión novena” se pidió, por la parte reconviniendo, que se ordenara el cumplimiento forzado de una prestación surgida de un contrato, relacionada con el pago de un precio, con indemnización de perjuicios, los cuales serían diferentes a los perjuicios reclamados en la pretensión copiada precedentemente. La ilustración requerida para el Tribunal consistía en la determinación de si los perjuicios a los que se aludía en una y otra pretensión eran diferentes y, por ende, la pretensión undécima era completamente autónoma.

Producido un receso, el apoderado aclaró al Tribunal:

“En relación con la solicitud de aclaración que hace el Tribunal, manifiesto que la pretensión Undécima realmente es una pretensión subsidiaria de la pretensión novena (9ª) y su ubicación dentro de la reforma a la demanda de reconvención sería como pretensión subsidiaria de la pretensión subsidiaria de la pretensión subsidiaria de la pretensión subsidiaria de la pretensión novena (9ª). De igual forma me permito aclarar que por un error de digitación el valor de la acción de la que hace referencia la pretensión décima (10ª) es la suma de \$36.854,50 y no \$36.840, para todos los fines se tendrá la cifra mencionada como la verdadera y pretendida.” (Subrayas y negrillas del Tribunal)

Una vez suministrada y aceptada la aclaración pedida, entró el Tribunal a ocuparse del estudio formal de la reforma a la reconvención, considerando que algunas de las pretensiones formuladas escapaban a su competencia, puesto que se refieren a situaciones que son objeto de otra relación jurídica (ASFALTOS – HPI S.A. E.S.P.) y de otra cláusula compromisoria distinta a la que da origen a este proceso, explica el Tribunal, así:

La pretensión intitulada “Segunda pretensión consecuencial a la subsidiaria de la pretensión novena” rogaba que:

*“... se declare que el Instituto para el Desarrollo de Antioquia – IDEA- ha **procedido a votar con las acciones de Asfaltos y Vías Ltda., en las reuniones posteriores a julio de 2009 de asamblea de accionistas de la sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P.**” (Negrillas y cursivas del Tribunal)*

⁵⁴ Ibidem, folio 467.

**TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA – IDEA –**

Vs.

ASFALTOS Y VIAS LTDA.

16

Lo anterior implicaba que, en caso de prosperar dicha petición, el Tribunal se vería abocado a decidir sobre situaciones ajenas al objeto de estudio, pues sería un asunto referido al funcionamiento como sociedad de HIDROELECTRICA PESCADERO ITUANGO S.A. E.S.P. (que no es parte en el litigio) y no un asunto exclusivo IDEA – ASFALTOS y menos aún podría entrar a examinar votaciones realizadas en varias asambleas de accionistas y por asociados que nada tienen que ver en la relación jurídico procesal entabada en el presente proceso arbitral.

La pretensión titulada “Tercera pretensión consecuencial a la subsidiaria de la pretensión novena” que rezaba:

*“Que se declare que el Instituto para el Desarrollo de Antioquia – IDEA- ha incumplido el contrato de sociedad, al obrar de mala fe en el desarrollo y ejecución del mismo, y con abuso del derecho, y que se le condene al pago de los perjuicios que dicho incumplimiento ha causado. Así mismo se ordene la **anulación y/o invalidación de cualquier acto jurídico** que se haya realizado mediante el ejercicio ilegítimo de los derechos económicos y políticos que confieren las acciones.” (Negrillas y cursivas del Tribunal)*

Dicha pretensión no podía ser materia de decisión en el marco de la cláusula compromisoria que habilita este Tribunal, ya que “... *ha incumplido el contrato de sociedad...*” y “...*la anulación y/o invalidación de cualquier acto jurídico...*” eran solicitudes ajenas al objeto de estudio, puesto que al decir del actor en reconvención que la convocante “... *ha incumplido el contrato de sociedad...*” se refería al contrato de sociedad que une al IDEA y a ASFALTOS como socios de HPI S.A. E.S.P. pero que, en caso de conflicto, remite a la cláusula compromisoria de los ESTATUTOS SOCIALES de la referida Hidroeléctrica, la cual no fue invocada para convocar el Tribunal, por lo que este punto no sería abordado por el Tribunal al carecer de competencia. Adicionalmente, solicitar “... *la anulación y/o invalidación de cualquier acto jurídico...*” era una pretensión tan supremamente amplia e indeterminada que era imposible de resolver sin la presencia de sujetos determinados que igualmente estuvieran ligados por la cláusula compromisoria, razón por la cual, tampoco era de competencia del Tribunal.

Por último, la pretensión intitulada “Quinta pretensión consecuencial a la subsidiaria de la pretensión novena”, decía:

“Que se declare que Asfaltos y Vías Ltda., con posterioridad a la celebración del contrato de compraventa de acciones suscrito con el Instituto para el Desarrollo de Antioquia – IDEA- bajo el número 0388, siguió siendo reconocida como accionista de la sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P., y que para inicios del mes de junio de 2009, Asfaltos y Vías Ltda. era titular de 24.958 acciones de la sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P., o la mayor cantidad que se pruebe dentro del proceso, y había ejercido los derechos inherentes a las mismas.”

El Tribunal determinó que tampoco era competente para conocer de esta pretensión, en sus precisos términos, puesto que para acceder a ella en la forma como se planteó, la HPI S.A. E.S.P. tendría que ser parte dentro del presente proceso. Lo cual, empero, en modo alguno interfiere en relación con los hechos que habrán de ser examinados como fundantes de las declaraciones y condenas que lleguen a proferirse en este laudo.

Por lo anterior, el Tribunal declaró que carecía de competencia para conocer de las pretensiones tituladas por el actor en reconvención como: “*segunda pretensión consecuencial a la subsidiaria de la pretensión novena; tercera consecuencial a la subsidiaria*”

**TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA – IDEA –**

**Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA.**

17

de la pretensión novena y quinta consecuencial a la subsidiaria de la pretensión novena” y se declaró competente para conocer las demás pretensiones formuladas en la reforma a la demanda de reconvención presentada por ASFALTOS, pasando a admitir la reforma a la demanda de reconvención y dando traslado al IDEA por el término de 5 días hábiles para la contestación, esto en los términos del artículo 89, Núm. 4° del C.P.C.⁵⁵

Antes de finalizar la audiencia, el apoderado de ASFALTOS presentó recurso de reposición contra la decisión del Tribunal sobre la carencia de competencia para decidir las pretensiones segunda pretensión consecuencial a la subsidiaria de la pretensión novena y quinta consecuencial a la subsidiaria de la pretensión novena porque *“en ellas se pide que se declaren unos hechos que serán materia de prueba.”*

El Tribunal corrió traslado del recurso a la parte reconvenida (IDEA), quien expuso:

“En cuanto a la pretensión segunda subsidiaria mencionada, considero que no es competencia del Tribunal hacer la declaración solicitada por cuanto se refiere al derecho a participar en las reuniones de la Asamblea de accionista que tiene el IDEA en la sociedad Pescadero Ituango, no teniendo relación directa con el objeto para el cual se convocó el Tribunal de Arbitramento, en cuanto a la pretensión Quinta consecuencial referida considero que es una pretensión en la cual se está vinculando directamente a la sociedad Pescadero Ituango quien no es parte en el presente proceso y por lo tanto considero que el Tribunal tampoco tiene competencia.”

El Tribunal decidió NO REPONER su decisión en los siguientes términos:

“En el contrato de compraventa de acciones suscrito entre IDEA y ASFALTOS Y VIAS LTDA., fue incluida la cláusula compromisoria (Cláusula Décima (10ª), para resolver por la vía arbitral “...cualquier diferencia...”, desde luego, vinculada al objeto del contrato, consistente éste, según la cláusula primera (1ª) en la negociación a título de venta de unas acciones ordinarias pagadas en la sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P. Los árbitros solamente están facultados para pronunciarse, entonces, sobre discrepancias surgidas por la celebración o ejecución del contrato y no respecto de hechos ajenos al mismo. Cualquier otro asunto, excedería los términos de la cláusula habilitante del Tribunal.

Las pretensiones excluidas de la reforma a la demanda de reconvención... tienen por objeto precisamente situaciones de hecho que no guardan relación con el objeto del contrato aludido, esto es, con la compraventa de acciones celebrado por las partes.”

Finalmente, el Tribunal fijó como fecha para la continuación de la primera audiencia de trámite el día 06 de septiembre de 2011 a las 2:30 de la tarde; notificó personalmente a la apoderada del IDEA la reforma a la demanda de reconvención y le hizo entrega de los traslados respectivos⁵⁶.

Continuada la audiencia en la fecha prefijada, consideró el Tribunal que, ante la presentación de la reforma a la demanda de reconvención por parte del apoderado de ASFALTOS, admitida por el Tribunal en audiencia del 22 de agosto, debía primero abocar el estudio de unas pretensiones de las cuales se infería la necesidad de realizar una adición (Inciso segundo (2°) del artículo 14 del decreto nacional 4089 de 2007 y Art. 148, Decreto

⁵⁵ Ibidem, folio 470.

⁵⁶ Ibidem, folio 472 y 474.

**TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA - IDEA -
Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA.**

18

1818 de 1998) a los honorarios y gastos del proceso, a lo cual se dedicó en la referida audiencia, notificándosele a las partes, en estrados, la adición a los honorarios fijados⁵⁷.

Las pretensiones en las cuales se basó el Tribunal para hacer esta adición son la "*Tercera Pretensión consecuencial a la pretensión novena*"; "*Cuarta pretensión consecuencial a la subsidiaria de la pretensión novena*" y la "*Pretensión subsidiaria de la pretensión subsidiaria de la pretensión novena*". Una vez hecha la adición, las partes solicitaron al Tribunal la suspensión del proceso⁵⁸. El Tribunal accedió, fijando como nueva fecha para la continuación de la audiencia el día 12 de septiembre de 2011 a las 08:30 A.M.

Habiendo el Tribunal suspendido la citada audiencia por petición de las partes y con la finalidad de otorgar a éstas debidas garantías procesales, dándoles un tiempo prudencial para que puedan analizar la adición a los gastos y honorarios, se reanudó la audiencia en la fecha y hora previstas, oportunidad en la cual el apoderado de ASFALTOS presentó recurso de reposición⁵⁹

"... en contra del auto de fecha 6 de septiembre de 2011, en el cual se fijó el reajuste de los honorarios y gastos del Tribunal..." dividiendo su recurso en tres (03) consideraciones finalmente solicitando al Tribunal "... aceptar alguna o todas las anteriores consideraciones y proceder a reliquidar con base en ellas los honorarios y gastos fijados."

Ante la presentación del recurso, el Tribunal corrió traslado del mismo a la apoderada del IDEA quien manifestó:

"No tengo objeción alguna a la liquidación presentada."

A renglón seguido, consideró el Tribunal necesaria la suspensión de la audiencia para continuarla el día 19 de septiembre de 2011 a las 3:30 P.M.⁶⁰.

Continuada la audiencia, el Tribunal decidió el recurso presentado por el apoderado de ASFALTOS y **NO REPUSO** el auto del 06 de septiembre de 2011, aunque consideró necesario, de oficio, rectificar la liquidación de honorarios y gastos, lo cual hizo en los siguientes términos:

*"... considera que aun cuando no se repuso el auto en la dirección pedida por la parte reconviniente, el Tribunal de oficio rectificará la liquidación de honorarios y gastos, en orden a fijar los adicionales definitivamente en la suma de **VEINTINUEVE MILLONES TRES MIL OCHOCIENTOS DIEZ PESOS CON NOVENTA Y CINCO CENTAVOS M/L (\$29'003.810,95)** en lugar de **CUARENTA MILLONES QUINIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS SETENTA Y CUATRO PESOS CON OCHENTA Y CUATRO CENTAVOS (\$40'559.274,84)**, cantidad que es la resultante de la sumatoria del valor de las acciones (\$2.324'265.897.00, providencia de 11 de abril de 2011) y los intereses (\$1.272'617.441.00 providencia del 06 de septiembre de 2011), en forma conjunta, lo cual da como resultado la suma de **TRES MIL MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y TRES TRESCIENTOS TREINTA Y OCHO PESOS M/L (\$3.596'883.338.00)**, suma que sometida a la tabla de tarifas de la Cámara de Comercio, arroja un resultado de \$96'756,161.79 de honorarios y gastos a consignar y a la cual hay*

⁵⁷ Ibidem, folio 483.

⁵⁸ Ibidem, folio 486.

⁵⁹ Ibidem, Folio 489.

⁶⁰ Ibidem, folio 492.

**TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA – IDEA –
Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA.**

19

que restar lo ya consignado, o sea la cantidad de \$67'752.350,84, operación cuya resultante es la cifra mencionada al inicio de este párrafo."

Una vez consignadas las sumas decretadas, el Tribunal citó a las partes para la continuación de la primera audiencia de trámite⁶¹, la cual se llevó a cabo el día 31 de octubre de 2011 a las 9:00 A.M.

En esa oportunidad se reunió el Tribunal, con la presencia virtual del árbitro Jorge Parra Benítez, aceptada por las partes y el agente del Ministerio Público, para resolver sobre las pruebas pedidas: decretar algunas, la mayoría, y denegar otras⁶². Al momento de finalizar la audiencia, las partes y el agente del Ministerio Público solicitaron al Tribunal suspenderla, a lo cual accedió el Tribunal, fijando su continuación para el día 8 de noviembre de 2011 a las 2:30 P.M.⁶³.

En la fecha decretada para la continuación de la audiencia, el apoderado de ASFALTOS presentó recurso de reposición, en los siguientes términos:

"Otorgada la palabra al apoderado de la sociedad ASFALTOS Y VIAS LTDA, éste manifiesta que presenta recurso de reposición en contra del auto del pasado 31 de octubre a fin que se decrete el testimonio del doctor ALVARO VASQUEZ en los términos del folio 411 del segundo libro en donde aparece la dirección en la cual debe ser citado el mencionado. En el auto del pasado 31 de octubre, el Tribunal negó dicha prueba solicitada en el folio 201 del cuaderno principal, ya que en ella no se especificaba la dirección para la citación del testigo."

El Tribunal otorgó la palabra a la apoderada del IDEA para que se manifestara sobre este recurso, quien expresó *"no tener nada que decir sobre el mismo y que no interpondría recurso alguno"*. En este estado de cosas, el Tribunal NO repuso el auto en el sentido pedido por el apoderado, ya que dicho testimonio se encontraba decretado por el Tribunal, así:

"Testimonial: (Folios 409 – 413, inclusive, segundo cuaderno) El Tribunal decreta la prueba testimonial, la cual estará sometida a dos (02) testigos por cada hecho, testigos que serán citados en la oportunidad procesal correspondiente. Para los efectos de presentación de los testigos y limitación de su número, se remite a lo dispuesto más atrás."

Atendiendo dicha petición, el Tribunal entendió que el testimonio del doctor Vásquez fue decretado en los términos en que aparecía pedido en el folio 411 del segundo cuaderno, decisión que igualmente mantuvo. En este estado, se hizo presente el representante del ministerio público, doctor ALIRIO CALDERON PERDOMO, a quien se le otorgó la palabra para que se pronunciara sobre el recurso presentado y lo decidido por el Tribunal y manifestó *"no tener nada que expresar sobre el mismo ni frente al auto que decreta las pruebas."*

Finalmente y para concluir la primera audiencia de trámite, el Tribunal se ocupó de otras solicitudes planteadas por las partes y fijó las fechas para las inspecciones judiciales a realizarse en las instalaciones del IDEA y PESCADERO ITUANGO S.A. E.S.P.⁶⁴

⁶¹ Ibidem, folio 502.

⁶² Ibidem, folio 503

⁶³ Ibidem, folio 510.

⁶⁴ Ibidem, folio 514.

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA – IDEA –
Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA .

20

C. EL DESARROLLO DEL PROCESO

Durante el desarrollo de la primera audiencia de trámite, el Tribunal dio cabal cumplimiento a los requisitos exigidos por la ley (decreto 1818 de 1998, Art. 147 y s.s. y concs.) para la realización de dicho acto, pues leyó el documento contentivo de la cláusula compromisoria e hizo referencia expresa a las pretensiones de las partes, asumió su competencia, decretó la mayor parte de las pruebas pedidas por las partes, denegó otras y decretó pruebas de oficio.

Las pruebas se practicaron en su totalidad, con excepción de algunas que fueron objeto de desistimiento válido de las partes y de las que habían sido denegadas por el Tribunal.

Mediante providencia del 07 de septiembre de 2012, notificada el 11 del mismo mes y año⁶⁵, habiéndose evacuado la totalidad de las pruebas decretadas por el Tribunal—con las salvedades atrás indicadas—, se procedió a citar a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, lo cual se llevó a cabo en audiencia celebrada el 17 de septiembre de 2012, sin la presencia del Señor Agente del Ministerio Público y con la presencia virtual del árbitro Parra Benítez, la cual fue aceptada por las partes. En esa oportunidad los apoderados entregaron sus alegatos de forma escrita y renunciaron a su derecho de hacerlo verbalmente y, por último, solicitaron al Tribunal suspender el proceso desde el día 18 de septiembre hasta el día 19 de octubre de 2012, ambas fechas inclusive, a lo cual accedió el Tribunal, fijando allí mismo, como fecha para audiencia de laudo, el día 29 de octubre de 2012⁶⁶, fecha que fue postergada para el 23 de noviembre del mismo año ante la necesidad de dar aviso a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y poner en conocimiento de las partes un escrito proveniente de la Superintendencia de Sociedades y, nuevamente aplazada para el 05 de diciembre de 2012, a las 11:30 A.M.

Es de anotar que la citada Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado no expresó interés alguno en participar en el proceso.

D.- PRESUPUESTOS PROCESALES

Antes de entrar a decidir sobre el fondo, el Tribunal advierte que en el presente proceso se reúnen a cabalidad los presupuestos procesales, o sea, los requisitos indispensables para la validez del proceso y en consecuencia hay lugar a efectuar el pronunciamiento de mérito correspondiente.

En efecto, de los documentos aportados al proceso y examinados por el Tribunal, aparece:

- Las partes son personas jurídicas, regularmente constituidas; han acreditado en legal forma su existencia y representación; tienen capacidad para transigir sobre las materias objeto de la controversia y para someterlas a la decisión del Tribunal de Arbitramento.
- Las pretensiones formuladas por la parte demandante en la demanda, así como las planteadas por la parte demandada en la demanda de reconvenición son susceptibles

⁶⁵ Ibidem, folio 641.

⁶⁶ Ibidem, folio 642.

**TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA - IDEA -
Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA.**

21

de transacción, por lo cual es procedente su conocimiento y decisión mediante proceso arbitral.

- Las partes comparecen al proceso arbitral representadas por abogados.

E.- DEMANDA Y RECONVENCIÓN

LA DEMANDA DE IDEA CONTRA ASFALTOS

Pretensiones de la demanda:

IDEA solicitó al Tribunal despachar favorablemente las siguientes pretensiones, contenidas en el escrito de la demanda:

"PRETENSIONES

PRIMERA PRINCIPAL (Declarativa)

Se declare que la sociedad ASFALTOS Y VIAS LTDA., incumplió el contrato No. 0388 de compraventa de acciones celebrado con el IDEA, contenido en el documento de fecha 28 de julio de 2.008, descrito en los hechos, por no haberle enajenado 335 de las 12.983 acciones de la sociedad HIDROELECTRICA PESCADERO ITUANGO S.A. E.S.P. a favor del IDEA que hacían parte del objeto del contrato.

CONSECUENCIAL (Condena)

En consecuencia, se ordene a la sociedad ASFALTOS Y VIAS LTDA. a cumplir el contrato indicado, traditando al IDEA las 335 de la sociedad HIDROELECTRICA PESCADERO ITUANGO S.A. E.S.P., que fueron incluidas en el objeto de la negociación y que no fueron registradas a favor del IDEA.

En subsidio a la anterior, le solicito condenar a la sociedad ASFALTOS Y VIAS LTDA.a:

-Devolver al IDEA el valor \$3.378.257.50 de las 335 acciones de la sociedad HIDROELECTRICA PESCADERO ITUANGO S.A. E.S.P., por un precio unitario de \$36.854.50 con sus respectivos intereses bancarios corrientes calculados desde el momento del pago por parte del IDEA hasta el momento de su devolución por la sociedad ASFALTOS Y VIAS LTDA.; o en su defecto, que sean indexadas de acuerdo a la fórmula que para tal efecto se determine."

Fundamentos de hecho de la demanda:

Como fundamento de sus pretensiones, IDEA expuso los siguientes hechos, que el Tribunal transcribe textualmente:

"PRIMERO: *Entre el Instituto para el Desarrollo de Antioquia -IDEA- y la sociedad Asfaltos y Vías S.A. (sic) se suscribió el contrato de compraventa de acciones No. 388 de 28 de julio de 2008, en virtud del cual la sociedad, transfirió a título de venta a favor del IDEA la cantidad de 12.983 acciones ordinarias, suscritas y pagadas de la sociedad Hidroeléctrica Pescadero-Ituango S.A. E.S.P., que para la fecha de la negociación, correspondían al número de acciones existentes de manera cierta y oficial, certificadas por el representante legal de la sociedad Hidroeléctrica.*

SEGUNDO: *En este número cierto de acciones objeto de enajenación, se incluyeron 335 acciones, las cuales fueron ofrecidas conforme a la Resolución No. 004 de 2008, sin haber sido aceptadas ni pagadas por la sociedad enajenante, razón por la cual no podían hacer parte de la negociación.*

**TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA – IDEA –
Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA.**

22

***TERCERO:** Como producto del proceso de reorganización del libro de registro de accionistas, la sociedad Hidroeléctrica Pescadero-Ituango S.A. E.S.P., gestionó la revisión y reliquidación del número de acciones representativas de los derechos de suscripción ofrecidos a cada uno de los accionistas, en consideración de la participación accionaria que cada uno poseía en la sociedad. En virtud de este procedimiento, la sociedad advirtió que las 335 acciones ofrecidas a la sociedad Asfaltos y Vías Ltda. a través de la Resolución No. 004 de 2008 no habían sido aceptadas ni pagadas por ésta, razón por la cual procedió a la anulación del título emitido por este número de acciones y expidió títulos definitivos a favor del IDEA derivados del contrato de compraventa de acciones No. 388 de 28 de julio de 2008 por 12.648 acciones, es decir, por un número de acciones inferior a las adquiridas y efectivamente pagadas por el instituto al accionista vendedor.*

***CUARTO:** En ese sentido, la sociedad Asfaltos y Vías Ltda., recibió en exceso la suma de \$12.346.257,50 correspondientes a las 335 acciones de la sociedad Hidroeléctrica Pescadero-Ituango S.A. E.S.P., las cuales no habían sido aceptadas ni pagadas a la sociedad, razón por la cual no podían incluirse en la negociación.*

***QUINTO:** Dicha suma fue compensada en \$8.968.000.00 del valor pagado por el accionista vendedor, correspondiente a los derechos de suscripción del día 17 de julio de 2008, los cuales fueron reconocidos por el IDEA a la sociedad Hidroeléctrica Pescadero-Ituango S.A. E.S.P., quedando pendiente a favor del IDEA y a cargo de la sociedad Asfaltos y Vías Ltda., un saldo por valor de \$3.378.257,50*

En este sentido, la sociedad Asfaltos y Vías Ltda., adeuda al IDEA de la suma de \$3.378.257,50, derivada del contrato de compraventa de acciones No. 388 de 28 de julio de 2008, por las 335 acciones ordinarias la sociedad Hidroeléctrica Pescadero-Ituango S.A. E.S.P. que nunca ingresaron al patrimonio del Instituto, por no pertenecer a la sociedad vendedora."

Contestación de ASFALTOS a la demanda del IDEA:

ASFALTOS contestó oportunamente la demanda⁶⁷ en los términos en que fue presentada, oponiéndose "... a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones de la demanda..."; se pronunció sobre los hechos expuestos por IDEA, negando unos y aceptando otro parcialmente y formulando aclaraciones o pronunciamientos relativos a ellos y formuló las siguientes excepciones:

1. Cumplimiento cabal del contrato 0388 por parte de la demandada.
2. Incumplimiento contractual por parte de la demandante.
3. Inexistencia de la obligación en cabeza del demandado.
4. Enriquecimiento sin causa del demandante.
5. Falta de competencia del Tribunal Arbitral.
6. Mala fe y temeridad del demandante.
7. Nulidad absoluta del contrato de compraventa de acciones.
8. Inexistencia del contrato por inexistencia del objeto.
9. Pago de lo no debido.
10. Inexistencia de compensación.

LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN DE ASFALTOS CONTRA IDEA

Causa petendi de la demanda de reconvención:

⁶⁷ Ibídem, folio 99.

**TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA – IDEA –
Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA .**

23

Como fundamento de sus pretensiones, ASFALTOS expuso los hechos que a continuación se relacionan,⁶⁸ hechos que no se reformaron con la presentación de la última reforma a la demanda de reconvención presentada el día 10 de agosto de 2011⁶⁹

“Primero: La sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P., (hoy Hidroituango S.A. E.S.P.) es una sociedad anónima de economía mixta, con mayoría accionaria de naturaleza pública, identificada con Nit. 811.014.798-1, domiciliada en la ciudad de Medellín, Colombia, representada legalmente por el Dr. Luis Guillermo Gómez Atehortúa.

Segundo: El Instituto para el Desarrollo de Antioquia –IDEA-, es un establecimiento público de carácter departamental descentralizado de fomento y desarrollo, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, creado por la ordenanza 13 de 1964 adicionada por la ordenanza 14 de 1996 y por el decreto 321 de 1984, con Nit.890.980.179-2 y domiciliado en la ciudad de Medellín, Colombia, representado legalmente por el Sr. Francisco Beltrán Montoya, o por quien haga sus veces.

Tercero: Asfaltos y Vías Ltda. es una sociedad colombiana de carácter comercial, del tipo de las limitadas, representada legalmente por el Dr. Jorge Iván Pastor.

Cuarto: Asfaltos y Vías Ltda. y el Instituto para el Desarrollo de Antioquia – IDEA-, han sido accionistas de la sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P. desde su constitución hasta la fecha.

Al constituirse la sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P., Asfaltos y Vías Ltda., por participar como accionista, se hizo titular de 4,310 acciones. Tras una o mas capitalizaciones realizadas durante la vida de la sociedad, Asfaltos y Vías Ltda., al mes de julio de 2008, llegó a ser titular de 24.418 acciones, por cuanto en el año 2007 este era titular de 4,885 acciones y, mediante la Resolución 003 de 2008, la cual fue aceptada por mi representada, esta suscribió la cantidad de 19.533 acciones.

Entre los anteriormente mencionados sujetos se suscribió un contrato de compraventa de acciones identificado con el número 0388 del día 28 de julio de 2008, en el cual la sociedad Asfaltos y Vías Ltda. enajenó a favor del IDEA la cantidad de 12,983 acciones ordinarias pagadas que la primera tenía en la sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P.

Este número de acciones, es decir, 12,983 equivalen a las acciones efectivamente pagadas, dentro de las cuales se encontraban las primeras 7,760 acciones de la Resolución 003 de 2008.

En relación con la adquisición y suscripción de acciones pertenecientes a los años 1999 a 2007 la evolución accionaria es como se demuestra a continuación:

FECHA	RESOLUCION N°	NEGOCIO JURIDICO	Nº ACCIONES SUSCRITAS	Nº ACCIONES PAGADAS
ABRIL 30 DE 1999		CONSTITUCION DE LA SOCIEDAD	4.310	4.310
ABRIL 30 DE 2004	ESTA INFORMACION ESTA EN PODER DE LA SOCIEDAD	OFRECIMIENTO ACEPTACION	578	578

En relación con el movimiento accionario durante el año 2008 me remito al documento que anexo a la presente, el cual fue producido por la Sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P. y que da cuenta del movimiento que la compañía ha hecho con las acciones de mi representada.

⁶⁸ Ibídem, folios 270 y 272.

⁶⁹ Ibídem, folio 454.

**TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA – IDEA –
Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA.**

24

Frente a este documento, han de hacerse las siguientes manifestaciones:

De la carta enviada por la sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P. de fecha 3 de marzo de 2009 se evidencia que:

- 1) *Mi mandante tenía, a 2007, 4.888 acciones de la sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P.*
- 2) *Durante el año 2008 se hicieron tres (3) ofertas para la suscripción de acciones contenidas en las Resoluciones número 003, 005 y 006, en los siguientes términos.*
- 3) *En la primera ronda de la Resolución 003 de 2008 se ofreció a mi mandante 19.534 acciones, con un plazo de pago de tres cuotas durante dos años. Esta oferta fue aceptada por mi mandante.*
- 4) *En la segunda ronda de la Resolución 003 de 2008, le fueron ofrecidas a mi mandante 335 acciones, pero debieron ser 846 acciones. Esta segunda ronda también fue aceptada y pagada por mi mandante.*
- 5) *La oferta contenida en la Resolución 005 de 2008, no fue aceptada por mi mandante.*
- 6) *En la resolución 006 de 2008 le fueron ofrecidas a mi mandante 8.968 acciones, las cuales fueron aceptadas y pagadas por él, pero la cantidad que debieron ofrecerle debió ser superior.*

En consecuencia, tal y como lo expone la sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P. en dicho comunicado, mi mandante tenía en la sociedad 24.422 acciones, aseveración que no se comparte toda vez que para dicho cálculos se están desconociendo las acciones suscritas y pagadas en la segunda ronda de la Resolución 003 de 2008. No obstante lo anterior y la discusión que ello plantea, se puede afirmar que mi mandante a diciembre de 2008 no tenía menos de 24.422 acciones de la sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P.

En relación con el comportamiento accionario de las acciones, con posterioridad a la firma del contrato 0388 del 28 de julio de 2008, se tiene que:

FECHA	RESOLUCION Nº	NEGOCIO JURIDICO	Nº ACCIONES SUSCRITAS	Nº ACCIONES PAGADAS
FEBRERO 5 2009	RES. 01 2009	OFRECIMIENTO-ACEPTACION	16.647	16.647
MARZO 11 DE 2009	2ª RONDA RES. 01 DE 2009	OFRECIMIENTO-ACEPTACION	99	99
Marzo 13 de 2009	RES. 003 de 2008	OFRECIMIENTO-ACEPTACION	11.773	11.773

***Quinto:** Que los estatutos sociales de la sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P. consagran un régimen de derecho de preferencia según el cual las acciones de los accionistas no públicos serán libremente negociables una vez se cumplan los requisitos de ley necesarios para transferir las acciones según el derecho de preferencia pactado en los estatutos sociales, en contraposición a las acciones de la entidades públicas accionistas quienes han de realizar la venta a través del proceso de democratización accionaria establecido en la ley 226 de 1995 y en las normas que lo modifiquen, complemente o adicionen. En tal sentido los artículos 9 y 14 de los estatutos sociales establecen lo siguiente:*

***Artículo 9: Títulos:** La Sociedad expedirá a todos los suscriptores de acciones, los títulos o certificados en los que conste dicha condición, los cuales serán expedidos conforme a las normas legales vigentes. (...) Se reconocerá el derecho de preferencia consagrado en el Código de Comercio, en virtud del cual la Sociedad y accionistas tiene (sic) el privilegio de adquirir las acciones que alguno proyecte enajenar; no obstante la asamblea general de accionistas podrá disponer mediante el voto favorable de no menos del setenta por ciento (70%) de las acciones, representadas en la reunión, que las nuevas acciones emitidas se coloquen sin sujeción al derecho de preferencia.*

(...)

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA – IDEA –

Vs.

ASFALTOS Y VIAS LTDA.

25

Artículo 14: Negociación y Transmisibilidad de Acciones: Las acciones de los accionistas privados, son libremente negociables. Dicha enajenación se perfeccionará de conformidad con la ley. La enajenación de las acciones pertenecientes a accionistas públicos se realizará de acuerdo con las normas legales que regulan la materia, de tal forma que se garantice la adecuada publicidad y la democratización de la propiedad de acuerdo con la Constitución Política y la Ley. (...)

Sexto: Que los títulos representativos de las acciones objeto del contrato de compraventa entre el Instituto para el Desarrollo de Antioquia – IDEA- y mi mandante rezaban en su anverso, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 401 literal 2 del Código de Comercio, que la negociabilidad de las mismas estaba sujeta al derecho de preferencia. Así pues, los títulos accionarios establecían expresamente que:

"La negociabilidad de estas acciones, está limitada en los términos de la ley y de los estatutos de la sociedad, por el derecho de preferencia".

Séptimo: Como consecuencia de lo evidenciado en los dos hechos anteriores, las acciones de la sociedad se encontraban, para la fecha de la negociación, es decir para el día 28 de julio de 2008, sometidas al derecho de preferencia, trámite que nunca se surtió. Esto ha sido reconocido por varios accionistas de la sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P., entre los cuales se encuentra Empresas Públicas de Medellín, quien después de la compra que hizo el IDEA de las acciones de los accionistas minoritarios manifestó su inconformidad por esta situación en varios escenarios.

Octavo: El día 20 del mes de febrero del 2008, la Junta Directiva de la sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P., expidió la Resolución 003 de 2008 contentiva de un reglamento de colocación de acciones, en el cual se le ofreció a mi mandante suscribir la cantidad de 19,533 acciones de la sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P., y la correspondiente alícuota de las que no fueren suscritas en la primera ronda por los destinatarios, según lo establece el correspondiente reglamento. Estas acciones debían ser pagadas en cuotas según lo decidido por la Junta Directiva de la sociedad.

Noveno: Una vez los accionistas, dentro de los cuales se encuentra mi representada, aceptaron la suscripción de las acciones de que trata el hecho anterior, la administración de la sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P., expidió los títulos definitivos correspondientes a las acciones suscritas y efectivamente pagadas y no los títulos provisionales correspondientes a las acciones suscritas y no pagadas, acciones de propiedad de los suscriptores que tampoco anotó en el libro de registro de accionistas.

Décimo: Mediante comunicado enviado a la sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P., de fecha 12 de marzo del 2008, mi mandante aceptó la totalidad de las acciones en el Reglamento 003 de 2008.

Undécimo: El 23 de junio de 2008, la Junta Directiva de la sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P. expidió la Resolución número 06 de 2008, la cual contenía el reglamento de colocación de acciones en la que se ofrecía a mi mandante suscribir la cantidad de 8.967 acciones ordinarias, por un valor \$8.967.000., pagaderos hasta el 16 de julio de 2008, oferta que fue aceptada por mi mandante, suscribiendo así tales acciones y pagándolas dentro del término oportuno.

Duodécimo: Con posterioridad al 16 de julio del 2008 y con anterioridad al envío de la carta por parte de la Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. a Asfaltos y Vías Ltda, de fecha 8 de junio de 2009 se presentó una discusión entre mi mandante y la administración de la sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P., en torno al pago de las acciones correspondientes a las acciones suscritas en la "segunda ronda" (335 acciones) ofrecidas mediante la Resolución 03 de 2008 y cuyo plazo de pago fue ampliado por la Resolución 04 de 2008, discusión a la cual mi mandante puso fin con una consignación el día 25 de septiembre de 2008. El objeto de la discusión nunca tuvo fundamento alguno pues según lo certificó la propia Revisoría Fiscal de la sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P. al IDEA el día 18 de julio de 2008, mi cliente

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA – IDEA –
Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA .

26

había realizado desde el mes de abril del año 2008 la consignación del valor de los mencionados \$335.000.00.

A su vez, mediante carta de fecha 17 de diciembre de 2008, la sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P. decidió "dar por no hecha la capitalización (de la Resolución 003) y sin validez el título 547, con todas las consecuencias inherentes a esta anulación". Lo anterior, toda vez que la sociedad, según su dicho, no encontró en su desorganizado archivo documento alguno en el que se haya expresado la manifestación oportuna de dicha capitalización por parte de mi mandante, no obstante tal discusión había sido ya definida muchos meses antes.

Decimotercero: El día 28 de de julio de 2008, la sociedad Asfaltos y Vías Ltda. celebró el contrato de compraventa de acciones por adhesión número 0388 con el Instituto para el Desarrollo de Antioquia – IDEA-, el cual fue elaborado en su totalidad por parte de este último. El objeto del mencionado contrato era la venta de **DOCE MIL NOVECIENTAS OCHENTA Y TRES (12.983) acciones ORDINARIAS PAGADAS (Cláusula Primera)**. El precio acordado por acción fue de **TREINTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO PESOS CON CINCUENTA CENTAVOS (\$36.854,50) (Cláusula Segunda)**.

Decimocuarto: En cumplimiento del contrato antes mencionado, mi mandante traditó al Instituto para el Desarrollo de Antioquia – IDEA-, **DOCE MIL NOVECIENTAS OCHENTA Y TRES(12.983) acciones ordinarias pagadas, según certificado que en tal sentido expidió la administración de la sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P., según se acredita en los documentos soporte que hacen parte del mencionado contrato.**

Decimoquinto: A su vez, el Instituto para el Desarrollo de Antioquia – IDEA- pagó a mi mandante la suma equivalente a multiplicar el número de acciones ordinarias pagadas traditadas (12.983) por el valor contractual establecido por acción en el contrato, sin realizar pago adicional alguno por este concepto.

Decimosexto: Fue la intención de las partes que el objeto del contrato radicara exclusivamente en las acciones suscritas y pagadas que había certificado la administración de la sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P., tal y como se advierte en los "considerandos" del contrato redactado por el Instituto para el Desarrollo de Antioquia – IDEA, así:

"Consideraciones (...) 7. Que la Sociedad Asfaltos y Vías Ltda. es propietaria de 12.983 acciones ordinarias pagadas en circulación de la sociedad Hidroeléctrica Pescadero S.A. E.S.P. y manifestó su intención de enajenarlas".

Decimoséptimo: Que fue voluntad expresa de las partes derogar cualquier convenio previo, verbal o escrito, celebrado entre ellos, en relación con el objeto del contrato, tal y como lo advierte la cláusula décima segunda del contrato de compraventa.

Cláusula décima segunda: ACUERDO INTEGRAL: "El presente contrato con todos sus anexos constituye un acuerdo integral entre las partes con respecto a la materia contenida en el mismo y deja sin efectos todos los contratos y compromisos previos, tanto escritos como verbales, entre el vendedor y el comprador, con respecto al objeto del presente contrato".

Decimooctavo: La cláusula segunda del contrato de adhesión elaborado por el Instituto para el Desarrollo de Antioquia – IDEA-, advierte en el parágrafo segundo de su cláusula segunda, que:

"El comprador asumirá la capitalización del accionista vendedor a realizarse el próximo 17 de julio de 2008".

Decimonoveno: Mi mandante cumplió todas las obligaciones que tuvieron origen en el contrato de compraventa suscrito éste y por el Instituto para el Desarrollo de Antioquia – IDEA- y que fue redactado por este último (es decir, por el IDEA) como un verdadero contrato por adhesión.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA – IDEA –
Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA .

27

Vigésimo: Una vez cumplido el contrato por parte de mi mandante este le solicitó de varias formas al IDEA (entre otras mediante comunicación radicada en el IDEA de fecha 6 de agosto de 2008) que le efectuase el reembolso por los **OCHO MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y SIETE MIL PESOS (\$8.967.000.)**, que Asfaltos y Vías Ltda. había pagado a la Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P. en virtud de la Resolución 06 tal y como había quedado pactado por las mismas en el parágrafo segundo de su cláusula segunda del contrato de venta de acciones antes mencionado.

Vigesimoprimer: En un primer momento el Instituto para el Desarrollo de Antioquia – IDEA-, insistió en que tal cifra ya había sido consignada a Asfaltos y Vías Ltda. Posteriormente, en carta del 10 de octubre del 2008 (radicado 005346), cuando el IDEA reconoció su incumplimiento contractual, argumentó, para efectos de no tener que asumir las consecuencias de su incumplimiento, que, según la información suministrada al Instituto para el Desarrollo de Antioquia – IDEA- en carta de fecha 6 de agosto de 2008, no contaba con el nombre del banco al cual pertenecía la cuenta corriente donde debía realizar la consignación. Esto es una simple excusa no constitutiva de causal eximente de responsabilidad, ya que la misma fue informada al IDEA a través del abogado Stephen Uribe. Inclusive ello no hubiera sido siquiera necesario pues bien sabe el Instituto para el Desarrollo de Antioquia – IDEA-, como entidad financiera que es que los números de las cuentas corrientes dan cuenta de la institución bancaria a la cual pertenecen, puesto que los primeros dígitos son el Código de la institución financiera a la cual pertenece la cuenta, razón por la cual no es dable escudarse en eso para incumplir un contrato, pues como bien sabe la entidad existen en el ordenamiento jurídico otros mecanismos para dar cumplimiento al contrato (como lo es el pago por consignación, entre otros) y mucho más aún cuando el IDEA reconoció en las reuniones efectuadas con anterioridad que creía haber realizado todos los pagos a los que estaba obligado.

Vigesimosegundo: La sociedad Asfaltos y Vías Ltda., ante la negativa del IDEA de cumplir el contrato de compraventa de acciones, solicitó a la sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P., mediante comunicación de fecha 8 de octubre de 2008 (radicado en el IDEA bajo el número 14545 de la misma fecha) que le reconociera las acciones suscritas y pagadas correspondientes a las ofrecidas en la Resolución 06 de 2008, las cuales ascendían a 8,177.

Vigesimotercero: La Sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P., al ver que en efecto la sociedad Asfaltos y Vías Ltda. era la legítima titular de las acciones suscritas en la Resolución 006 de 2008, procedió inmediatamente a reconocerle la calidad de accionista a dicha sociedad con tal número de acciones, es decir con las 8,177 acciones. Esto claramente se demuestra con la convocatoria a la asamblea general de accionistas de la sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P. de fecha 30 de diciembre de 2008, el posterior ofrecimiento que en calidad de accionista se le hizo para suscribir acciones, los certificados de la composición accionaria que hizo la Revisoría Fiscal, entre otras.

Vigesimocuarto: Desde que su calidad de accionista de la sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P. le fue nuevamente reconocida, la sociedad Asfaltos y Vías Ltda. continuó ejerciendo los derechos y obligaciones que le asistían respecto de acciones suscritas en la capitalización del 16 de julio de 2008, en virtud de múltiples y diversos actos, tales como la suscripción de nuevas acciones con base en ellas, como fue, por ejemplo, la capitalización de la Resolución 001-2009 por medio de la cual se suscribieron acciones adicionales hasta llegar a la cantidad de 24.958, la asistencia y voto en algunas asambleas que se celebraron a continuación, entre otros. El ejercicio de estos actos nunca fue objeto de impugnación, cuestionamiento o de reproche alguno por parte del Instituto para el Desarrollo de Antioquia – IDEA- ni por parte de la sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P.

Vigesimoquinto: La sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P., por orden de la Superintendencia de Sociedades, comenzó una revisión del libro de registro de acciones. Ello por cuanto en el mismo, entre otras irregularidades, no estaban inscritas las anotaciones correspondientes a las acciones suscritas y pendientes de pago. Para el

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA - IDEA -
Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA.

28

momento en que dicha revisión se efectuó, ya el Instituto para el Desarrollo de Antioquia -IDEA- ostentaba el control de la sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P., pues tenía inscrita ya la mayoría accionaria que le daba el control advertido.

***Vigésimosexto:** Como resultado del proceso mencionado en el hecho anterior, a mi mandante le fueron inscritos en el libro de registro de acciones todas las acciones suscritas y pendientes de pago correspondientes a la Resolución 03 de 2008, además de las que le hubieren correspondido en relación con las capitalizaciones posteriores, de haberse llevado el registro accionario en debida forma.*

***Vigésimoséptimo:** Con inmediata posterioridad al reconocimiento en el Libro de Registro de acciones o que alude el hecho anterior, las acciones suscritas y pendientes de pago recién inscritas, fueron "transferidas" al IDEA, por parte de la sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P. sin que mediara consentimiento válido de mi mandante. Ello por cuanto entre las partes era claro y entendido que se estaba disponiendo sobre el número cierto de acciones pactado en el contrato número 0388 y no sobre acciones sobre las cuales mi representado, no obstante tener derecho a ellas, no conocía y respecto de las cuales el IDEA pretendía hacerse a título gratuito, aprovechando la reserva y secretad con la cual el IDEA y la Hidroeléctrica manejaron el presente asunto.*

***Vigésimooctavo:** De forma concomitante con el reconocimiento de la existencia de más acciones en cabeza de terceros, el Instituto para el Desarrollo de Antioquia - IDEA-, al no haber comprado un porcentaje fijo accionario, ni acciones como tal, sino expresamente acciones ordinarias pagadas, quedó en una situación en la cual, de no recurrir a los mecanismos ilegítimos e ilegales mencionados en los hechos anteriores, para lograr así el traspaso de la totalidad de las acciones suscritas y pendientes de pago de propiedad de los vendedores, hubiese visto reducir su participación accionaria porcentual en la sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P. hasta el punto tal de perder el control de la sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P.*

***Vigésimonoveno:** En respuesta de lo anterior, El Instituto para el Desarrollo de Antioquia - IDEA-, quebrantando el principio de la buena fe que rige los contratos mercantiles y en especial el contrato de sociedad, procedió a enviar minutas de cartas (cuyo destinatario era la sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P. y cuyos remitentes eran los accionistas vendedores), a través de la CCI, ente gremial al cual se encuentra afiliado mi mandante y otros varios accionistas vendedores, y de un abogado de nombre Stephen Uribe, para que los vendedores lo firmaran, sin tener conocimiento previo de que con base en ello el IDEA, de forma rastrera, consumaría la apropiación indebida de acciones suscritas y pendientes de pago por parte del IDEA. En tal documento se afirmaba lo siguiente:*

"Me permito ratificarles por medio de la presente, que desde el pasado 16 de julio enajené la totalidad de las acciones de mi propiedad en la sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P., lo mismo que la totalidad de los derechos de suscripción que de estas acciones se hubieren generando antes de esa fecha y hacia adelante.

Por lo tanto, a partir del pasado 16 de julio del 2008, dejé de ser accionista de esa sociedad para todos los efectos legales y contractuales; y es el IDEA, quien me sustituyó en el derecho de dominio y todos los derechos que se desprenden de él por las acciones que fueron de mi propiedad hasta esa fecha.

Solicito a usted, Señor gerente, hacer la anotación respectiva en el libro de registro de accionistas de la sociedad."

Es de destacar que en dicha misiva se expresa que "a partir del pasado 16 de julio..." lo cual es contradictorio toda vez que las partes convinieron dejar sin efectos cualquier pacto en relación con el objeto del contrato de compraventa, lo cual consta en la cláusula décimo segunda del contrato de compraventa número 0388 de fecha 28 de julio, por lo que esa estipulación claramente carece de cualquier efecto legal por la propia determinación de las partes.

**TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA – IDEA –**

Vs.

ASFALTOS Y VIAS LTDA .

29

***Trigésimo:** Para la fecha en la cual mi mandante firmó la carta a que hacen mención los hechos anteriores, el proceso de reconstrucción del libro de registro de acciones no se había dado a conocer a mi mandante, razón por la cual desconocía que la carta obedecía a una artimaña utilizada por el IDEA para hacerse a un paquete de acciones suscritas y pendientes de pago de propiedad de mi mandante.*

***Trigésimo primero:** Usando como soporte la carta antes mencionada que de buena fe mi mandante suscribió, procedió la sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P. a realizar las anotaciones para efectos de transferir al IDEA, y esta a recibir de aquella, las acciones suscritas y pendientes de pago sin que mi mandante fuera consciente de ello o recibiera una contraprestación equivalente por acción, según lo pactado en el contrato 0388.*

***Trigésimo segundo:** Con base en las acciones suscritas y pendientes de pago a las que se hizo el IDEA en virtud de la carta antes mencionada, esta institución procedió a suscribir las acciones que le correspondía suscribir a mi representada en la Resolución 001 de 2009 y procedió a ejercer sus derechos económicos y políticos.*

***Trigésimo tercero:** A pesar de esta gravosa situación, mi cliente siguió ejerciendo sus derechos como accionista de la sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P., con base en las 8,177 acciones establecidas en el hecho vigesimosegundo de esta demanda, las cuales, como se dijo anteriormente, en virtud de la capitalización de la Resolución 001-2009 se suscribieron acciones adicionales hasta completar 24.958. Este ejercicio consistía en la presencia en asambleas de la sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P. y en el pago de las acciones que le eran ofrecidas conforme a los reglamentos de colocación de acciones. Tan era reconocido mi mandante como titular de las 24,958 acciones de la sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P. que fue reconocido como tal en la primera versión del Código de Buen Gobierno Corporativo de fecha 19 de agosto de 2009, siendo después eliminada misteriosamente la lista de accionistas en versiones posteriores para efectos de mostrar su calidad de accionista.*

***Trigésimo cuarto:** Habiendo ejercido mi mandante los derechos y obligaciones propios de su calidad de accionista desde que le fueron reconocidas las 8,177 acciones correspondientes a lo Resolución 06 de 2008 (que para junio del 2009 ascendían a 24.958), la sociedad, en un acto unilateral desconocedor de los derechos adquiridos de los accionistas y de la bilateralidad de los contratos, y siguiendo instrucciones al respecto del IDEA, quien a través de sus miembros en la junta directiva representaban única y exclusivamente los intereses del anteriormente mencionado instituto, le informó a mi mandante que se le habían "retirado" las acciones por cuanto éste había suscrito la carta de fecha 25 de agosto de 2008.*

Es tan evidente la persecución conjunta hecha a mi mandante por parte del IDEA y de la sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P. para efectos de despojarle sus acciones que en acta número 99 de la Junta Directiva de la sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P., se acredita que el Señor Hugo Mora, actuando no como miembro de Junta Directiva de la sociedad sino en representación del IDEA, solicita a la administración que se le transfieran a su representada unas acciones que se encuentran en Asfaltos y Vías Ltda. a lo cual el Secretario General de la Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P., actuando mas como juez de la República que como secretario de la Junta, manifiesta haber decidido ya la administración el traspaso de las mencionadas acciones al IDEA, sin darle posibilidad alguna de discusión a mi mandante.

***Trigésimo quinto:** Fue tan aberrante el despojo sufrido por mi mandante a manos del IDEA y con la coadyuvancia de la sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P., y estando este en una situación tan lesesperada por la indefensión en que se encontraba, que se vio mi mandante en la penosa y anti-natural circunstancia de tenerle que manifestar al IDEA que no estaba de acuerdo con la forma como algunos otros accionistas habían procedido en la reclamación de acciones, para así procurar, mediante conciliación, obtener la devolución de siquiera parte de sus acciones.*

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA – IDEA –
Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA.

30

Trigésimo sexto: Hasta la fecha, la totalidad de los derechos económicos y políticos de las acciones que le fueron sustraídos a mi mandante sin contraprestación ni título alguno, han sido ejercidos por el Instituto para el Desarrollo de Antioquia – IDEA–.

Trigésimo séptimo: El IDEA, tras la apropiación indebida de las mencionadas acciones ha recibido beneficios económicos y políticos de los (que) legítimamente es titular mi mandante.

Trigésimo octavo: Mi representada ha sufrido graves perjuicios como consecuencia de la conducta que ha desplegado el IDEA. Estos serán tasados por el perito que se designe para ello en el siguiente proceso.”

Contestación de IDEA a la demanda de reconvención:

IDEA contestó oportunamente la demanda de reconvención⁷⁰ formulada por ASFALTOS manifestando que “*Me opongo a las pretensiones deprecadas por el demandante en reconvención...*”, se pronunció sobre los hechos expuestos por ASFALTOS, negando unos, aceptando otros, total o parcialmente y manifestando no constarle otros, formulando aclaraciones o pronunciamientos relativos a ellos y propuso las siguientes excepciones puntuales:

1. Inexistencia de causal de nulidad que pueda afectar la validez del contrato de compraventa de acciones No. 388 del 28 de julio de 2008.
2. Inexistencia de restricción a la libre negociabilidad de las acciones de propiedad de los particulares
3. Improcedencia de la demanda de reconvención por temeraria.
4. Carga de la prueba.

Pretensiones de la reforma a la demanda de reconvención:

ASFALTOS, el día 10 de agosto de 2011, presentó reforma a la demanda de reconvención⁷¹ mediante la cual solicitó al Tribunal despachar favorablemente las pretensiones que a continuación se transcriben:

“PRETENSIONES PRINCIPALES

Primera: Que se declare que el día 28 de julio de 2008, la sociedad Asfaltos y Vías Ltda. y el Instituto para el Desarrollo de Antioquia – IDEA– suscribieron un contrato de compraventa de acciones bajo el número 0388, el cual tenía por objeto inicial exclusivo la venta que la primera haría a la segunda de doce mil novecientos ochenta y tres (12.983) acciones ordinarias pagadas que Asfaltos y Vías Ltda. tenía en la Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P.

*Segunda: Que se declare que el contrato de compraventa de acciones número 0388 del día 28 de julio de 2008 establecía que el precio a pagar por acción sería de **TREINTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO PESOS CON CINCUENTA CENTAVOS (\$36.854,50)**.*

Tercera: Que se declare que, en virtud de lo establecido en el contrato número 0388 antes mencionado, al Instituto para el Desarrollo de Antioquia -- IDEA– le fueron registradas a su nombre la cantidad de doce mil novecientos ochenta y tres (12.983)

⁷⁰ Ibidem, folio 341.

⁷¹ Ibidem, folio 454.

**TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA – IDEA –
Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA .**

31

acciones ordinarias pagadas, de la citada sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P.

Cuarta: *Que se declare que el contrato de compraventa de acciones número 0388 suscrito entre el IDEA y Asfaltos y Vías Ltda. es un contrato de adhesión redactado por el IDEA.*

Pretensión consecucional a la pretensión cuarta: *Que se declare que el párrafo segundo de la cláusula segunda del contrato número 0388 de fecha 28 de julio de 2008, la cual estableció que "el IDEA asumiría la capitalización del próximo 17 de julio de 2008" es una cláusula oscura y ambigua y ha de interpretarse en contra del IDEA.*

Quinta: *Que se declare que el contrato de compraventa número 0388 se suscribió después de que se extinguiera el derecho a capitalizar la sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P. de que trató la Resolución 006 de 2008.*

Pretensión consecucional a la pretensión quinta: *Que se declare que el párrafo segundo de la cláusula segunda del contrato número 0388 de fecha 28 de julio de 2008, la cual estableció que "el IDEA asumiría la capitalización del próximo 17 de julio de 2008" no obligaba a mi mandante a vender las acciones que este suscribió en virtud de la resolución 006 de 2008 de la sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P.*

Pretensión Subsidiaria a la pretensión Consecucional de la pretensión quinta: *Que se declare que el párrafo segundo de la cláusula segunda del contrato de fecha 28 de julio de 2008, la cual estableció que "el IDEA asumirá la capitalización del próximo 17 de julio de 2008", es ineficaz, por tratarse de una potestad de mi mandante que para el día 28 de julio de 2008, fecha de suscripción del contrato, ya se había ejercido y por ende extinguido.*

Pretensión Subsidiaria de la pretensión Subsidiaria de la Pretensión Consecucional de la pretensión quinta: *Que se declare como no escrito el párrafo segundo de la cláusula segunda del contrato de fecha 28 de julio de 2008, la cual estableció que "el IDEA asumirá la capitalización del próximo 17 de julio de 2008", por contener una obligación imposible de cumplir.*

Sexta: *Que se declare que la Sociedad Asfaltos y Vías Ltda. suscribió y pagó las acciones que le fueron ofrecidas de la resolución 006 de 2008 en debida forma y tiempo.*

Séptima: *Que se declare que en virtud del contrato 0388 de fecha 28 de julio de 2008, el precio efectivamente pagado por el IDEA a la sociedad Asfaltos y Vías Ltda., por cada una de las 12.983 acciones ordinarias pagadas fue de TREINTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO PESOS (\$36.854).*

Octava: *Que se declare que en razón del contrato número 0388 del 28 de julio de 2008, el Instituto para el Desarrollo de Antioquia – IDEA- no transfirió suma adicional alguna a Asfaltos y Vías Ltda. diferente a la resultante de multiplicar la cantidad de 12.983 acciones ordinarias pagadas por el precio convenido por acción.*

Novena: *Que se declare que la carta suscrita por Asfaltos y Vías Ltda. de fecha 25 de agosto de 2008 modificó el contrato 0388, sobre la cantidad de acciones que dicha sociedad le transfería al Instituto para el Desarrollo de Antioquia – IDEA-, más no el precio unitario a pagar por acción.*

Pretensión consecucional a la pretensión novena: *Que en virtud del contrato de compraventa de acciones N. 0388 celebrado entre el Instituto para el Desarrollo de Antioquia – IDEA- y Asfaltos y Vías Ltda., y la modificación realizada por la carta del 25 de agosto de 2008, el Instituto para el Desarrollo de Antioquia – IDEA- adquirió todas las acciones que Asfaltos y Vías tenía de la*

**TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA – IDEA –**

Vs.

ASFALTOS Y VIAS LTDA.

32

sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P. a razón de TREINTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO PESOS (\$36.854) cada una, o por el mayor o menor valor que se pruebe en el proceso.

Segunda Pretensión consecuencial a la pretensión novena: Que se declare que el IDEA no ejecutó la prestación de pagar a Asfaltos y Vías Ltda. el valor de TREINTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO PESOS (\$36.854) por acción, o el mayor o menor valor que se pruebe en el proceso, por cada una de las acciones que recibió de Asfaltos y Vías Ltda., en exceso de las 12.983 acciones ordinarias pagadas que fueron objeto inicial de venta en el contrato No. 0338 de julio 28 de 2008.

Tercera Pretensión consecuencial a la pretensión novena: Que como consecuencia de la modificación de la cantidad de acciones traditadas por el contrato de compraventa no. 0388 y del incumplimiento contractual del Instituto para el Desarrollo de Antioquia – IDEA-, por cuanto no pagó la totalidad del precio convenido a Asfaltos y Vías Ltda.,- conforme a lo dispuesto en la cláusula segunda del mismo-, se ordene al Instituto para el Desarrollo de Antioquia – IDEA- a dar cumplimiento forzoso al mismo y se le condene a indemnizar los perjuicios que por dicho incumplimiento le haya causado a mí mandante, según sean estos sean probados en el proceso.

Pretensión subsidiaria a la pretensión novena: Que se declare que según la cláusula octava del contrato número 0388 de fecha 28 de julio de 2008, para la modificación del contrato se requería la firma de los dos contratantes y que como consecuencia de lo anterior, se declare que la manifestación unilateral de Asfaltos y Vías Ltda. de fecha 25 de agosto de 2008, no tenía la entidad jurídica suficiente para modificar el contrato N. 0388 celebrado el 28 de julio de 2008, y que en consecuencia la sociedad Asfaltos y Vías Ltda. es la titular legítima de las acciones que suscribió en virtud de la resolución 006 de 2008 de la sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P., de todas las demás acciones que tenía suscritas a la fecha 28 de julio de 2008, y de las que hubiere podido suscribir posteriormente con base en aquellas.

Pretensión consecuencial a la subsidiaria de la pretensión novena: Que se declare que las acciones que Asfaltos y Vías Ltda. suscribió en virtud de la Resolución 006 de 2008, y las demás que tenía suscritas para el día julio 28 de 2008, que excedían la cantidad de 12.983, nunca hicieron parte del objeto inicial del contrato de compraventa 0388 celebrado entre el Instituto para el Desarrollo de Antioquia – IDEA- y Asfaltos y Vías Ltda., y que por ende la convocada se apropió de veinticuatro mil novecientas cincuenta y ocho (24.958) acciones de la Convocante, o la mayor o menor cantidad que se pruebe en el proceso, sin justo título, y que las acciones suscritas posteriormente con base en aquellas fueron también apropiadas sin justo título, y que todas ellas fueron registradas a nombre del IDEA por influencia del mismo Instituto para el Desarrollo de Antioquia – IDEA-, en julio de 2009 o la fecha que se pruebe, sin que mediara consentimiento alguno u orden escrita de mi representada.

Cuarta pretensión consecuencial a la subsidiaria de la pretensión novena: Se condene a la convocada a restituir las acciones que Asfaltos y Vías Ltda. suscribió en virtud de la Resolución 006 de 2008, y las demás que tenía suscritas para el día julio 28 de 2008, que excedían la cantidad de 12.983, al igual que las demás acciones suscritas posteriormente en ejercicio de los derechos por aquellas conferidos, y en subsidio, si no es posible la restitución de acciones de la misma clase, especie y valor, se se condene al IDEA a pagarlas, con un valor mínimo de TREINTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO PESOS CON CINCUENTA CENTAVOS (\$36.854,50) por acción, o la mayor suma que aparezca probada en el presente proceso, con sus respectivos intereses moratorios.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA – IDEA –
Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA.

33

Pretensión subsidiaria de la pretensión subsidiaria de la pretensión novena: Que se declare que el día 25 de agosto de 2008, Asfaltos y Vías Ltda. inducido a error en el consentimiento por la sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P. y por el Instituto para el Desarrollo de Antioquia – IDEA-, suscribió una carta en donde se manifestaba que desde el pasado 16 de julio había cedido la totalidad de las acciones que poseía en la sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P., al Instituto para el Desarrollo de Antioquia – IDEA-, y que este acto se encuentra viciado de nulidad relativa, ordenando efectuar las restituciones recíprocas a que haya lugar, incluida la devolución de todas las acciones y demás derechos en exceso a los que expresamente se refiere el contrato de compraventa no. 0388 o las que se logren probar en el proceso. O en subsidio que se haga la misma declaración y condena por haber estado viciada tal declaración por dolo, o en subsidio de éste la declaración de inexistencia del acto por ausencia de causa y similar condena.

Pretensión subsidiaria de la pretensión subsidiaria de la pretensión subsidiaria de la pretensión novena: Que se declare que para la época comprendida entre los días 16 de julio de 2008 y 28 de julio de 2008, la negociabilidad de las acciones de la sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P. estaba limitada por el derecho de preferencia en la cesión de las mismas, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 9 y 14 de los estatutos sociales y en el anverso de los títulos accionarios de la época, y que como consecuencia declare el Tribunal la nulidad absoluta de dicho negocio jurídico de compraventa, o en subsidio su ineficacia, y se ordene a las partes efectuar las restituciones recíprocas y se oficie a la sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P. para que efectúe las correspondientes anotaciones en el libro de registro de acciones, para efecto de dejar las cosas en el estado anterior. Y de todo ello como consecuencia:

1. Que se declare que las acciones que Asfaltos y Vías Ltda. suscribió en virtud de la Resolución 006 de 2008, y las demás que tenía suscritas para el día julio 28 de 2008, que excedían la cantidad de 12.983, nunca hicieron parte del objeto inicial del contrato de compraventa 0388 celebrado entre el Instituto para el Desarrollo de Antioquia – IDEA- y Asfaltos y Vías Ltda, y que por ende la convocada se apropió de veinticuatro mil novecientos cincuenta y ocho (24.958) acciones de la Convocante, o la mayor o menor cantidad que se pruebe en el proceso, sin justo título, y que las acciones suscritas posteriormente con base en aquellas fueron también apropiadas sin justo título, y que todas ellas fueron registradas a nombre del IDEA por influencia del mismo Instituto para el Desarrollo de Antioquia – IDEA-, en julio de 2009 o la fecha que se pruebe, sin que mediara consentimiento alguno u orden escrita de mi representada.

2. Se condene a la convocada a restituir las acciones que Asfaltos y Vías Ltda. suscribió en virtud de la Resolución 006 de 2008, y las demás que tenía suscritas para el día julio 28 de 2008, que excedían la cantidad de 12.983, al igual que las demás acciones suscritas posteriormente en ejercicio de los derechos por aquellas conferidos, y en subsidio, si no es posible la restitución de acciones de la misma clase, especie y valor; se condene al IDEA a pagarlas, con un valor mínimo de TREINTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO PESOS CON CINCUENTA CENTAVOS (\$36.854,50) por acción, o la mayor suma que aparezca probada en el presente proceso, con sus respectivos intereses moratorios.

Décima: Que se declare que para todos los efectos entre las partes, el precio mínimo de una acción de la sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. era de TREINTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS CUARENTA PESOS moneda legal colombiana (\$36.840), o el mayor valor que se pruebe dentro del proceso.

Decimoprimer: Que se condene al Instituto para el Desarrollo de Antioquia – IDEA- al pago de la indemnización de perjuicios causados a Asfaltos y Vías Ltda., los cuales se estiman bajo juramento en la suma de MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y CINCO

**TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA – IDEA –
Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA .**

34

MILLONES SETECIENTOS OCHENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS VEINTITRES PESOS CON CINCUENTA CENTAVOS (\$1.845.783.923,50) cifra que se obtiene de una estimación de las acciones de que Asfaltos y Vías Ltda. es legítimo propietario, multiplicado por \$36.854,50 que vale cada acción, o la suma mayor o proveniente de otra causa que aparezca probada en el proceso.

Decimosegunda: Condénese al Instituto para el Desarrollo de Antioquia – IDEA- al pago de las costas y gastos del presente proceso – incluidas las agencias en derecho.

Decimotercera: Oficiése a la sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P. para que efectúe las correspondientes anotaciones en el libro de registro de acciones.

Decimocuarta: Que sobre los montos de cualquiera de las condenas que imponga el Tribunal, se condene a pagar a la parte demandada, las correspondientes sumas actualizadas e indexadas y que se advierta, que a partir del Laudo se causaran sobre las correspondientes condenas intereses comerciales moratorios a la máxima tasa legal vigente."

Contestación a la reforma de la demanda de reconvencción:⁷²

IDEA contestó oportunamente la reforma a la demanda de reconvencción formulada por ASFALTOS, manifestando que *"Respecto de las pretensiones deprecadas por el demandante en reconvencción, me opongo a las mismas..."*, pronunciándose sobre las pretensiones y formulando las siguientes excepciones:

1. Inexistencia de restricción a la libre negociabilidad de las acciones de propiedad de los particulares
2. Carga de la prueba.

F.-LAS PRUEBAS PRACTICADAS EN EL PROCESO

Mediante auto de fecha 31 de octubre de 2011⁷³, el Tribunal decretó las pruebas pedidas por las partes, las cuales se practicaron en su totalidad, salvo las que fueron legalmente desistidas por las partes, así:

PRUEBA TESTIMONIAL: Fueron decretados y practicados los siguientes testimonios, recibidos en audiencia en las fechas que a continuación se relacionan:

TESTIMONIO	FECHA	FOLIO N°
Carlos Eduardo Duque Escobar	05 de marzo de 2012	581 y 583 Cuaderno Principal
José Alberto Gómez Montoya	05 de marzo de 2012	581 y 583 Cuaderno Principal
Marcela Gallego Martínez	09 de marzo de 2012	584 y 588 Cuaderno Principal
Federico José Restrepo Posada	09 de marzo de 2012	586 y 589 Cuaderno Principal
Angela María Gutiérrez Duque	09 de marzo de 2012	586 y 590 Cuaderno Principal

Las transcripciones de las anteriores declaraciones se encuentran entre los folios 5 y 76 del cuaderno denominado "Prueba Oral" (Cuaderno 4).

⁷² *Ibidem*, folio 475.

⁷³ *Ibidem* 503 y subsiguientes.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA – IDEA –
Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA.

35

La recepción de los testimonios de los restantes testigos, que fue decretada por el Tribunal, fue desistida posteriormente por la parte que los había solicitado⁷⁴

INSPECCIONES JUDICIALES CON EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS: Se decretaron y practicaron las siguientes inspecciones judiciales con exhibición de documentos:

INSPECCIÓN JUDICIAL CON EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS	FECHAS	FOLIOS
Instituto para el Desarrollo de Antioquia	Noviembre 18 de 2011	516 cuaderno principal
Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P.	Notificación: Noviembre 28 de 2011. Diligencia: 15 de diciembre de 2011 (Suspendida)	534 a 541 cuaderno principal
Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P.	Continuación: Enero 12 de 2012.	551 a 567 cuaderno principal

TESTIMONIO DE OFICIO: Durante la inspección judicial llevada a cabo en la sociedad HPI S.A. E.S.P., el Tribunal ordenó, de oficio, recibir el testimonio del doctor WILSON VELEZ RESTREPO, identificado con la cédula de ciudadanía N° 8'292.265, quien se desempeñaba como Secretario General de la mencionada sociedad⁷⁵.

DOCUMENTOS: Con la demanda y la contestación, en el curso del proceso -inclusive aportadas por los declarantes- y aun en las inspecciones y pericias, se recaudaron piezas documentales que, debidamente estudiadas por el Tribunal, se valorarán según el mérito probatorio que la ley procesal vigente les asigna. Con todo, se destaca que en los documentos obtenidos mediante la pericia informática, muchos de ellos no cuentan con la autenticidad suficiente, por no saberse su autor, por ejemplo, razón por la cual el Tribunal apenas ha podido considerarlos como eventual fuente de indicios, en la medida de la coherencia de lo que reflejan en relación con los hechos probados en el proceso acerca de la negociación entre las partes procesales y el desarrollo mismo de la vida social de **HPI S.A. E.S.P.**, así como la participación del IDEA, todo para la época comprendida entre 2008 y 2009.

DICTÁMENES PERICIALES: Se decretaron y practicaron todos los dictámenes periciales. Uno solicitado por ASFALTOS y otro decretado por el Tribunal, así:

- **Dictamen pericial Contable y Financiero:** Solicitado por ASFALTOS, para el cual el Tribunal designó como perito al doctor CESAR MAURICIO OCHOA PEREZ.
- **Dictamen pericial Informático:** Decretado de oficio por el Tribunal, para el cual se designó como perito a la sociedad ISOTEC LTDA., representada por el señor EDWIN HINCAPIE CORRALES.

⁷⁴ ibidem folios 505,597 y 602.

⁷⁵ ibidem, folios 564 y 565

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA – IDEA –
Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA.

36

Mediante auto⁷⁶, el Tribunal estimó necesaria la realización de una audiencia, dentro de la cual los auxiliares designados explicarían los escritos presentados los días 14 y 15 de mayo, para el perito contable y financiero y para el perito informático, respectivamente, con el fin de que en ella resolvieran los interrogantes que les fueran formulados en esa ocasión por el Tribunal y por los apoderados de las partes. La apoderada del IDEA manifestó que *"no tiene preguntas para ninguno de los peritos"*, mientras el apoderado de ASFALTOS realizó varias preguntas, las cuales el Tribunal ordenó grabar para posteriormente transcribirlas, tal como se encuentran en el cuaderno denominado Prueba Oral.

PRUEBAS MEDIANTE EXHORTOS: En desarrollo de las pruebas decretadas durante el proceso, se enviaron los siguientes Oficios, los cuales, en su totalidad, fueron contestados por parte de las respectivas entidades, organismos o personas destinatarias:

ACTO	DESTINATARIO
EXHORTO (Folio 600 Cuaderno principal)	Cámara de Comercio de Medellín. Respuesta en folio 614 cuaderno principal.
EXHORTO (Folio 601 Cuaderno principal)	Superintendencia de Sociedades, Regional Medellín. Respuesta en 3 cuadernos, denominados Supersociedades, Cuadernos 5-1, 5-2 y 5-3
EXHORTO (Folio 635 Cuaderno principal)	Tribunal de Arbitramento de CONSTRUCCIONES POLIEDRO LTDA. Vs. HIDROELECTRICA PESCADERO ITUANGO S.A. E.S.P. Respuesta: Folio 636 Cuaderno principal.

G.-LOS TÉRMINOS PROCESALES

Surtidas en legal forma todas las etapas procesales del arbitramento, el Tribunal se halla dentro del término legal para proferir el presente laudo, habida cuenta que el plazo de seis (6) meses contados a partir de la primera audiencia de trámite de que dispone para ello, de conformidad con lo establecido en el artículo 103 de la ley 23 de 1991, comenzó a correr en la fecha en que culminó la Primera Audiencia de Trámite, el 8 de noviembre de 2011⁷⁷, habiendo sido suspendidos los términos en varias oportunidades por solicitud conjunta de las partes, así:

FECHAS	DIAS HABILES	FOLIO
Noviembre 24 – diciembre 14 de 2011	14 días	(Folio 527 Cuaderno principal)
Diciembre 16 – Enero 11 de 2012	18 días	(Folio 539 Cuaderno principal)
Enero 28 – Febrero 3 de 2012	5 días	(Folio 574 Cuaderno principal)
Febrero 9 – Febrero 27 de 2012	13 días	(Folio 575 Cuaderno principal)
Marzo 28 – Abril 13 de 2012	13 días	(Folio 596 Cuaderno principal)

⁷⁶ Ibidem, folio 625.

⁷⁷ Ibidem, folio 513.

**TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA - IDEA -
Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA.**

37

Abril 30 – Mayo 25 de 2012	11 días	(Folio 613 Cuaderno principal)
Junio 28 – Septiembre 7 de 2012	49 días	(Folio 634 Cuaderno principal)
Septiembre 12 – 14 septiembre de 2012	3 días	(Folio 640 Cuaderno principal)
Septiembre 18 – Octubre 26 de 2012	28 días	(Folio 642 Cuaderno principal)
TOTAL DIAS HABILES	154 DIAS	

**CAPÍTULO II
CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL EN CUANTO A LAS PRUEBAS**

Las pruebas se practicaron y allegaron al expediente con observancia de las disposiciones legales sobre la materia. Además de lo expuesto, el Tribunal hace algunas precisiones y apreciaciones sobre dos pruebas específicas: la prueba pericial informática y la exhibición de documentos por un tercero.

A.-PRUEBA PERICIAL INFORMATICA

El perito entregó al Tribunal el contenido encontrado en los computadores del IDEA, con base en un índice de nombres de funcionarios vinculados al negocio de IDEA con los accionistas minoritarios de HPI S.A. E.S.P., los roles que cumplieron, siguiendo un índice de palabras claves, que igualmente entregó al Tribunal.

La información se encuentra recogida en un disco duro externo, según se relacionó en el acápite de la conformación del expediente, con su disco de respaldo. Dentro de la audiencia decretada con el fin que los peritos explicaran sus escritos y resolvieran los interrogantes de las partes, el perito informático advirtió al Tribunal que no había logrado acceso a los correos electrónicos de los diferentes funcionarios, por cuanto el secretario general del IDEA se había opuesto con el pretexto de que se violaría la intimidad de los empleados. Esta oposición constituyó un desacato a las órdenes del Tribunal y permite deducir de esta conducta procesal un indicio en contra, pues hubo un ocultamiento de información que pudo haber sido útil al proceso, de lo que se puede inferir que la conducta de no suministrar información es iterativa en el IDEA, situación que el Tribunal valorará en conjunto con las demás pruebas.

B.- OPOSICIÓN A EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS

En este punto el Tribunal remite al acápite OTRAS CUESTIONES Y PARTE RESOLUTIVA “EVALUACIÓN DE LA CONDUCTA DE LA HIDROELECTRICA EN LA INSPECCIÓN JUDICIAL PRACTICADA A LA ENTIDAD”, en el CAPITULO IV del este laudo, donde se hacen las consideraciones sobre cuestiones accesorias y se analiza la conducta de la sociedad HPI S.A. E.S.P. en las diligencias adelantadas en sus instalaciones.

**CAPÍTULO III
CONSIDERACIONES DE FONDO DEL TRIBUNAL**

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA – IDEA –
Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA.

38

Entiende el Tribunal que en este proceso subyacen como temas presentes tanto en torno a la demanda como a la reconvencción y a las contestaciones de una y otra, algunos asuntos comunes que van a tratarse de manera preliminar, entre ellos, el contrato de suscripción de acciones y el derecho de preferencia, particularmente, en la negociación de las acciones realizada entre ASFALTOS, como vendedora y el IDEA, como compradora. De su análisis se derivarán las apreciaciones suficientes para despachar las pretensiones de las partes y sus oposiciones respectivas, sin atención rigurosa al orden de algunas de ellas, como la eventual existencia del derecho de preferencia en el caso de autos, que se califica de prioritario para decidir, a pesar de haberse incluido como asunto por resolver en petición subsidiaria.

A.- EL CONTRATO DE SUSCRIPCION DE ACCIONES

La suscripción de acciones parte de una oferta que hace una sociedad por acciones a sus socios -oferta cerrada- o al público, para que los destinatarios de ésta manifiesten su interés en un tiempo determinado y puedan acceder a la propiedad de las acciones que la oferente ha emitido y que ofrece en los términos expresados en el Reglamento de Colocación de Acciones, adoptado por el órgano competente de la sociedad.

Según las voces del Código de Comercio:

"...la suscripción de acciones es un contrato por el cual una persona se obliga a pagar un aporte a la sociedad de acuerdo con el reglamento respectivo y a someterse a sus estatutos. A su vez, la compañía se obliga a reconocerle la calidad de accionista y a entregarle el título correspondiente⁷⁸...."

El contrato se perfecciona con la aceptación de la oferta, así se haya otorgado plazo para el pago del precio, en el reglamento respectivo. Bien lo ha dicho la Superintendencia de Sociedades en el oficio 220-49207 del 26 de septiembre de 2002, reiterado en el concepto 27834 de 1 de abril de 2008:

"[...] el contrato, de suyo consensual, se entiende perfeccionado desde el momento que se concreta el acuerdo de voluntades entre el suscriptor que se obliga en los términos del reglamento de colocación y la sociedad que hizo la oferta, luego es a partir de la aceptación de la oferta, dentro del término de la misma, que el suscriptor adquiere la calidad de accionista con todos los derechos que la ley le confiere dentro de las limitaciones preestablecidas en la ley o en los estatutos, ya sea respecto del voto, del traspaso o negociación de acciones, etc."

Para el pago de las acciones suscritas, es posible que se otorguen plazos, los cuales deben constar en la oferta, cuya aceptación implica que el adquirente contrae una obligación de dar, en un tiempo determinado, pero con la plenitud de los derechos y obligaciones como accionista. Así dice la Superintendencia:

"[...] la obligación de pagar las acciones que se suscriben con ocasión de un proceso de colocación de acciones, depende de que de manera previa se haya perfeccionado el contrato de suscripción entre la sociedad y el aceptante de la oferta, razón por la cual no resulta viable consagrar en el reglamento correspondiente, que la suscripción como acto jurídico que es, se consolide hasta tanto no se haga efectivo el pago íntegro de las acciones."

⁷⁸ Cfr. Código de Comercio, artículo 384.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA – IDEA –
Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA.

39

Además porque ante el incumplimiento en el pago de las acciones por parte del suscriptor, la solución que se impone es la consagrada en el artículo 397 del Código de Comercio⁷⁹

El texto legal que se menciona es de claridad meridiana, dice así:

“Cuando un accionista esté en mora de pagar las cuotas de las acciones que haya suscrito, no podrá ejercer los derechos inherentes a ellas. Para este efecto, la sociedad anotará los pagos efectuados y los saldos pendientes.

Si la sociedad tuviere obligaciones vencidas a cargo de los accionistas por concepto de cuotas de las acciones suscritas, acudirá a elección de la junta directiva, al cobro judicial, o a vender de cuenta y riesgo del moroso y por conducto de un comisionista, las acciones que hubiere suscrito, o a imputar las sumas recibidas a la liberación del número de acciones que correspondan a las cuotas pagadas, previa deducción de un veinte por ciento a título de indemnización de perjuicios, que se presumirán causados.

*Las acciones que la sociedad retire al accionista moroso las colocará de inmediato”.
(Subrayas del Tribunal)*

Lo dicho deja colegir que con la sola aceptación de la oferta los derechos efectivamente se adquieren, pero su ejercicio se suspende y no por razón del plazo, sino como sanción en caso de mora. Al respecto la Superintendencia añade:

“De la norma transcrita se desprende que si un accionista se encuentra en mora de pagar las cuotas de las acciones suscritas, esto es, cuando no ha cumplido su obligación dentro del término fijado en los estatutos sociales o en el correspondiente reglamento de colocación de acciones según el caso (artículos 110 Núm. 5º y 386 Núm. 5º C.Co, y 1608 Núm. 1º C.C.), dicho asociado no puede ejercer los derechos que se derivan de tal calidad, entre los que se cuentan el de participar en las deliberaciones de la asamblea general de accionistas y el de votar en ella (artículo 379 Núm. 1º C.Co).

La misma prohibición en opinión de este Despacho opera también en los casos en los que el accionista ya no solo ha incumplido con la cancelación de cuotas de las acciones suscritas sino con la totalidad del pago de estas, ya que resultaría inequitativo que un asociado que ni si quiera ha pagado el mínimo que le señala la ley pudiera ejercer los derechos en la sociedad, y que aquel que solo incumplió el pago de una cuota estuviere imposibilitado para hacer uso de los derechos como accionista. Además considerando que se está en mora bien por el incumplimiento del pago de una cuota o bien por el no pago de la totalidad del valor de la acción dentro de los vencimientos estipulados en los estatutos o en el respectivo reglamento de suscripción de acciones.”⁸⁰

Y como se trata de derechos adquiridos, la enajenación de acciones suscritas es perfectamente posible y de esa manera está previsto en el art 405 del C.Co⁸¹ que afirma la negociabilidad pero le adiciona una nota apenas lógica: el suscriptor y los subsiguientes adquirentes son solidariamente responsables frente a la sociedad emisora por el valor no pagado de tales acciones.

⁷⁹ Ver: Concepto 27834, de 01-04-2008, Superintendencia de Sociedades

⁸⁰ Ver: Oficio 220-053980 del 13 de noviembre de 2007, Superintendencia de Sociedades.

⁸¹ Negociación de acciones nominativas no pagadas en su totalidad: Las acciones nominativas no pagadas en su integridad podrán ser negociadas, pero el suscriptor y los adquirentes subsiguientes serán solidariamente responsables del importe no pagado de las mismas

**TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA - IDEA -**

Vs.

ASFALTOS Y VIAS LTDA.

40

El contrato de compraventa de acciones entre IDEA y ASFALTOS y el derecho de preferencia.

Como corolario del acápite anterior, surge la necesidad de examinar el contrato celebrado entre el IDEA y ASFALTOS y si el mismo debió sujetarse al derecho de preferencia.

En el caso bajo estudio, se trata de un contrato de cesión de 12.983 acciones nominativas, cuya negociación inició el 16 de julio de 2008, según el documento de esa fecha distinguido con el número 342, acciones que ASFALTOS tenía, suscritas y pagadas, en la sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango, certificadas en títulos expedidos por esta última sociedad, los cuales fueron emitidos con base en las anotaciones que la misma Hidroeléctrica debió tener (y tenía) en su libro de registro de accionistas, con algunos agregados que recoge el documento número 388 de 28 de julio del mismo año y que según sus voces contiene el texto definitivo ajustado entre las partes.

Para arribar a la conclusión afirmada en el párrafo precedente, el Tribunal tuvo en cuenta varios documentos que reposan en el expediente, obtenidos en la inspección judicial que se llevó a cabo en el IDEA, como por ejemplo:

- A folios 17 - 18 del folder denominado "**CONTRATOS PAULA ANDREA GÓMEZ POSADA**" (Carpeta 20 Inspección judicial IDEA) se encuentra la comunicación # 2044 de 21/07/08 de Hidroituango a IDEA GERENCIA: Certifica que en el libro de accionistas se encuentran registradas a nombre del Instituto para el Desarrollo de Antioquia IDEA (obtenidas de) Asfaltos y Vías Ltda. 12.983 acciones.
- A folios 125 del cuaderno denominado "**Inversiones en Renta variable Hidroituango S.A. Capitalizaciones I**" (Carpeta 1 Inspección judicial IDEA) hay una comunicación de fecha 16 07 2008: que dice: "*De Hidroituango Gerencia. A Gerente IDEA. ASUNTO: Acciones pagadas antes de la actual capacitación (sic.) me permito acompañar el cuadro de la referencia que incluye las acciones que se tenían a 31 de diciembre 2007, las tres consignaciones correspondientes a los reglamentos de colocación de las acciones ordenados por la asamblea general de 31 de enero y redactados por la junta directiva:*" ... Y en lo que concierne a este proceso:

SOCIOS	ACC.2007	1.CONSIG	2.CONSIG	3.CONSIG	TOTAL CONS.	TOTAL
ASFALTOS Y VÍAS LTDA.	4.888.000	7.760.000	335.000	0	8.095.000	12.983.000

Nótese que no se informa el número de acciones sino su valor a partir de \$1.000 que es el nominal.

El documento N° 342 de 16 de julio se refiere entonces a las 4.888 acciones que tenía ASFALTOS, la cedente, a 31 diciembre 2007, más 8.095 acciones suscritas y pagadas de la *emisión* ordenada el 31 de enero de 2008, para un total a esa fecha de 12.983 acciones suscritas y pagadas que son las mismas que aparecen en documento contrato 388 de 28 de julio de 2008.

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA – IDEA –**

**Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA.**

41

La inteligencia que el Tribunal da al presente asunto ha sido también la de algunos actores involucrados en él. Así, a folios 11 y 12 del folder⁸² denominado DOCUMENTOS DESCARGADOS QDOCUMENTO HIDROITUANGO, hay un documento de fecha 08 06 2009, distinguido con el #0906425, en el cual el SECRETARIO DE LA HIDROELECTRICA comunica al GERENTE DE ASFALTOS Y VIAS LTDA. que:

“...Si bien es cierto que mediante cartas calendadas en octubre 8 de 2008, y marzo 16 y 23 de 2009 insiste en un supuesto incumplimiento por parte del IDEA del contrato de enajenación de acciones suscrito el ...16 de julio de 2008, refrendado por otro de fecha 28 de los mismos...”(Negrillas, subrayas y cursivas fuera del texto)

Esta comunicación ejemplifica el conocimiento que tenía la sociedad emisora de las acciones, que el contrato fue acordado y tuvo inicio en la fecha indicada en el documento distinguido con el N° 0342.

Ahora bien, el vendedor realizó la entrega de los títulos debidamente endosados, y ese endoso sustituye cualquier carta de cesión, según el artículo 11º de los estatutos de HIDROITUANGO:

“ARTÍCULO 11. REGISTRO DEL TRASPASO DE ACCIONES. Para que cualquier traspaso de acciones sea oponible a la sociedad y a terceros, será necesario registrar el traspaso en el Libro de Registro de Accionistas, previa orden escrita del cedente, la cual podrá darse en la forma de endoso en el respectivo certificado...”

Sin embargo, la comunicación formal de la venta también se hizo por carta (1798-001) que entregó el vendedor el 22 de julio, dirigida al IDEA y “a quien corresponda”⁸³. Por eso se asentó la venta de las 12.983 acciones antes de que se suscribiera el documento 388 y, asentada formalmente en el libro de accionistas, quedó cumplida la obligación del vendedor, en lo que concierne a la transferencia de las acciones.

La negociación, fue, aunque sea dicho con simpleza, de 12.983 acciones. Y en el contrato se expresó que:

“El comprador asumirá la capitalización del accionista vendedor a realizarse el próximo 17 de julio de 2008” (parágrafo segundo de la cláusula segunda).

Como es evidente, si este pacto hubiera sido acordado el 28 de julio de 2008, carecería de sentido por referirse a una fecha ya pasada. En cambio sí lo tenía en el documento de 16 de julio y corrobora plenamente que entre las partes sólo hubo un contrato.

Y como no puede extenderse el contrato a más de lo contratado, deviene claro que la capitalización a que se hace referencia era la que vencía el 17 de julio y no otras posteriores a las que pudiera tener derecho la reconviniente. Pero, ciertamente, la compradora, para futuras suscripciones de acciones, actuaría con derecho derivado de las 12.983 acciones adquiridas.

Igualmente estima el Tribunal que se hace necesario indagar sobre la negociabilidad de las acciones, porque de ella depende la validez misma del contrato de cesión celebrado entre las partes: No pueden cederse libremente acciones sujetas al derecho de preferencia.

⁸² Carpeta #53 de la Inspección en el IDEA

⁸³ Ver folio 62, anexos a la demanda de reconvenición.

**TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA – IDEA –
Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA .**

42

“Preferencia” Según el DRAE es:

“Primacía, ventaja o mayoría que alguien o algo tiene sobre otra persona o cosa, ya en el valor, ya en el merecimiento”.

El derecho de preferencia es una excepción a la norma general de negociabilidad de las acciones, en tanto que son títulos valores. A propósito el artículo 410 del C.Co. dispone en ese sentido:

*“Las acciones serán libremente negociables, con las excepciones siguientes:
1a) Las privilegiadas, respecto de las cuales se estará a lo dispuesto sobre el particular;
2a) Las acciones comunes respecto de las cuales se haya pactado expresamente el derecho de preferencia;
3a) Las acciones de industria no liberadas, que no serán negociables sino con autorización de la junta directiva o de la asamblea general, y
4a) Las acciones gravadas con prenda, respecto de las cuales se requerirá la autorización del acreedor.” (Negritas fuera de texto)*

Por eso la Superintendencia ha dicho que:

“De la norma citada se infiere que, salvo que en los estatutos sociales se consagre el derecho de preferencia, las acciones son libremente negociables, es decir, su titular puede enajenarlas total o parcialmente a los accionistas o a terceros, sin que para ello requiera autorización o agotar procedimiento contractual o legal alguno.”⁸⁴

El derecho de preferencia otorga una primacía o ventaja a los accionistas o a la sociedad con el fin de mantener la composición de los grupos que tienen poder decisorio y garantizar a los minoritarios que sus derechos se mantendrán en valores relativos respecto de los mayoritarios. Y se hace patente en dos momentos:

- En la negociación de acciones emitidas y suscritas (debe estar pactado en normas estatutarias, dando primacía a la sociedad y subsidiariamente a los accionistas o viceversa)
- En la suscripción de acciones ordinarias⁸⁵ emitidas con el fin de capitalizar la sociedad, en cuyo caso, a falta de normas expresas se aplica el reglamento que para el efecto establezca la Junta Directiva con observancia del Art. 338 del C.Co.

Para la negociación de acciones emitidas y suscritas debe darse además, aplicación al artículo 407 del mismo estatuto mercantil:

“Art. 407. Derecho de preferencia en la negociación. Si las acciones fueren nominativas y los estatutos estipularen el derecho de preferencia en la negociación, se indicarán los plazos y condiciones dentro de los cuales la sociedad o los accionistas podrán ejercerlo; pero el precio y la forma de pago de las acciones serán fijados en cada caso por los interesados y, si éstos no se pusieren de acuerdo, por peritos designados por las partes o, en su defecto, por el respectivo superintendente. No surtirá ningún efecto la estipulación que contraviniera la presente norma.”

⁸⁴ SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Concepto Jurídico No 220-003942 del 02 de Febrero de 2006.

⁸⁵ C.CO. ARTÍCULO 384. La suscripción de acciones es un contrato por el cual una persona se obliga a pagar un aporte a la sociedad de acuerdo con el reglamento respectivo y a someterse a sus estatutos. A su vez, la compañía se obliga a reconocerle la calidad de accionista y a entregarle el título correspondiente.

**TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA – IDEA –
Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA.**

43

Mientras la sociedad tenga inscrita sus acciones en bolsas de valores, se tendrá por no escrita la cláusula que consagre cualquier restricción a la libre negociabilidad de las acciones."(Subrayas fuera de texto)

De acuerdo con estas normas, hay dos aspectos importantes por destacar, para el caso en litigio:

- Que el derecho de preferencia no rige si no se pacta en los estatutos, lo cual implica que el artículo 407 no es norma imperativa; y tampoco puede tener esa categoría la norma estatutaria que lo establezca.
- Que en los estatutos debe aparecer el procedimiento para que tenga curso el derecho de preferencia y los plazos y condiciones para su ejercicio.

En igual sentido la Superintendencia de Sociedades ha dicho que:

"De la norma citada se infiere que, salvo que en los estatutos sociales se consagre el derecho de preferencia, las acciones son libremente negociables, es decir, su titular puede enajenarlas total o parcialmente a los accionistas o a terceros, sin que para ello requiera autorización o agotar procedimiento contractual o legal alguno⁸⁶."

Acerca de la enajenación de acciones de sociedad anónima por el accionista, sin respetar ese derecho de preferencia, se han construido dos tesis:

- Para el autor Francisco Reyes Villamizar y quizás para la nombrada Superintendencia, la preterición del derecho de preferencia es fuente de nulidad absoluta. Se basa en que el código de comercio establece que las acciones son libremente negociables, a menos que se haya pactado expresamente el derecho de preferencia. Por tanto, se trata de una norma imperativa y su violación produce nulidad absoluta.
- A diferencia de la que precede, se sostiene por otra corriente que en el Código de Comercio se regula que la preferencia existe si se estipula, es decir, es un elemento accidental del contrato, que implica una obligación frente a la cual habrá incumplimiento si no se respeta, pero no nulidad, porque no son normas imperativas. Luego, si hay incumplimiento habrá restitución pero para que se cumpla con la obligación de hacer: la que fijan los estatutos en cuanto a la preferencia⁸⁷.

Si se sigue la segunda tesis, más aceptable que la primera, se facilita la interpretación de los artículos 9, 13 y 14 de los estatutos de HPI S.A. E.S.P., como enseguida se indica.

Primero que todo, téngase en cuenta que se trata de acciones ordinarias y nominativas⁸⁸. Con esa aclaración, la revisión de los estatutos arroja el siguiente resultado⁸⁹:

⁸⁶ SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Concepto Jurídico No 220-003942 del 02 de Febrero de 2006

⁸⁷ MARTÍNEZ Neira, op. Cit.

⁸⁸ Dicen los estatutos de la sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango: "ARTÍCULO 12. CLASES DE ACCIONES: Las acciones de la sociedad son nominativas y ordinarias. Los certificados profesionales (sic) y los títulos definitivos se expedirán e inscribirán de acuerdo con la ley".

⁸⁹ Escritura 771 de 19 de marzo de 2003, Notaria 18 de Medellín. A la fecha de la reforma, Asfaltos y vías tenía 4.310 acciones que valían 4.310.345 pesos, tal como consta en la escritura de reforma folio AA10147843 lo cual ya muestra un error si las acciones son a \$ 1000.

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA – IDEA –
Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA.

44

ARTÍCULO 9. TÍTULOS...

(...) Se reconocerá el derecho de preferencia consagrado en el código de comercio, en virtud del cual la sociedad y accionistas tienen el privilegio de adquirir las acciones que alguno proyecte enajenar, no obstante la Asamblea General de Accionistas podrá disponer mediante el voto favorable de no menos del setenta por ciento (70%) de las acciones representadas en la reunión que las nuevas acciones emitidas se coloquen sin sujeción al derecho de preferencia. (Subrayas fuera de texto)

Ciertamente no es la redacción anterior un monumento a la claridad pero en ella se puede percibir que se regula el derecho de preferencia en dos momentos: 1) Cuando un socio pretenda enajenar sus acciones: Se consagra el derecho de preferencia para la sociedad y en subsidio para los socios. 2) Las nuevas acciones que se emitan pueden, por decisión de la asamblea, colocarse libremente.

ARTÍCULO 13. SUSCRIPCIÓN DE ACCIONES. Las acciones reservadas que existieren al momento de constituirse la sociedad y las provenientes de futuros aumentos de capital autorizado, podrán emitirse de acuerdo con el Reglamento de Emisión y Colocación de acciones. La emisión y colocación de acciones no requiere la autorización previa de autoridad alguna. Competerá a la Junta Directiva aprobar el reglamento aplicable a la suscripción de las acciones que se ordene emitir. En dicho reglamento se respetará el derecho preferencial de suscripción a favor de quienes fueren accionistas al momento de aprobarse el reglamento por la junta directiva, quienes tendrán por consiguiente la facultad de suscribir las nuevas acciones en proporción a las que posean en tal momento. El aviso de oferta de las acciones se dará por los mismos medios de comunicación previstos en estos estatutos para la convocatoria de la Asamblea. Además si alguno de los accionistas no ejerce el derecho preferencial, su abstención la aprovecharán los demás accionistas quienes podrán suscribir las correspondientes acciones no colocadas a prorrata de las que posean. Los terceros que quieran participar en la compra de las acciones solo las suscribirán en último término, una vez agotadas las dos opciones anteriores. Sin embargo la Asamblea General de Accionistas podrá disponer que determinada emisión de acciones ordinarias sea colocada sin sujeción al derecho de preferencia, siempre que tal decisión sea aprobada con el setenta por ciento (70%) de las acciones presentes en la reunión.

Parágrafo: Con todo, si la sociedad llegare a crear acciones privilegiadas, el derecho preferencial para su suscripción no podrá ser objeto de excepción alguna y su creación emisión y reglamentación serán funciones privativa de la Asamblea General de accionistas

ARTÍCULO 14. NEGOCIACIÓN Y TRANSMISIBILIDAD DE LAS ACCIONES. Las acciones de los accionistas privados son libremente negociables. Dicha enajenación se perfeccionará de conformidad con la Ley. La enajenación de las acciones pertenecientes a accionistas públicos se realizará de acuerdo con las normas legales que regulan la materia de tal forma que se garantice la adecuada publicidad y la democratización de la propiedad de acuerdo con la Constitución Política y la Ley. Para que la enajenación produzca efectos respecto de la sociedad y de terceros, será necesaria la inscripción en el Libro de Registro de Acciones mediante orden escrita del enajenante. Esta orden podrá darse en forma de endoso que se hará sobre el título respectivo. Para hacer la nueva inscripción y expedir el título al adquirente, será necesaria la previa cancelación de los títulos expedidos al tradente. (Subrayas fuera del texto)

Luego, el asunto queda como sigue:

- 1) Es un hecho que en el artículo 9º de los estatutos se hace referencia al derecho de preferencia en la negociación de acciones. Pero al armonizar esa disposición con las otras, se podría concluir que la preferencia se estipuló fue para el caso de la suscripción de acciones y no para la negociación de éstas.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA – IDEA –
Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA.

45

- 2) Con todo, si se afirma que cobija la negociación de acciones, la preferencia queda a la deriva, por no satisfacer los requisitos del artículo 407 del código de comercio, toda vez que los estatutos no incluyen un procedimiento para la oferta que el accionista necesariamente debe hacer y que se justifica, según la doctrina, porque si se trata de una sociedad anónima ese accionista no conoce a los demás, razón que explica que la vía que se emplee sea la de acudir al representante legal de la sociedad.
- 3) Así las cosas, cuando más, pudo haber existido un incumplimiento de una norma estatutaria, cuya consecuencia no es la nulidad del contrato de enajenación de acciones.
- 4) Más todavía, la validez de la compraventa se soportará también, sumándose a los anteriores, en el argumento de que el artículo 14 alude a la libre negociabilidad de las acciones de los accionistas privados. El problema se plantea, sin embargo, con el derecho a la suscripción. Pero desaparece si se observa que para ese supuesto la preferencia tiene otro significado: los primeros a suscribir son los accionistas y los terceros deben aguardar. Según los estatutos, en fin, si unos accionistas no suscriben, lo que a éstos pudiera corresponder, podrá ser aceptado por otros accionistas.

Puestos en otra perspectiva, se advierte que la sola lectura del artículo 14 de los estatutos plantea una contradicción frente al artículo 9, en cuanto regresa las acciones de los accionistas privados al régimen general de las acciones de las sociedades anónimas: su libre negociabilidad, sustrayéndolas del tratamiento excepcional a que se las había sometido. Esta contradicción se resuelve tomando la regla de hermenéutica que ordena aplicar, en estos casos, la norma posterior.

Luego, mientras las acciones que la Hidroeléctrica emita pueden colocarse sin sujeción al derecho de preferencia sólo cuando la asamblea así lo determine, haciendo del régimen excepcional de la preferencia la norma general, las acciones ya suscritas por los accionistas particulares son libremente negociables por virtud de la disposición del artículo 14.

Lo anterior se reafirma si se considera que la estipulación del artículo 9º implica consagración del derecho de preferencia cuando dice: (...) Se reconocerá el derecho de preferencia consagrado en el código de comercio, en virtud del cual la sociedad y accionistas tienen el privilegio de adquirir las acciones que alguno proyecte enajenar... porque según las voces del artículo 407 del C.Co.:

(...) Si las acciones fueren nominativas y los estatutos estipularen el derecho de preferencia en la negociación, se indicarán los plazos y condiciones dentro de los cuales la sociedad o los accionistas podrán ejercerlo; pero el precio y la forma de pago de las acciones serán fijados en cada caso por los interesados y, si éstos no se pusieren de acuerdo, por peritos designados por las partes o, en su defecto, por el respectivo superintendente. No surtirá ningún efecto la estipulación que contraviniera la presente norma. (Negritas y subrayas fuera del texto)

Efectivamente, no existe norma en los estatutos que regule plazos y condiciones para ejercer el derecho de preferencia, primero por la sociedad y, en su defecto, por los socios como ya se vio.

Qué efecto dar, entonces, a las expresiones sobre derecho de preferencia que aparecen en algunos títulos de acciones?

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA – IDEA –
Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA.

46

Las acciones son títulos valores y como tales “...son documentos necesarios para legitimar el ejercicio del **derecho literal y autónomo** que en ellos se incorpora...” y, para nuestro caso, se trata de títulos de participación de carácter nominativo. Quiere decir lo primero que su emisor, en este caso HPI S.A. E.S.P., certifica, por medio del título, que su tenedor legal posee una participación en la empresa. Lo segundo, se refiere a su negociabilidad: El poseedor legal del título debe estar inscrito en el registro que lleva (o debe llevar) la sociedad emisora de los títulos; por lo tanto, sólo la persona que aparezca en el título y en el registro será considerada como la poseedora legal de éste.

Se observa que en cada uno de los títulos: A 162 por 4.310 acciones; A 337 por 578 acciones; A 441 por 7.760 acciones y A 547 por 335 acciones, títulos que representan las 12.983 acciones de que tratan tanto el documento distinguido con el número 342 como el 388, entregados al IDEA por ASFALTOS, en cumplimiento del contrato de compraventa volcado en los documentos citados, aparece una nota que dice: “*La negociabilidad de estas acciones, está limitada en los términos de la ley y de los estatutos de la Sociedad, por el derecho de preferencia.*” Ya se vio cuales son los términos de la ley y de los estatutos: La previsión del artículo 9º estatutario no puede surtir efectos según las voces del artículo 407 del C.Co.

Entonces, no se encuentra configurado el vicio de nulidad que ASFALTOS endilga al contrato de cesión de acciones, debido a la violación del derecho de preferencia, por cuanto estas acciones eran libremente negociables, aun cuando la manera como el IDEA obtuvo las acciones de los privados haya representado lo que el Gerente de EPM denominó en su momento una toma hostil de las mayorías en la Hidroeléctrica.⁹⁰

Ahora bien, en el evento de la suscripción de acciones ordinarias⁹¹ emitidas con el fin de capitalizar la sociedad, a falta de normas expresas se aplica el reglamento que para el efecto establezca la Junta Directiva con observancia del Art. 338 del C.Co:

“Los accionistas tendrán derecho a suscribir preferencialmente en toda nueva emisión de acciones, una cantidad proporcional a las que posean en la fecha en que se apruebe el reglamento...”

Por estipulación estatutaria o por voluntad de la asamblea, podrá decidirse que las acciones se coloquen sin sujeción al derecho de preferencia, pero de esta facultad no se hará uso sin que ante la Superintendencia se haya acreditado el cumplimiento del reglamento.”

El código autoriza también, en el artículo 389 la negociación del derecho a suscribir acciones:

⁹⁰ Ver Cuaderno 4 Prueba oral, folio 66.

⁹¹ARTÍCULO 384. DEFINICIÓN DE SUSCRIPCIÓN DE ACCIONES. La suscripción de acciones es un contrato por el cual una persona se obliga a pagar un aporte a la sociedad de acuerdo con el reglamento respectivo y a someterse a sus estatutos. A su vez, la compañía se obliga a reconocerle la calidad de accionista y a entregarle el título correspondiente.

En el contrato de suscripción no podrá pactarse estipulación alguna que origine una disminución del capital suscrito o del pagado.

ARTÍCULO 385. REGLAS PARA LA SUSCRIPCIÓN DE ACCIONES. Las acciones no suscritas en el acto de constitución y las que emita posteriormente la sociedad serán colocadas de acuerdo con el reglamento de suscripción.

Con excepción de las acciones privilegiadas y de goce, a falta de norma estatutaria expresa, corresponderá a la junta directiva aprobar el reglamento de suscripción.

**TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA – IDEA –
Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA.**

47

"El derecho a la suscripción de acciones solamente será negociable desde la fecha del aviso de oferta. Para ello bastará que el titular indique por escrito a la sociedad el nombre del cesionario o cesionarios."

Si se trata de negociar acciones suscritas y pendientes de pago, tiene aplicación el artículo 405 del C.Co:

"Negociación de acciones. Las acciones nominativas no pagadas en su integridad podrán ser negociadas, pero el suscriptor y los adquirentes subsiguientes serán solidariamente responsables del importe no pagado de las mismas" (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Y finalmente, no puede olvidarse el artículo 406 del código de Comercio:

"Requisitos de la enajenación. La enajenación de las acciones nominativas podrá hacerse por el simple acuerdo de las partes; mas 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."

Para hacer la nueva inscripción y expedir el título al adquirente, será menester la previa cancelación de los títulos expedidos al tradente.

Parágrafo. En las ventas forzadas y en las adjudicaciones judiciales de acciones nominativas, el registro se hará mediante exhibición del original o de copia auténtica de los documentos pertinentes."

B.-LA BUENA FE CONTRACTUAL

Conforme al artículo 871 del código de comercio:

"Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural".

Por su parte, dispone el artículo 1603 del código civil que:

"Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella". (Subrayas del Tribunal)

Ambas normas obligan a los contratantes a obrar de buena fe en la estipulación y en la ejecución del contrato. Se trata, en el lenguaje más clásico, de la buena fe objetiva, configurada por la honradez de los contratantes –en los actos preparatorios del contrato y en la conclusión de éste–, así como en su lealtad recíproca, en el cumplimiento de las obligaciones propias derivadas de las cláusulas convenidas, de las impuestas por el ordenamiento en general, y de las que surgen de la naturaleza del pacto, que son los denominados deberes secundarios de conducta (información, veracidad, garantía, etc.), los cuales han sido entendidos como un efecto de la función integradora de la buena fe.

La jurisprudencia colombiana se ha ocupado de la consideración del concepto de la buena fe y de su alcance en el terreno de los contratos. Uno de sus antecedentes, de imperioso

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA – IDEA –
Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA.

48

conocimiento y cita, es la sentencia de 23 de junio de 1958⁹², de la Corte Suprema de Justicia, en la cual se apuntó que

“... la buena fe equivale a obrar con lealtad, con rectitud, con honestidad. Este concepto de la buena fe será mejor comprendido si lo comparamos con el concepto opuesto, o sea, el de la mala fe. En general, obra de mala fe quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud; vale decir, si se pretende obtener algo no autorizado por la buena costumbre. Desde luego, toda persona trata de obtener ventajas en sus transacciones. Pero quien pretende obtener tales ventajas obrando en sentido contrario a la buena costumbre, actúa de mala fe. El hombre de buena fe trata de obtener ventajas, pero éstas se encuentran autorizadas por la buena costumbre.” (Subrayas del Tribunal)

Sin duda, la buena fe puede apreciarse “como una regla de conducta, es decir, como la exigencia de comportarse en el tráfico jurídico con rectitud y lealtad”⁹³.

En providencia de 19 de diciembre de 2006, dijo la misma Corte que el de la buena fe es un

“...postulado que presupone “que se actúe con honradez, probidad, honorabilidad, transparencia, diligencia, responsabilidad y sin dobleces” y que, desde otro ángulo, se identifica “con la confianza, legítima creencia, la honestidad, la lealtad, la corrección y, especialmente, en las esferas prenegocial y negocial, con el vocablo ‘fe’, puesto que ‘fidelidad quiere decir que una de las partes se entrega confiadamente a la conducta leal de la otra en el cumplimiento de sus obligaciones, fiando que esta no lo engañará.”

Todas estas consideraciones de la jurisprudencia civil, en realidad, se ajustan al sentido mismo de la buena fe, de su etimología, hacer lo que se dice, fiel, sincero y, en fin, honesta intención⁹⁴.

La lealtad que exige la buena fe en los contratos, demanda de las partes revisar –para llevar a cabo, o sea, desarrollar– fielmente, sin dolo, sin fraude–, sus prestaciones –el contenido, el alcance, la responsabilidad que conllevan– y no impedir a la otra recibir el beneficio que le puede producir el contrato. De allí que la buena fe sea fuente de un inocultable deber de cooperación entre los contratantes, que implica obligaciones de información y de facilitación de la ejecución del contrato.

Por otra parte, la buena fe cumple, además, otro papel importante en el campo contractual, precisamente el de servir a la interpretación de los negocios jurídicos, origen de la categoría doctrinal de la buena fe impropia.

Esa buena fe interpretativa del contrato, como se enseña con autoridad⁹⁵, es útil

“tanto en su interpretación psicológica, encaminada a reconstruir en concreto el común intento práctico de los contratantes, como en la interpretación técnica en función integradora que, en presencia de expresiones oscuras o ambiguas, o lagunas, opera mediante criterios objetivos, en el sentido de aclarar oscuridades, de resolver ambigüedades y de llenar lagunas”.

⁹² M.P. ARTURO VALENCIA ZFA. Cfr. Gaceta Judicial No. 2198, tomo LXXXVIII, pp. 222 y ss.

⁹³ Corte Suprema de Justicia, sentencia de 2 de febrero de 2005.

⁹⁴ HERRERO Llorente, Víctor-José. Diccionario de Expresiones y Frases latinas, 3ª edición. Madrid: Gredos, 1992. p. 77.

⁹⁵ MARVÁFZ GARCÍA, José Ignacio. Obligaciones y contratos mercantiles. Bogotá, Editorial Temis, 1990. p.181,

**TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA – IDEA –
Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA.**

49

De donde⁹⁶,

"El señalado principio es en consecuencia una guía importante para la interpretación de los contratos a fin de determinar su espíritu y finalidad. Con el propósito de fijar el contenido del acto y de las obligaciones resultantes las partes y el juez deben, entonces, consultar la intención real, las normas propias de la naturaleza del acto y de sus obligaciones, las costumbres imperantes y los postulados de la equidad". (Subrayas del Tribunal).

En un ensayo magistral, el argentino Guillermo A. Borda⁹⁷, desarrolla la tesis de la buena fe contractual, en las distintas etapas de la contratación: En las tratativas preliminares, en la interpretación y en el cumplimiento.

Especialmente, con referencia a la mala fe en la interpretación del contrato dice el tratadista:

"Aquí también el principio de la buena fe tiene la máxima importancia. Por lo pronto, las partes tienen la obligación de hablar claro, de tal manera que su declaración de voluntad no pueda inducir a error o equivocar a la otra; esa declaración debe ser interpretada como lo haría una persona honorable y correcta.

Esta obligación de hablar claro conduce naturalmente a esta conclusión: que las cláusulas dudosas u oscuras, deben interpretarse en contra del declarante o de quien redactó el contrato. Esta solución es especialmente justa en el caso de los contratos de adhesión. Sin embargo, es preciso poner cuidado en la aplicación de esta regla. Porque si bien en principio es el autor de la declaración el que debe pagar la culpa de su error u oscuridad, es necesario contemplar la posibilidad de que el recipiente, advirtiendo que la oscuridad de algunas cláusulas le permitirá más tarde sostener alguna interpretación que lo favorezca (aunque ello no haya estado en el ánimo del declarante), acepte la declaración para medrar con la ambigüedad de sus términos. En estas situaciones ambiguas, el juez debe pronunciarse por el que ha obrado de buena fe. El sistema de la voluntad declarada dice Saleilles impone a quien la emite la obligación de no inducir a error a la parte a la cual se dirige con una declaración cuyo contenido no se percibe claramente, y a la otra, el deber de captar la intención de quien se ha dirigido a ella, para comprenderla y evitar toda sorpresa contraria a la lealtad. "En negocios se impone el juego limpio y este fairplay se impone a ambas partes" (SALEILLES, La Declaration de Volonté, pág. 213.).

(...) se recuerdan estas palabras de Llerena: "Nunca debe permitirse que, por un juego de palabras, la gente sencilla sea víctima de la mala fe de aquéllos en quienes han confiado al redactar la convención".(Todas las subrayas son del tribunal).

Adelante, al considerar el devenir del contrato, se harán referencias adicionales a este principio cardinal, en relación con la forma como las partes desplegaron sus conductas.

C. LAS PRETENSIONES DEL IDEA

Fundada en los hechos ya resaltados, busca la convocante, en su pretensión primera, que se declare que la demandada ASFALTOS, incumplió el contrato 388 de 28 de julio de 2008, por

⁹⁶SUESCÓN MELO, Jorge. Derecho Privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo. Tomo I. 2ª edición y reimpresión. Legis y Universidad de los Andes. 2005. pág. 12.

⁹⁷BORDA. Oscar, Comportamiento contractual de mala fe. http://www.taringa.net/posts/apuntes-y-monografias/7348221/Doctrina--Comportamiento-Contractual-de-mala-fe- Borda_.html

**TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA - IDEA -**

Vs.

ASFALTOS Y VIAS LTDA.

50

no haberle ésta enajenado la cantidad de 335 acciones que estaban comprendidas dentro de las 12.983 que eran objeto de dicho contrato.

Antes se ha precisado cómo el nombrado contrato 388, en realidad, no constituye una convención única o independiente, pues según la inteligencia que al asunto le ha asignado el Tribunal, se integra, por refrendación, con el contrato 342 de 16 de julio de 2008⁹⁸

En estas condiciones, aborda en primer lugar el Tribunal el análisis de la prueba documental, en lo relacionado con la negociación celebrada entre las partes y el objeto de ella. Pues, con el antecedente subrayado de existir una unidad de contrato entre los documentos numerados como 342 y 388, es fácil colegir por qué obran al respecto certificaciones y pagos anteriores a 28 de julio de 2008. Así las cosas, se tiene:

a) Que la adquisición por el IDEA de acciones de las cuales era titular ASFALTOS, versó sobre las que la sociedad HPI S.A. E.S.P. confirmó que eran de propiedad de la segunda para el 16 de julio de 2008, esto es, 12.983 acciones. En concreto, en el expediente⁹⁹ reposa un documento, de 22 de julio de 2008, firmado por el Gerente de HPI S.A. E.S.P., dirigido al IDEA, en el cual consta que en esta compañía estaban los títulos originales de acciones de ASFALTOS, determinados como el No. 162 por 4.310 acciones, N° 337 por 578 acciones, N° 441 por 7.760 acciones y N° 547 por 335 acciones. El número total certificado es, entonces, de 12.983 acciones.

También aparece en el cuaderno 1 de anexos, copia del referido título 162 de 31 de diciembre de 2000, por 4.310 acciones¹⁰⁰ (que reemplazó el título N° 4, de 30 de abril de 1999, visible a folio 70); a folio 67, copia del título 337, con fecha 30 de abril de 2004, por 578 acciones; a folio 68, copia de título provisional 441, de 16 de abril de 2008 por 7.760 acciones¹⁰¹ y a folio 69 copia del título provisional 547 de 2 de mayo de 2008, por 335 acciones, que el tribunal considera que están igualmente pagadas.

Los folios 36 y 37 del cuaderno N° 2, dan cuenta de títulos -anulados-, que fueron expedidos al IDEA, así: el 614, por 4.888 acciones, emitido el 24 de julio de 2008, para reemplazar los títulos 162 y 337 "*por cesión realizada de ASFALTOS Y VIAS LTDA.*"; y el 613, por 8.095 acciones, de igual fecha, para reemplazar los títulos 441 y 547. Con curiosidad, subraya el Tribunal, que la suma de acciones de los dos títulos arroja un resultado de 12.983 acciones, pero en los títulos anulados, 613 y 614, se menciona que ellos sustituyen parcialmente a los otros.

Unidos los documentos denominados contratos 342 y 388, la certificación de 22 de julio de 2008 y las copias de títulos mencionadas, no puede dudarse acerca de la existencia en cabeza de ASFALTOS, para la época anotada, de 12.983 acciones suscritas y pagadas. Para afirmarlo se confiere, antes que nada, valor probatorio a esos documentos, que tratan de un hecho (número de acciones) que es también corroborado por las partes del proceso y en otros documentos¹⁰². Precisamente, esos documentos fueron allegados al plenario y no

⁹⁸ Cuaderno No. 2, folios 28 y 29.

⁹⁹ Cuaderno 1 de anexos, folio 57.

¹⁰⁰ Número igual de acciones que aparece como de la demandada principal, en la escritura pública 771 de 19 de marzo de 2003, otorgada en la Notaría 18 del Círculo de Medellín, reforma a los estatutos de Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P., artículos 6 y 7. Folios 1 a 17 del cuaderno No. 1.

¹⁰¹ Nótese que se expidió título provisional el 16 de abril de 2008, aun cuando ya estas acciones estaban pagadas desde el 13 de marzo de 2008.

¹⁰² A guisa de ejemplo: cuaderno 2, folios 3 y 8

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA - IDEA -
Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA.

51

fueron discutidos por las partes, ni en su autenticidad ni en su veracidad. Por lo demás, tienen claridad las partes en torno a que, con excepción de las 335 acciones representadas en el título provisional 547, las demás sí figuraban a nombre de la demandada principal y la actora acepta haberlas adquirido, pues no otra cosa significa su demanda, al apuntar que no le fueron traditadas las citadas 335, solamente.

De este modo, el que se conoció en el proceso como desorden de HPI S.A. E.S.P. en el manejo del libro de accionistas, que propició la intervención de la Superintendencia de Sociedades y la orden de recomponerlo, no afecta para nada la situación que se revisa, porque la queja de la accionada principal no concierne a las 12.983 acciones nombradas en el contrato, sino a otras, como posteriormente se tratará.

b) Que de las 12.983 acciones, una parte provenía de la suscripción que hizo la demandada principal, con ocasión de la colocación abierta mediante la Resolución 003 de 20 de febrero de 2008, de la Junta Directiva de HPI S.A. E.S.P., que en copia, tampoco discutida, se observa a folios 18 a 21 del cuaderno No. 1, de la cual hace parte un anexo en el que se lee sin vacilaciones que ASFALTOS poseía 4.888 acciones (que no son otras que las de los títulos 162 y 337 atrás examinados). Para el Tribunal el documento que refleja la resolución le merece crédito, como quiera que, además, otras piezas procesales y probatorias confirman que la decisión de esa Junta sí existió realmente.

A folio 27 del cuaderno citado, y a folio 14 del cuaderno 2, obra una comunicación de 12 de marzo de 2008, dirigida por el representante legal de ASFALTOS a HPI S.A. E.S.P., en la cual informa que esa empresa

"... hará uso de las suscripciones de acciones conformadas en el reglamento debidamente aprobado por la Junta..., en el Decreto 003 de 2008".

La circular 001 del gerente de HPI S.A. E.S.P., de 27 de febrero de 2008, que corre a folio 24, señaló que el límite (de la primera ronda, agrega el Tribunal), era el 12 de marzo, cuando debía hacerse la consignación que cada suscriptor tuviera a su cargo; y justamente a folio 28 y 15 del cuaderno No. 2, se encuentra copia de la consignación realizada por la demandada en Bancolombia, cuenta 001-98017909 (anunciada en la circular), por un monto de \$7.760.000. Según la resolución 003 cada acción ofrecida valía \$1.000. Por lo que se infiere, con facilidad, que ASFALTOS pagó en ese momento 7.760 acciones. Lo cual implica, sin esfuerzo, que esas son las del título provisional 441.

Estos documentos llevan igualmente convicción al Tribunal sobre lo que en ellos aparece, sin que haya factores que disminuyan su valor probatorio.

c) Que, entonces, importa mirar con detenimiento la ruta seguida por las 335 acciones restantes, que fueron ofrecidas en la segunda ronda de la colocación y suscripción regulada en la resolución 003 de 2008.

En comunicación de ASFALTOS radicada ante la sociedad HPI S.A. E.S.P. con número 1750-001, del 12 de marzo del 2008, la primera manifiesta que:

"...hará uso de las suscripciones de acciones conformadas en el reglamento debidamente aprobado por la Junta Directiva de Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P. en el Decreto No. 003 de 2008".

Esta expresión no deja duda de que la convocada aceptó tanto la primera ronda como una eventual segunda ronda de la capitalización, conducta no prohibida por la ley o los estatutos

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA – IDEA –
Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA.

52

sociales. Es por ello que el reproche que hace HPI S.A. E.S.P. en su comunicación número 2147 del 21 de octubre del 2008¹⁰³ no encuentra sentido, pues es perfectamente viable para los socios aceptar de una vez y en un solo acto de voluntad la totalidad de las rondas a que haya lugar. En el párrafo final de la misiva, se le advierte a ASFALTOS que:

“Esperamos que nos remita copia de la comunicación en la que aceptan la suscripción dentro del período arriba expresado. En caso contrario la sociedad entenderá que en momento alguno se presentó la suscripción de lo ofrecido en la segunda ronda de la Resolución 003 de 2008, y de esta forma se registrará en nuestro libro de accionistas y lo comunicará al IDEA”

El requerimiento entonces se dirige a que se demuestre la aceptación, más no el pago. Es decir, que en esta primera comunicación no le interesó a la sociedad emisora de las acciones hacer valer una supuesta situación de mora, sino únicamente verificar si la comunicación se había producido para así entender celebrado el contrato de suscripción de acciones.

Por vía de ejemplo, obra en el expediente la comunicación del 28 de enero del 2009 radicada bajo el número 000567¹⁰⁴, emitida por el IDEA a HPI S.A. E.S.P., en referencia al ofrecimiento de acciones que se le realizara el día 16 de enero del 2009, que cobra fundamental importancia porque con ella se demuestra que la sociedad permitía la aceptación de todas las rondas de una capitalización, con una sola comunicación. Al respecto no deja duda el siguiente texto:

“Dejamos constancia de que el Instituto para el Desarrollo de Antioquia – IDEA –, está interesado en el ofrecimiento de las acciones que pudieren quedar disponibles después de este ofrecimiento inicial, y las cuales se llegaren a ofrecer en una segunda ronda, conforme con las condiciones enunciadas en dicha resolución”

Ilustra este documento que las dudas sobre la aceptación de la totalidad de los derechos que pudiera adquirir ASFALTOS en la Resolución 003, no pueden ser disipadas con el argumento de que no hubo una aceptación expresa para la segunda ronda. Y no es ello repelente a la normativa legal, pues el artículo 1518 del Código Civil lo permite:

“No solo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciales y que estén determinadas, a lo menos, en cuanto a su género. La cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla”

El Tribunal estima necesario profundizar en la comunicación 2147¹⁰⁵ de HPI S.A. E.S.P., ya citada. Debe tenerse en cuenta que este oficio fue emitido con copia al gerente, al secretario general y al subgerente financiero del IDEA, esto es, que la convocante tuvo conocimiento inmediato del problema que planteaba la sociedad emisora, y ante ello, debió haber reaccionado comportándose según la posición jurídica que ocupaba en ese momento, cual era la ostentación del título del dominio sobre las 335 acciones en discusión: La cesión que se le había realizado de ese título la había convertido en deudora solidaria del supuesto importe no pagado, por lo que, independientemente de la relación contractual con

¹⁰³ Cuaderno 2, folio 44.

¹⁰⁴ Carpeta 2 Inspección IDEA, folio 1.

¹⁰⁵ Cfr. Nota 103

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA - IDEA -
Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA.

53

ASFALTOS, el IDEA estaba llamado a atender el pago frente a la sociedad HPI S.A. E.S.P., en virtud de lo consagrado en el artículo 400 del Código de Comercio:

"EXPEDICIÓN DE CERTIFICADOS PROVISIONALES MIENTRAS EL VALOR DE LA ACCIÓN NO ESTE CUBIERTO TOTALMENTE. Mientras el valor de las acciones no esté cubierto íntegramente, sólo se expedirán certificados provisionales a los suscriptores. La transferencia de los certificados se sujetará a las condiciones señaladas en los estatutos, y del importe no pagado, responderán solidariamente cedentes y cesionarios."
(Negrillas del Tribunal)

Aparte que el procedimiento llevado a cabo por HPI S.A. E.S.P. fue abiertamente irregular, pues la cancelación del título 547 de 2 de mayo de 2008 por 335 acciones no surtió el proceso señalado por el inciso segundo del artículo 397 del Código de Comercio. Extraña que esa sociedad no hubiera echado mano de un simple cobro prejudicial, bien a ASFALTOS o bien al IDEA, pues era el mecanismo más sencillo para obtener la consignación del dinero. Sin embargo, la comunicación 2147 ya citada encierra una gran contradicción con la conducta posterior tanto de HPI S.A. E.S.P., como del IDEA, pues lo que se reprochó en esa carta es que no existía en los archivos de esa sociedad "manifestación alguna aceptando el ofrecimiento que se hizo en la segunda ronda de la capitalización", cosa que no es cierta, pues obraba aceptación según comunicación 1750-001 del 12 de marzo del 2008. Al reparar el requerimiento que hizo la sociedad emisora, lo que se estaba pidiendo era copia de la comunicación y, además, podría entenderse simultáneamente como un cobro extrajudicial, ante lo cual se encuentra que ASFALTOS había realizado consignación por valor de \$335.000, el día 25 de septiembre del 2008¹⁰⁶. Significa lo anterior que para el momento del cobro que hace HPI S.A. E.S.P. (21 de octubre del 2008), ya no existía mora en el pago de esas acciones atribuible a ASFALTOS ni al IDEA.

Por lo tanto, la expedición del título número 547 el día 2 de mayo del 2008 se hizo de manera correcta y el pago se realizó antes del requerimiento de la sociedad, dado lo cual al momento del contrato perfeccionado en el documento 0388, ASFALTOS era legítima titular de estas 335 acciones. Pero aparte de lo anterior, según Certificación N° 2, identificada bajo radicado PESC-MCI-RF-JUL-08-003¹⁰⁷, la revisoría fiscal verificó que ASFALTOS había pagado la cuota de 335.000 pesos. Fíjese que la comunicación se refiere siempre al dinero consignado, esto es a acciones pagadas y coincide la certificación en la cifra de 12.983 para el caso de la sociedad privada citada, lo que confirma la buena fe con que obró la vendedora con respecto al número de acciones que transfería.

Ahora bien, incluso en un escenario de mora, el IDEA, como titular inscrito de las 335 acciones en el momento en que la sociedad HPI S.A. E.S.P. pretendía cancelarlas, estaba obligado a desplegar una serie de comportamientos para defender su posición propia, ya que le estaban imputando el incumplimiento de una obligación solidaria y además ponían la cosa (335 acciones) en peligro de evicción. En el momento que la sociedad emisora decidió cancelar el título 547, éste ya había sido endosado al IDEA y había sido remplazado por el título 613¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Copia de la consignación se encuentra en el cuaderno 2, folio 46.

¹⁰⁷ Carpeta 1 Inspección IDEA, folios 161 y 163

¹⁰⁸ Cuaderno 2, Documentos Inspección Hidroituango, Folio 137.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA - IDEA -
Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA.

54

Obsérvese, por ejemplo, que en situaciones de una eventual evicción, el artículo 1899 del Código Civil impone al comprador el deber de citar al vendedor y así mismo de oponer todas las defensas y excepciones que esté en posibilidad de argumentar:

"...y si el vendedor citado no compareciere a defender la cosa vendida, será responsable de la evicción; a menos que el comprador haya dejado de oponer alguna defensa o excepción suya, y por ello fuere evicta la cosa" (Negrillas del Tribunal)

Esta norma se traslada al campo mercantil en virtud de la remisión general del artículo 822 del Código de Comercio y de allí al terreno contractual en tanto que el IDEA, conociendo que hubo suscripción, tenía que haber exigido a la sociedad HPI S.A. E.S.P. una reunión de Junta Directiva en la cual se diera aplicación al artículo 397 del Código de Comercio y se resolviera sobre el particular. No puede dejarse de lado que el IDEA tenía plenos poderes para convocar esta junta, ya que ocupaba la presidencia, y además, tenía el control accionario de la sociedad desde julio 17 de 2008.¹⁰⁹ Esta exigencia no es nada extraordinaria ni fuera de lo común, sino apenas razonable, si se tiene en cuenta su calidad de titular de las acciones y su calidad de inversionista profesional que contaba con un considerable número de asesores en materia contractual y societaria. El artículo 940 del C.Co., en su inciso segundo, refleja la norma civil y exige al comprador que para iniciar la acción indemnizatoria por evicción no se haya dado culpa de su parte.

El artículo 15 de los estatutos sociales de Hidroituango, denominado "Mora en el pago de las acciones suscritas", consagra:

"Si la sociedad fuere acreedora de obligaciones vencidas a cargo de los accionistas por concepto de pago de cuotas de las acciones suscritas, acudirá, a elección de la Junta Directiva, al cobro judicial o a vender, por cuenta y riesgo del moroso y por conducto de un comisionista, las acciones que hubiera suscrito..." (Negrillas del Tribunal)

Valga la pena mencionar que la obligación solidaria tiene como característica inherente y esencial el hecho de ser **una sola obligación** y por ello no pueden trasladarse a ASFALTOS todas las cargas de defensa jurídica ante HPI S.A. E.S.P., porque en estas circunstancias particulares la sociedad informó¹¹⁰ tanto a cedente como a cesionario de la presunta inconsistencia que finalmente dio lugar a la indebida cancelación de las acciones. Cuando el deudor solidario se enteró de la situación de supuesta mora, la conducta debida era el pago, quedando para definir con posterioridad lo referente a la acción de subrogación que consagra el artículo 1579 del Código Civil y, como en este caso el pago sí existió, emprender todas las actuaciones necesarias para demostrarlo y hacerlo valer.

Concluye el Tribunal que no existió incumplimiento contractual por parte de ASFALTOS en la transferencia de las 335 acciones reclamadas por el IDEA. La cancelación de los títulos no se efectuó a ASFALTOS sino al IDEA y, por lo tanto, éste debió iniciar las acciones legales extrajudiciales y judiciales respectivas para la defensa de su propiedad. Las 335 acciones sí fueron registradas a nombre del IDEA y su cancelación no es atribuible a una conducta de la convocada, sino a una decisión errónea de la sociedad HPI S.A. E.S.P., ante la cual el IDEA debió reaccionar en su momento.

El IDEA tenía entonces, entre otros, los siguientes mecanismos de defensa:

¹⁰⁹Supersociedades Cuaderno 3, Folio 1332.

¹¹⁰ Cuaderno 1, Anexos, Folio 86. Cuaderno 2, Documentos Inspección Hidroituango, Folio 48, y cfr. Nota 103.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA - IDEA -
Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA.

55

- El pago o solución de la obligación, con posterior acción de subrogación.
- Exigencia de que se aplicara el procedimiento legal y estatutario en caso de mora en el pago, dentro del cual podía demostrar la suscripción y el pago, así como rebatir la existencia de mora. No solo podía exigirlo, sino que podía –de hecho– convocar a la Junta Directiva de la sociedad emisora.

Aún más, encuentra probado el Tribunal que para el mes de diciembre de 2008 ya la sociedad HPI S.A. E.S.P. tenía conocimiento de que, a raíz de la Resolución 006 de 2008, ASFALTOS había consignado \$790.542 pesos en exceso, debido a error en el cálculo de la oferta¹¹¹; éste era otro argumento que facilitaba la defensa del IDEA, al momento de discutir la ilegalidad de la cancelación de las acciones, pues si la sociedad consideraba que el pago extemporáneo no había extinguido la mora, debió haber considerado que desde el día 16 de julio de 2008 estaba en poder de una suma de dinero que debía reintegrar a la sociedad suscriptora y que con él podía entender satisfecha la obligación que alegaba incumplida.

El hecho es que HPI S.A. E.S.P. expidió el 2 de mayo de 2008 un título provisional, el 547, por las 335 acciones y certificó que éstas eran parte de las acciones de ASFALTOS a 22 de julio de 2008, por los días de la ejecución del negocio recogido en los documentos-contrato 342 y 388.

En la instrucción, y dado el punto de vista de la parte actora, se quiso configurar, a partir del desorden en el manejo del libro de accionistas por parte de HPI S.A. E.S.P., que de esas 335 acciones ASFALTOS, en verdad, no era propietaria, porque no había manifestado su aceptación a la suscripción y además las había pagado extemporáneamente.

Sobre lo primero, importa verificar, como ya se dijo, si bastaba una sola expresión afirmativa a la propuesta de suscripción, que comprendiera las diversas rondas de ofrecimiento de las acciones colocadas o era necesario repetirla cada ronda. En comunicación de 19 de marzo de 2009¹¹², la revisora fiscal de HPI S.A. E.S.P., conceptuó, como puede consultarse en su texto, que la demandada, dentro del término de la oferta

"manifestó clara, expresa e inequívocamente su intención de suscribir todas las acciones ofrecidas en la Resolución No. 003".

Y añadió que no era reprochable que no hubiera reiterado su voluntad, para suscribir las acciones ofrecidas en la Resolución 004,¹¹³ y en la cual se modificó

"para el día 26 de Marzo de 2008 la fecha del ofrecimiento a los accionistas que suscribieron en la primera oferta, las acciones no suscritas en la oferta inicial".

Para bien entender el problema, mírese que la resolución 004 no contiene una nueva oferta, que de serlo, exigiría aceptación separada, sino un cambio de fecha límite para acogerse a la original, que fue la de la resolución 003.

¹¹¹ Carpeta 2 Inspección Judicial IDEA, Folio 114

¹¹² Cuaderno 2°, Documentos Inspección Hidroituango, folios 77 a 79

¹¹³ Cuaderno 1, folio 30

**TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA – IDEA –
Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA.**

56

De este modo, no titubea el Tribunal en su consideración de que la aceptación pronunciada por escrito, el 12 de marzo de 2008, por ASFALTOS, cobijó la oferta de todas las acciones que, en proporción a su participación, podía suscribir, incluidas entonces las 335 acciones en disputa.

Si la demandada aceptó la suscripción de esas 335 acciones, lo que seguía era su pago y si éste no se producía, HPI S.A. E.S.P. debía proceder en los términos del artículo 397 del Código de Comercio.

ASFALTOS aseguró haber pagado el precio de las 335 acciones y, además, dio cuenta de haber repetido el pago -ya de manera extemporánea- pues fue realizado el 25 de septiembre de 2008¹¹⁴.

La revisoría fiscal de HPI S.A. E.S.P., en la comunicación ya citada de 19 de marzo de 2009, anotó que había certificado al IDEA el 18 de julio que las 335 acciones habían sido pagadas por ASFALTOS en abril de 2008, pero termina por decir que lo dijo por una información errada suministrada por HPI S.A. E.S.P. Para el Tribunal, el asunto no deja de ser dudoso, considerado el desorden aludido del manejo de los temas accionarios por la Hidroeléctrica y es, en cierta manera, indiciario que el pago pudo existir. En todo caso, ninguna de las partes se preocupó por establecer la realidad del hecho que, en últimas, por lo que luego se plantea alrededor de los instrumentos con los cuales contaba la Hidroeléctrica, se convierte en cuestión secundaria.

Por su lado, HPI S.A. E.S.P. en carta de 21 de octubre de 2008,¹¹⁵ le increpó a ASFALTOS que no encontraba la prueba del pago. Y, como consecuencia, en diciembre 17 siguiente¹¹⁶, comunicó que había anulado el título 547.

Como expone la doctrina especializada:

“Aceptada la oferta, se entiende que ha surgido el contrato de suscripción de acciones. Y el suscriptor, por ese solo hecho, será asociado de la compañía emisora, así no se haya emitido el título valor de naturaleza causal y corporativo que es la acción, para lo cual aquella cuenta con un plazo de ley”¹¹⁷. (Subrayas del Tribunal)

Si con fundamento en lo indicado la demandada principal aceptó la oferta de acciones derivada de la resolución 003 de 2008 y ello bastaba para llamarse accionista en el número de acciones aceptado, así no tuviera el título representativo de las acciones, que sí lo tenía, – el provisional de 2 de mayo de 2008–, sí ostentaba un derecho susceptible de venta, como la convenida entre las partes, recogida en los documentos denominados contratos 342 y 388, por el número de acciones que le habían sido ofrecidas, para el caso, las 335, en tanto que alrededor de las 7.760 del título 441 no hubo ni hay querrela de ninguna especie.

Dispone el artículo 397 del Código de Comercio:

“Cuando un accionista esté en mora de pagar las cuotas de las acciones que haya suscrito, no podrá ejercer los derechos inherentes a ellas. Para este efecto, la sociedad anotará los pagos efectuados y los saldos pendientes.

¹¹⁴ Cuaderno No. 1, folio 75

¹¹⁵ Cuaderno 1, folio 81.

¹¹⁶ Cuaderno 1, folio 86

¹¹⁷ MARTÍNEZ Neira, Néstor Humberto. Cátedra de derecho contractual societario. Bogotá: AbeledoPerrot, 2010. Pág. 448.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA – IDEA –
Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA.

57

Si la sociedad tuviere obligaciones vencidas a cargo de los accionistas por concepto de cuotas de las acciones suscritas, acudirá a elección de la junta directiva, al cobro judicial, o a vender de cuenta y riesgo del moroso y por conducto de un comisionista, las acciones que hubiere suscrito, o a imputar las sumas recibidas a la liberación del número de acciones que correspondan a las cuotas pagadas, previa deducción de un veinte por ciento a título de indemnización de perjuicios, que se presumirán causados.

Las acciones que la sociedad retire al accionista moroso las colocará de inmediato.”¹¹⁸

Claro es el mandato del precepto¹¹⁹, que en ninguna de las alternativas que consagra para solucionar la mora en el pago de acciones contempla la anulación de un título y la exclusión directa, por la sociedad emisora, del adquirente de las acciones. Pues, véase que, de haberse configurado la mora a cargo de ASFALTOS por el no pago de las 335 acciones que suscribió, lo que no podía era ejercer los derechos inherentes a ellas.

HPI S.A. E.S.P., de otra parte, y por decisión de su Junta Directiva, pudo haber adelantado el cobro judicial de lo debido o vender de cuenta y riesgo de la demandada morosa – si lo era y por conducto de un comisionista, las acciones que había suscrito, o imputar las sumas recibidas a la liberación del número de acciones que correspondieran a las cuotas pagadas, previa deducción de un veinte por ciento a título de indemnización de perjuicios, que se presumirían causados.

Apoyado en el texto legal precitado, advierte el Tribunal que HPI S.A. E.S.P., no podía, por su sola iniciativa, cancelar la participación de ASFALTOS derivada del contrato de suscripción de acciones que celebraron en razón de la colocación y suscripción reglamentada en la resolución 003 de 2008. Si la demandada había aceptado la oferta, por ese hecho era accionista. Y tanto fue de ese modo y era pertinente, que se le expidió el título provisional de las 335 acciones, sin que pueda impugnarse que éstas eran de una segunda ronda y no había existido una aceptación expresa, porque en verdad, la resolución 004, como se apuntó, no modificó el ofrecimiento y éste fue acogido con plenitud por sociedad accionada.

De esta forma, la desaparición de las 335 acciones del patrimonio de IDEA fue resultado de una conducta desplegada por HPI S.A. E.S.P., sin sujeción a la disposición del artículo 397 del Código de Comercio, la cual, no puede imputarse a la sociedad vendedora que se limitó a vender cosa que le pertenecía. El obrar de la Hidroeléctrica, no puede ser atribuido a ASFALTOS, mucho menos cuando ese obrar fue contrario a la norma legal aludida.

Sobre el tema de la demanda de la parte convocante principal, es claro que la sociedad ASFALTOS, se obligó a transferir un número de acciones como el que señala el libelo introductorio, de 335, que finalmente no están en cabeza de la demandante. Pero, se reitera, el análisis debe efectuarse dentro del contexto de los hechos que rodearon la negociación, ilustrado al Tribunal durante la instrucción por diversos medios de prueba. Puesto que, con el único entendimiento apoyado en la letra del contrato y el resultado real de su ejecución, la decisión podría ser objetivamente favorable a la pretensión, pero contraria a derecho.

Concluye el Tribunal que ASFALTOS no incumplió el contrato 388, porque sí era titular de las 335 acciones tanto mencionadas, que fueron arrebatadas a la parte actora por una

¹¹⁸ Está igualmente recogida como artículo 15 de los Estatutos de la sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P.

¹¹⁹ Cuyo primer inciso, además, permite esta disquisición: cuando se refiere al accionista que esté en mora de pagar las cuotas de las acciones que suscribió, da a entender que ya es accionista por la suscripción. Si fuera de otro modo, se establecería que únicamente con el pago se adquiriría la calidad de accionista, como en el subjuicio pareció entenderlo Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A.

**TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA - IDEA -**

**Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA.**

58

decisión de HPI S.A. E.S.P., que no se encuentra ajustada al ordenamiento mercantil, como se expuso. En este orden, no tendrá la accionada qué restituir al IDEA el precio pagado por esas 335 acciones, estimado según el contrato en la suma de \$12.346.257,50, la misma a la cual se refiere la demanda principal en el hecho cuarto.

Ahora bien: como no fue entonces ASFALTOS deudora de IDEA –de \$12.346.257,50–, lo que ésta le debiera a aquella no podía compensarse, como unilateralmente lo hizo y lo afirma la accionante en el hecho quinto, al señalar que descontó lo que creía deber a ASFALTOS por un monto de \$8.968.000.00, correspondiente a derechos de suscripción del 17 de julio de 2008, que se había obligado a asumir en los contratos 342 y 388. En este sentido, deviene que la misma partida de \$8.968.000.00 no ha sido pagada por IDEA a ASFALTOS, como era su obligación según el contrato de negociación de acciones.

Sentado este punto, es preciso analizar la conducta del IDEA consistente en compensar la suma de \$8.968.000.00, tomándola contra el dinero que ese Instituto debió haber rembolsado en virtud de la obligación de asunción de la capitalización del 17 de julio del 2008 y cruzándolo contra el precio que en sentir del IDEA se le debía restituir por el incumplimiento contractual de ASFALTOS. Esta conducta unilateral que adelante será objeto de calificación se halla plenamente probada¹²⁰, en comunicación 0007583 del 10 de noviembre del 2009, firmada por el gerente general del IDEA, y además¹²¹ en el acta 003 del comité de conciliación del IDEA, fechada en abril 19 del 2010, donde se manifiesta:

“... que tal suma fue compensada en \$8.968.000.00, del valor pagado por el accionista vendedor, correspondiente a los derechos de suscripción del día 17 de julio de 2008”.

Es síntesis, lo que el IDEA sostiene es que como las 335 acciones no fueron recibidas, ASFALTOS le adeudaba la suma de \$12.346.257, de los cuales tiene por pagados \$8.968.000 por medio de la compensación.

Proceden las siguientes consideraciones generales sobre esta figura jurídica:

El marco general de la compensación se encuentra en los artículos 1714 a 1723 del Código Civil y su carácter extintivo de las obligaciones depende de que se presente en el modo y en los casos en que la ley lo señale. Es así como el artículo 1715 exige, en su regla segunda, que ambas deudas sean líquidas y, en su regla tercera, que ambas sean actualmente exigibles. Reconocida doctrina refiriéndose a este tema, ha manifestado:

*“La liquidez de los créditos. Este requisito, supone que, como dice Giuseppe Branca, los créditos deben ser “ciertos y determinados en su cuantía”. Así las cosas si la existencia de una de las obligaciones es litigiosa o discutible en derecho, o, aun siendo cierta no se encontrara cuantificada jurídicamente, no podrá operar la compensación legal. Así por ejemplo, si uno de los créditos deriva de una obligación de origen contractual o extracontractual pendiente de ser declarada o cuantificada judicialmente, no podrá compensarse legalmente con otra que, por ejemplo se encontrara incorporada en un título valor”.*¹²²(Negrilla del Tribunal.)

Y más adelante asevera:

“La exigibilidad de los créditos. Para que opere la compensación legal es menester además que los créditos sean exigibles, es decir, que uno u otro se encuentren en mora.

¹²⁰Cuaderno 1, folios 138 y 139

¹²¹Cuaderno 1, folio 154

¹²²Barrera Tapias, Carlos Darío. La compensación. En: Estudios de Derecho Privado, Tomo I. Edit. UR. 2009, P.96.

**TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA – IDEA –**

**Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA.**

59

Así las cosas si una de las obligaciones es pura y simple y la otra se encuentra de término vencido, no se dará la compensación mientras que respecto de la primera no se haya llevado a cabo el requerimiento judicial (interpellatio) exigido por el artículo 1608 de nuestro Código Civil”.¹²³

En primer lugar la supuesta obligación de ASFALTOS de reponer 335 acciones o de pagar su equivalente en pesos, no podía ser autodeclarada por el IDEA, ya que necesitaba pronunciamiento judicial a fin de que fuera eventualmente objeto de un fallo favorable. Esto hace que se incumpla el requisito legal de la liquidez de la deuda, lo cual inmediatamente conlleva la imposibilidad de la utilización del mecanismo compensatorio, concretamente con un efecto muy relevante para el presente proceso y es que la obligación de rembolsar el dinero de la capitalización de la resolución 006 de 2008 no ha sido extinguida, o en términos del contrato, el IDEA no "... *asumió la capitalización del accionista vendedor a realizarse el próximo 17 de julio de 2008*" (Parágrafo 2º de la cláusula segunda del contrato 0388 de 2008). Esta conclusión no solo se soporta desde el punto de vista estrictamente jurídico, sino también desde el punto de vista fáctico, pues se encuentra probado que ASFALTOS consignó el dinero correspondiente y que HPI S.A. E.S.P. lo reconoció como titular de 8.177 acciones nacidas de esa capitalización, hasta el día 8 de junio del 2009¹²⁴.

La suma de \$8.967.542 nunca fue reintegrada a ASFALTOS, por lo que el IDEA incumplió su obligación de asumir la capitalización. La conducta debida no consistía en pagar de nuevo a HPI S.A. E.S.P. el valor de las acciones, dicho acto a nada conducía; la prestación se materializaba en devolver a ASFALTOS una suma líquida de dinero, hecho que nunca se llevó a cabo.

Acorde con las reflexiones que el Tribunal hizo en la parte general sobre el principio de la buena fe, se encuentra que esta pretendida compensación es una violación del mismo, ya que el IDEA se abrogó facultades que le están reservadas al juez¹²⁵ y, además, quiso derivar consecuencias jurídico-patrimoniales para su contraparte y actuando bajo el presupuesto de un incumplimiento contractual que únicamente vino a ser puesto en conocimiento de la autoridad competente para resolverlo, al momento de presentar la solicitud de convocatoria a un Tribunal de Arbitramento.

Más allá de lo anterior queda otra consideración por hacer, ya que según la verdad procesal y material establecida en el trámite, el IDEA terminó siendo titular de un número plural de acciones en exceso a las que había pagado, que conformaban la obligación de ASFALTOS. De acuerdo con esa verdad, el IDEA realizó una serie de actuaciones mediante las cuales quedó en poder de un número de acciones que satisfacían con creces las 335 reclamadas en la demanda inicial. Esto para decir que en la demanda instaurada omitió describir la totalidad de los hechos y ocultó el número real de acciones que se terminaron titulando a nombre del IDEA en virtud de la manera como se entendió a posteriori, por HPI S.A. E.S.P. e IDEA el negocio jurídico que se recogió en los documentos-contrato 342 y 388 de 2008, y a la luz de la comunicación de agosto 25 de 2008. Concretamente, IDEA omitió mencionar la cantidad de acciones suscritas y no pagadas que ASFALTOS tenía para el día 16 de julio de 2008 y para el 28 de julio del mismo año, así como todas las otras que terminaron en su poder. Y es

¹²³ *Ibidem* Pág. 95.

¹²⁴ Oficio 0906425 del 8 de junio del 2009, de HPI S.A. a ASFALTOS Y VIAS, folio 130 Cuaderno 1, y folio 86 del cuaderno 2.

¹²⁵ En efecto, pues si bien la compensación opera por ministerio de la ley (conforme al artículo 1715 del Código Civil), debe ser alegada para su declaración por el juez, como manda el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil. De allí que la parte beneficiaria no puede unilateralmente hacer operar la compensación.

**TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA - IDEA -**

**Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA.**

60

importante esta reflexión, porque, haciendo abstracción de la actuación en el plano judicial, el IDEA tenía el conocimiento que se había hecho a la titularidad de muchas más acciones de las que había pagado.

Se declarará, en consecuencia, que no prosperan las pretensiones de la demanda y, consecuencialmente, no hay lugar a que el Tribunal se pronuncie sobre las excepciones propuestas por la parte convocada.

D. LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

La demanda de reconvencción presentada por ASFALTOS está fundamentada sobre un hecho del cual no cabe duda al Tribunal, como ya se dijo en otra parte: el IDEA terminó siendo titular de un número plural de acciones superior a las que había pagado, gracias a unas actuaciones fundadas en la interpretación del texto de la comunicación de 25 de agosto de 2008.

De la prueba documental que obra en el expediente del proceso, abundante y repetida, logró esclarecer el Tribunal, en relación con las acciones adquiridas por la demandada principal en HPI S.A. E.S.P., que ASFALTOS tuvo el número de acciones que se refleja en el diagrama que a continuación se presenta:

CUADRO EVOLUCION ACCIONARIA								
ACTO FECHA	1. NÚMERO INICIAL ACCIONES SUSCRITAS Y PAGADAS	2. RESOLUCIÓN 003/08 1ª RONDA	3. RESOLUCIÓN 003/08 2ª RONDA	4. RESOLUCIÓN 006/2008 1ª RONDA	5. CONTRATO DE VENTA 0388/2008	6. RESOLUCIÓN 001/2009 1ª RONDA	7. RESOLUCIÓN 001/2009 2ª RONDA	CARTA DE JUNIO 8/2009 SOCIEDAD HPI
REAL	(4.888)	(+19.533)	(+335)	(+8.177)	(-12.983)	(+16.682)	(+99)	(-36.731)
Dic. 31 2007	S y P: 4.888							
Marzo 12 de 2008		S: 24.421 S y P: 12.648						
Abril 3 de 2008			S: 24.756 S y P: 12.983 (-335)					
Julio 16 de 2008				S: 32.933 S y P: 21.160				
Julio 28 2008					S: 19.950 S y P: 8.177			
Febrero 9 2009						S: 36.632 S y P: 8.177		
Marzo 13 2009							S: 36.731 S y P: 20.049	
Junio 8 2009								S: 0 S y P: 0

NOTAS AL CUADRO:

1. Libro de accionistas sociedad HPI S.A. (Folio 137 cuaderno 2)
2. Aceptadas según comunicación 1750-0001 del día 12 de marzo de 2008 (Folio 14 cuaderno 2) y consignación del día 13 de marzo de 2009 por valor de \$7.760.000 (folio 15 cuaderno 2).
3. Aceptadas según la misma comunicación citada, y expedidas bajo título 547 del 2 de mayo de 2008 (folio 22 cuaderno 2), el cual fue entregado mediante comunicación de julio 17 de 2008 (folio 50 cuaderno 1); En diciembre 21 de 2008 se cancelaron 335 acciones de las que estaban suscritas y pagadas a julio 16 de 2008 y fueron parte del objeto del contrato 0388/2008.
4. Consignación por valor de 8.967.542 de julio 16 de 2008. La corrección del libro de accionistas en cuanto a Asfaltos y Vías procedió para aclarar la cantidad de acciones suscritas con base en la Resolución 006/2008, pues se le habían ofrecido 790 acciones de más, ya descontadas en ambos cuadros.
5. Contrato 0388/2008, folio 10 a 13 del Cuaderno principal.

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA - IDEA -**

Vs.

ASFALTOS Y VIAS LTDA.

61

6. Aceptación por medio de comunicación 1896-0001, de febrero 5 de 2009 (Folio 52 cuaderno 2).
7. Consignación del 11 de marzo de 2009 (Folio 116 cuaderno 1); En marzo 13 de 2009 se pagan las 11.773 acciones pendiente de pago correspondientes a la resolución 003 de 2008 (Consignación obrante a folio 117 Cuaderno 1).

La tercera fila, con el rótulo en la columna del extremo izquierdo REAL, da cuenta cabal de las acciones de las cuales fue titular ASFALTOS a través del tiempo, como consecuencia de la suscripción de acciones con base en las resoluciones 003 y 006 de 2008 y 001 de 2009. Adviértase que la propiedad de las acciones surgía por la suscripción y para nada incidía si, una vez suscritas, se pagaban o no.

De modo que, de la revisión de la prueba documental relativa al tema, superado el desorden del manejo de su registro accionario por HPI S.A. E.S.P., entiende el Tribunal que, a la hora en que por la interpretación del documento de agosto de 2008 (que se estudia más adelante) aclaratorio del contrato de julio de 2008, le arrebataron a ASFALTOS las acciones que IDEA alegaba le pertenecían, la sociedad reconviniendo era titular de 36.731 acciones, diferentes desde luego a las 12.983, que había transferido a IDEA en julio de 2008.

La comunicación 1818-0001 del 25 de agosto de 2008. Antecedentes, objeto y efectos

La comunicación radicada 1798-0001, del 22 de julio del 2008, de autoría de ASFALTOS, es precisa y clara en cuanto a señalar que se transfieren al IDEA 12.983 acciones de la sociedad HPI S.A. E.S.P.¹²⁶. Esta indubitada declaración de voluntad fue llevada nuevamente al documento de contrato 0388 del 28 de julio del 2008, en cuya cláusula primera se delimitó el objeto transferido a título de venta, que corresponde al mismo número de acciones. Como antecedente a estos dos documentos, se tiene que las partes habían suscrito el denominado contrato 0342 del 16 de julio de 2008 y en el cual se determinó que lo vendido eran "... 12.983 acciones..." de la sociedad HPI S.A. E.S.P., pero sin entrar a calificar si eran pagadas o no pagadas, asunto que se corrigió en el escrito posterior, donde expresamente se consagró que eran ordinarias pagadas. Estas dos fechas del 16 y el 28 de julio gozan de importancia al momento de analizar e interpretar la comunicación radicada bajo el número 1818-0001, del 25 de agosto del 2008, recibida en la Hidroeléctrica el 28 de agosto siguiente, nominada como "*enajenación de acciones*", obrante en varias partes del expediente¹²⁷. Si se observa la redacción y el contenido de la misma, lo que se desprende es que el accionista pretendió aclarar la fecha de la cesión de las acciones y la de la cesión de los derechos de suscripción que de ésta nació; se detalla que en ambos párrafos se encuentra la expresión "... *pasado 16 de julio...*", lo que enfatiza el carácter aclaratorio de la comunicación, el cual era razonable en ese momento, porque los sellos y firmas de cesión de los títulos accionarios quedaron con fecha anterior a julio 28 de 2008, así como quedó con fecha anterior la comunicación original de la cesión.

Por lo mismo, en modo alguno el escrito de 25 de agosto aludido, dadas las circunstancias particulares en que se produjo –y que se explican a continuación–, constituyó una manifestación de voluntad de la que se pudiera desprender que el número de acciones transferidas (es decir, 12.983) hubiera variado y con ello el objeto del contrato. Lo que ha podido verificar el Tribunal es que las negociaciones con los accionistas minoritarios se desarrollaron en un marco de apesuramiento, casi que de improvisación, lo que condujo a

¹²⁶Folio 33, cuaderno 2; folio 34, carpeta 17 Inspección IDEA

¹²⁷v.g. Cuaderno 2, folio 41

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA - IDEA -
Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA.

62

la firma del mencionado documento de contrato 0342 sin el cumplimiento de los requisitos legales y sin la minuta de contrato que posteriormente sería la definitiva.

Dentro de los documentos recaudados en la inspección judicial al IDEA, encontró el Tribunal que solamente para el mismo día 16 de julio del 2008 el IDEA conoció el número de acciones ordinarias pagadas que tenía cada accionista minoritario, listado en el cual se omitió la mención de las acciones suscritas no pagadas que tenía cada uno de ellos. Este documento¹²⁸ resulta de particular peso probatorio: consiste en una información de 16 de julio de 2008, radicada ante el IDEA a las 2:16 p.m., en la cual el gerente general de la sociedad HPI S.A. E.S.P. enteró al señor gerente general del IDEA, del número de acciones pagadas "... antes de la actual capacitación" (sic) -entiéndase capitalización-, con un cuadro anexo que contiene las acciones a 31 de diciembre de 2007, las acciones pagadas durante el año 2008, y una última columna que **totaliza las acciones pagadas de cada uno de los socios**. Además, resaltó al final el remitente que está "*dispuesto a aportar cualquier información adicional que Usted considera necesaria y oportuna, en este proceso*".

En el cuadro anexo,¹²⁹ denominado "*Acciones y Capitalizaciones*", aparece la siguiente información en lo que respecta a ASFALTOS:

SOCIOS	ACC.2007	1.CONSIG	2.CONSIG	3.CONSIG	TOTAL.CONS.	TOTAL
ASFALTOS Y VIAS LTDA.	4.888.000	7.760.000	335.000	0	8.095.000	12.983.000

Fue el IDEA quien elaboró y redactó los documentos denominados contrato 0342 y contrato 0388 con base en la información que le suministró HPI S.A. E.S.P., la cual tomó como cierta -pues de hecho lo era-, pero también como suficiente, cuando apenas era parcial. La forma de cálculo del precio tampoco deja duda sobre la delimitación del objeto traidado como corolario del contrato, ya que el precio total resulta de la multiplicación de cada unidad o acción por un valor que fue asignado según avalúo de una entidad especializada, es decir, que las acciones no se compraron empaquetadas, como suele ocurrir en los negocios en bloque y en los denominados "todo o nada". El hecho de que en dos documentos separados en el tiempo (once días de diferencia), el objeto sea el mismo, que la forma de pago se haya determinado como una sumatoria de valores individuales, choca abiertamente con la interpretación que el IDEA ha pretendido darle a la comunicación del 25 de agosto de 2008. Si el IDEA quería que esta tuviera los efectos que pretendió y reclamó a HPI S.A. E.S.P. en marzo de 2009 y que indujo a uno de los funcionarios de HPI S.A. E.S.P. a creer que podía entenderse el asunto como IDEA lo planteó, tendría que haberse asegurado que todos los accionistas que iban a suscribir la carta, recibieran de parte de la sociedad o de ella misma, la información actualizada de la cantidad y tipo de acciones que tenía.

Pasando al aspecto puramente contractual, el documento de contrato 0388 en su cláusula octava estipula:

"MODIFICACIONES: El presente contrato no podrá reformarse o modificarse salvo acuerdo expreso de las partes".

¹²⁸ carpeta 1 Inspección IDEA, folios 125 y 140

¹²⁹ carpeta 1 Inspección IDEA, folios. 126

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA – IDEA –
Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA.

63

Debe el Tribunal detenerse en el análisis pormenorizado de esta previsión contractual y en particular en el significado del término “expreso”, en tanto que este calificativo impedía a las partes y asimismo a la sociedad emisora de las acciones, concluir que un tópico tan trascendental del negocio –como lo es la cantidad de acciones transferidas– podía modificarse por el simple hecho de que en la correspondencia de 25 de agosto de 2008 se incluyeron locuciones como “*enajené la totalidad de las acciones*” o “*dejé de ser accionista de esa sociedad para todos los efectos legales y contractuales*”.

No en vano el Código de Comercio, en el artículo 824, exige que la expresión de la voluntad contractual debe ser dada por “... *cualquier modo inequívoco*”, lo que significa que ella debe tener un contenido expresado de manera que no pueda confundirse con otro.

Se encuentra en relación con la citada carta que, en primer lugar, no hay una mención directa, puntual o *inequívoca* sobre la cantidad de acciones transferidas. En segundo lugar, la comunicación no deja saber cómo fue el acuerdo modificadorio que exige la cláusula octava del contrato. En tercer lugar, esta comunicación no se refiere al documento de contrato 0388 de 2008, que es de 28 de julio de 2008, sino a hechos ocurridos el 16 de julio de 2008, cuando el documento de contrato en mención ni siquiera existía.

Por lo tanto, la comunicación que el IDEA exhibe como causa jurídica para la propiedad de un número de acciones que por mucho sobrepasan el de 12.983, no puede tener la entidad jurídica ni para modificar el contrato que celebró con ASFALTOS, ni para ser soporte de transferencia de acciones en la sociedad HPI S.A. E.S.P. Lo que la carta quiso hacer fue simplemente aclarar el aspecto temporal de la negociación y evitar una duplicidad de cesiones y de órdenes del enajenante.

Una interpretación diferente de esta carta, como la construida por el IDEA orientada a obtener todas las acciones que además de las 12.983 enajenadas en el contrato celebrado el 16 de julio tuviera ASFALTOS en HPI S.A. E.S.P., es contraria a la buena fe que debe presidir no solamente la negociación propiamente dicha, sino también su ejecución.

En efecto, como se anotó en apartado previo, la buena fe, cuya raíz y esencia es la lealtad del contratante, juega un papel de importancia en materia de interpretación del contrato. De un lado, las partes del negocio deben ajustar su entendimiento de las estipulaciones a la seriedad y honradez debidas a su contratante; de otro, el juez, mirado el principio como un paradigma, debe integrar el acuerdo de voluntades con lo que por su naturaleza pertenece a él y descifrar de ese modo las conductas que las partes han debido asumir.

Por eso, la buena fe sirve de apoyo para afirmar que ninguna de las partes en un contrato puede pretender haber adquirido derechos más allá de lo debido, o sea, otros que no sean parte del contrato proveniente de la estipulación expresa o de la naturaleza de las cosas. Frente a una compraventa, por lo mismo, se violarán los derechos del vendedor, por el comprador, cuando éste sin fundamento, pero con ocasión del contrato, prevalido de una comprensión abiertamente incorrecta de sus cláusulas, hace extensivo el objeto contratado a más de lo que fue convenido.

Los autos muestran que el indicado es, precisamente, el conflicto sometido a la competencia del Tribunal, que **radica en la afirmación por cada parte de la titularidad de unas**

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA - IDEA -

Vs.

ASFALTOS Y VIAS LTDA.

64

acciones¹³⁰ y, en este orden de ideas la diferencia susceptible de resolución por arbitraje¹³¹ consiste en dilucidar cuál de las dos partes del contrato y con fundamento en el objeto de éste, tenía el derecho a suscribir nuevas acciones.

En el expediente obran diversos elementos de convicción sobre la intención del IDEA con la negociación de las acciones de HPI S.A. E.S.P. Una muestra es la versión de la abogada Marcela Gallego Martínez, quien vivió de cerca ese proceso. Dijo la testigo en su declaración¹³²:

"PREGUNTADA: ¿Y usted considera que hay una relación de causalidad entre esa carta de empaquetamiento y una necesidad de (pongo comillas) "subsana" todos esos problemas del número de acciones, o ustedes en Empresas públicas cómo analizaron esa carta? CONTESTO: No, lo que pasa es que eso está relacionado es con lo que ella leía ahora del contrato, con esa prima de control. (Se refiere a la lectura que había hecho la Presidente del tribunal del Parágrafo 1º de la cláusula según la cual se pagaba un 20% del precio como "prima de control valor que sólo se reconocería si el Instituto para el Desarrollo de Antioquia IDEA alcanza para el día 16 de julio de 2008 a las 6:00pm, el 3.98% de propiedad de los particulares accionistas de la sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango") O sea, ¿cuál era el punto? EL IDEA quería tener el control de la sociedad, entonces ellos tenían que tener todas las acciones de los minoritarios para poder llegar a tener esa participación que le daba control. Si ellos no tenían esas otras acciones de los minoritarios, ahí había dos cosas: una, no tenían el control; o dos, obviamente les iba a tocar pagar mucha más plata, porque es que el contrato era muy claro: tantas acciones multiplicado por un precio le daba tal valor del contrato. Si usted tenía más acciones, vuelva y multiplíquelo por ese precio, y le daba un valor mayor. Entonces digamos que esa fue una medida del IDEA, no la definiría de ninguna manera, pero él lo que hizo fue asegurar el control primero....."(subrayas del tribunal)

Ya en el terreno procesal, dígame que el IDEA no probó la existencia de un acuerdo expreso que hubiera modificado el contrato de julio de 2008.

Al repasar todas las piezas probatorias que se recogieron, no se encontró ninguna distinta a la referida comunicación del 25 de agosto para justificar la supuesta cesión universal que IDEA y HPI S.A. E.S.P creyeron que había sido hecha por la convocada principal. Y la posición de IDEA visible en la conducta que adoptó en relación con su carga probatoria, como no formular, dada la importancia de lo debatido, interrogatorio de parte al representante legal de ASFALTOS, ni llamar a testigos que pudieran tener conocimiento de negociaciones modificatorias. Además, el Tribunal pudo establecer que en el caso de otros

¹³⁰ Acciones que el Tribunal encuentra que son separables en tres grupos, pero en todo caso ligadas en forma directa e indirecta al contrato de julio de 2008: o bien porque si entraban en la negociación como objeto del contrato (las suscritas y no pagadas, eventualmente, por la variación del negocio entre 16 de julio y 28 de julio de 2008 y ante el propósito de control de HPI S.A. E.S.P que el IDEA tenía como designio; o las resultantes de la capitalización de la resolución 006, en cantidad de 8.177); o porque dependían de las que entraban en la negociación.

¹³¹ La afirmación de ser dueñas de las acciones, la sustentó cada una de las dos partes, en el propio contrato; pero como además una de ellas la llevó al plano material, decidida la primera parte del conflicto es elemental, en razón de la relación (que podría calificarse de relación de implicación) que los une, que cualquier asunto dependiente de la definición del mismo puede ser resuelto por el mismo Tribunal. En este sentido, se advierte que la expresión "cualquier diferencia" que se recoge en la cláusula compromisoria convenida por IDEA y ASFALTOS, supone una cláusula a todo uso o universal, lo que significa que todo conflicto derivado o relacionado con el contrato, en el sentido de que éste sea la fuente directa o indirecta del conflicto, puede llevarse a la decisión de árbitros. Lo que se requiere, sin excepción, es que el conflicto sea transigible o, en términos de la jurisprudencia constitucional, que se refiera a derechos disponibles o que el asunto esté autorizado por la ley para ser resuelto por árbitros. Y el resultado es conflicto de esa naturaleza

¹³² Cuaderno N° 4, Prueba Oral, Folios 47

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA - IDEA -

Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA.

65

accionistas minoritarios, como por ejemplo Ingeniería y Contratos y Jorge Alberto Gómez, fue claro que, como ellos no transfirieron las acciones suscritas y no pagadas, hubo lugar a reclamaciones de los vendedores al IDEA y que la sociedad emisora debió hacer devolución de esos títulos.

Y es que conforme al artículo 928 del Código de Comercio:

"El vendedor estará obligado a entregar lo que reza el contrato, con todos sus accesorios, en las mismas condiciones que tenía al momento de perfeccionarse...".
(Negrillas del Tribunal)

Lo que rezaba el contrato, en el caso de autos, era la venta de 12.983 acciones, suscritas y pagadas, no otras.

El IDEA no demostró que efectivamente dentro del objeto del contrato y del precio pagado, estaban incluidas todas las acciones de ASFALTOS que excedieran la cantidad de 12.983. Y es en ese punto donde surge el cuestionamiento medular sobre el dominio de las acciones en disputa, que debe ser considerado a la luz de normas principalísimas y fundantes de la teoría de las obligaciones.

Así, el artículo 740 del Código Civil exige que para que haya tradición debe haber "*intención de transferir el dominio*"; ello concuerda con el artículo 742 que requiere una tradición hecha "*voluntariamente*" por el tradente. Y más importante aún:

*"Para que valga la tradición se requiere un título traslativo de dominio, como el de venta, permuta, donación, etc."*¹³³.

El título traslativo no fue exhibido por el IDEA dentro del proceso; no afloraron los elementos esenciales de ningún tipo contractual que enmarcara la supuesta obligación de transferir más acciones de las citadas en el texto negocial.

Claro que la ratificación de la tradición está permitida (cfr. artículo 742 inciso 2º del Código Civil), pero la comunicación del 25 de agosto de 2008 no cumple los requisitos para constituirse en tal, en cuanto a objetos distintos a los del contrato 0388, porque lo que se ratifica es lo mal celebrado, pero precisamente dentro de los límites de lo que se quiere ratificar. No puede confundirse la validación retroactiva con la celebración de un nuevo negocio jurídico, porque la ratificación lleva sus efectos hacia el pasado y se circunscribe a ese hecho ya acaecido, que no cumplió los requisitos normativos para ser válido, pero no se desborda hacia la creación de nuevos derechos u obligaciones.

Sostener que la carta en cuestión significó que ASFALTOS cedió la totalidad de las acciones, excediendo el marco convencional, sería desconocer normas fundantes del derecho privado, como aquella que señala que las obligaciones nacen del "*... concurso real de las voluntades de dos o más personas*" (artículo 1494 Código Civil), el numeral 2 del artículo 1502 ejusdem, que exige que quien se obliga "*consienta en dicho acto o declaración de voluntad...*", y el artículo 1524 cuando ordena que no puede haber obligación sin una "*causa real*", entendiendo por esta "*el motivo que induce al acto o contrato*".

¹³³ Art. 745 C.C.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA – IDEA –
Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA.

66

De nuevo, insiste el Tribunal que se echan de menos evidencias acerca de las circunstancias de tiempo, modo y lugar de negociaciones que hubieran dado lugar a una cesión total de acciones, como la que ha defendido la convocante principal.

Pero, además, en la contestación del apoderado del IDEA a la demanda de reconvención, se observa que esta entidad considera que el contrato que celebró con ASFALTOS no tenía un objeto diverso a 12.983 acciones ordinarias pagadas. Véase en que la réplica al hecho decimocuarto admitió que por el contrato únicamente se traditaron 12.983 acciones.

Si cuando ASFALTOS firmó la carta diciendo que había vendido “todas” las acciones, pero para ese momento tenía un conocimiento de que “todas” eran 12.983 porque la comunicación se refería al contrato en que precisamente fue ese el objeto, y al mismo tiempo el IDEA pretendía era hacerse a una cifra superior (las suscritas y no pagadas a julio 28 de 2008), no puede dársele contenido a la manifestación de ASFALTOS con base en la intención del IDEA, pues las manifestaciones de voluntad no se encuentran en un punto común. Es decir, la expresión “todas” no puede transformar el contrato (0342/0388) al punto que se haga decir que por determinado precio transfería “lo que tuviera”. Al respecto es importante el contenido de la comunicación 1932-0001 del 16 de julio de 2009, de ASFALTOS a HPI S.A. E.S.P., donde, haciendo un recuento de la situación ocurrida, explica por qué las acciones suscritas y no pagadas a 28 de julio de 2008, no eran enajenadas (fs. 133, cuaderno 1) y delimita el contenido de la comunicación de agosto 25 de 2008 al asunto de las 8.177 acciones sobre las que se debía asumir la capitalización por parte del comprador.

La revisión y recomposición del libro de accionistas

Antecedentes

Informes de Revisoría Fiscal

Numerosos documentos fueron conocidos por el Tribunal, muchos de ellos emanados de la revisoría fiscal, y referentes al tema de la revisión y recomposición del libro de accionistas.

Por vía de ejemplo, se tiene que en el informe de revisoría fiscal radicado PESC-CART-RF-AGO08-004 del 15 de agosto¹³⁴ del 2008, en el numeral noveno de la “Metodología”, se propuso como mecanismo para la revisión del libro que se identificaría a los accionistas que no participaron en las capitalizaciones, verificando que, al vencimiento del plazo para la suscripción, las acciones no suscritas hubieran regresado a la reserva y quedado a disposición de la junta directiva. En el numeral cuarto del capítulo de “Hallazgos” se reportó que ASFALTOS, según la indagación que realizó la revisoría fiscal, “no consignó, pero sí le fue expedido el título N° 547, con fecha 2 de mayo de 2008”. Y en el numeral uno de las conclusiones se dijo:

“el no conocer el libro de accionistas, actualizado, hace imposible determinar cuál es la composición accionaria de la sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P.”. (Negritas del Tribunal)

¹³⁴ Carpeta 4 Inspección judicial al Idea, folios 7 y siguientes.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA - IDEA -
Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA.

67

Se produjo un segundo informe de la revisoría fiscal sobre la composición accionaria de HPI S.A. E.S.P., con corte al 21 de agosto de 2008¹³⁵, en el cual se indicó que en el libro de registro de accionistas no figuraba ASFALTOS, según cuadro que obra a folio 26, pero sin embargo lo relacionó en el cuadro de acciones suscritas por cobrar¹³⁶ con un total de 11.774 acciones. Nótese que en esos días se generó la carta de 25 de agosto a que se hizo referencia más arriba.

Obtenido también dentro de la inspección judicial al IDEA, destácase el dictamen de la revisoría fiscal para la asamblea ordinaria de accionistas del año 2009¹³⁷, que en el numeral 3º denominado "Salvedades" manifestó:

"además, se aceptaron comunicaciones de venta y cesión de derechos no lo suficientemente claros y concordantes con los requisitos legales, abonado al hecho que la contabilidad estaba atrasada y no se pudo constatar el registro de las transacciones ni conciliar la cuenta del disponible, ya que los recursos fueron manejados en cuentas bancarias de propiedad del IDEA, durante las diferentes etapas de la capitalización. (...)"

"Durante el último trimestre la administración tomó diferentes medidas para solucionar lo descrito anteriormente, quedando las siguientes situaciones por resolver: "...3.1.3 Venta de acciones. Las comunicaciones recibidas por la entidad de parte de algunos accionistas, con relación a la cesión y/o venta total o parcial de sus acciones, no fueron lo suficientemente precisas, circunstancia que generó errores adicionales en el libro de registro de acciones. En la medida que la entidad ha recibido las notas reclamatorias y/o aclaratorias de los accionistas que vendieron sus acciones y derechos se han corregido los registros en dicho libro". (negrillas del Tribunal)

Concordante con lo anterior, en el mismo informe se plantearon contingencias judiciales con la siguiente advertencia:

"Teniendo en cuenta que el proceso de capitalización efectuado durante el año 2008, presentó equivocaciones e imprecisiones en el manejo administrativo, se pueden presentar nuevos reclamos por parte de accionistas o ex-accionistas que consideren vulnerados sus derechos en algún momento del proceso". (Negrillas del Tribunal)

Actuaciones de Hidroituango ante las visitas y requerimientos de la Superintendencia de Sociedades

El día 18 de septiembre de 2008, la Superintendencia de Sociedades inició visita a la sociedad HPI S.A. E.S.P., y en el acta¹³⁸ dejó constancia, en varios puntos, sobre el desorden generalizado de la sociedad desde el punto de vista contable, fiscal, jurídico, etc. (v.g. folios 103 a 105). Dentro de las órdenes impartidas, en el numeral 9º se le impuso la siguiente obligación:

"Llevará, revelará y registrará (si es preciso reconstruirá) el libro de registro de accionistas, (y aún en las notas a los estados financieros de la sociedad) los hechos

¹³⁵ Carpeta 4 Inspección IDEA, folio 24 y ss.

¹³⁶ Ibidem, Folio 31.

¹³⁷ Documentación encontrada en la CARPETA NO. 3 DE LA INSPECCION JUDICIAL AL IDEA. "Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. Inversiones en renta variable", folio 138.

¹³⁸ Aparece a partir del folio 100 de la carpeta 4 Inspección Idea, e igualmente a partir del folio 80, del cuaderno 1. Supersociedades

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA – IDEA –

Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA.

68

económicos relacionados con la realidad de la composición accionaria, el movimiento de las acciones, pagos y manejos de las diversas capitalizaciones que se han presentado en el presente año cumpliendo los requisitos y formalidades de ley (capitalizaciones: la primera con 2 rondas, la tercera con garantía de servicio y la cuarta con garantía de cumplimiento); expedirá los títulos respectivos (provisionales y definitivos) ajustado a las normas expresas del Estatuto Mercantil y teniendo presente las doctrinas contables y jurídicas emanadas de la Superintendencia de Sociedades (...) Y tendrá presente los dos informes emanados de la revisoría fiscal sobre el estudio de la composición accionaria y demás observaciones realizadas"

En la resolución de gerencia de HPI S.A. E.S.P. número 003 de 2008¹³⁹, se expresó que la razón para la revisión de la composición accionaria fue la equivocación en el número de acciones ofrecidas en las resoluciones 003 a 006 de 2008. Así se desprende de los numerales segundo, cuarto y séptimo de la parte considerativa de dicha resolución. En su parte resolutive se ordenó la revisión total de los documentos soportes y así mismo se ordenó la corrección de la composición accionaria, conforme a los artículos 388 del Código de Comercio y 13 de los Estatutos sociales, con la consecuente corrección del libro de accionistas de la sociedad. En el numeral 1 del parte resolutive se ordenó:

"la revisión total de los documentos que han servido de soporte para las capitalizaciones efectuadas por la sociedad en el año 2008, incluyendo las diferentes resoluciones, contratos, cesiones, etc., de tal forma que se establezca la composición accionaria correcta de los accionistas de la sociedad, estableciendo el número correcto de acciones que correspondían a cada uno de los accionistas en las diferentes capitalizaciones realizadas en el año 2008".

En la resolución de gerencia 004 de 2008 se adoptaron procedimientos de corrección para los problemas surgidos en las resoluciones 003 y 004 de 2008 y se ordenó la reconstrucción material del libro de accionistas, habida cuenta del mal estado físico del libro anterior.

A folio 103 del cuaderno 5-1 Supersociedades, obra parte del informe que se remitió por HPI S.A. E.S.P. a la Superintendencia de Sociedades el día 24 de marzo del 2009, denominado "respuesta a observaciones de visita", refiriéndose a la que fue realizada los días 18, 22 y 23 de septiembre de 2008. En el numeral 9° de este informe se lee el siguiente texto:

"9. Correcciones en la composición accionaria y libro de registro de acciones. H: se sabe a ciencia cierta quiénes son los accionistas, pero no se sabe el porcentaje que le corresponde a cada uno. O: Corrección del libro o reconstrucción del mismo". (negrilla y subraya del Tribunal)

Y en casilla contigua titulada "Seguimiento", se dice:

"Se corrigió en el mes de enero de 2009". (negrilla y subraya del Tribunal)

Resultan fundamentales estas afirmaciones. Significan nada más y nada menos que la sociedad HPI S.A. E.S.P. certificó ante la autoridad pública competente que dio cumplimiento a las instrucciones impartidas y que revisó quiénes eran los accionistas (dice que lo sabe "... a ciencia cierta"), cuántas acciones tenía cada uno, cuántas acciones podía suscribir en cada capitalización y cuántas acciones tenía al mes de enero del 2009. Dentro de esta extensa y minuciosa revisión que incluía todos los documentos soportes de las transacciones, necesariamente tuvo que haber sido revisada la citada carta del 25 de agosto

¹³⁹ folio 66, Cuaderno 1, Supersociedades

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA - IDEA -
Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA.

69

del 2008, por lo que tiene que entender este Tribunal que dentro del análisis tan completo que hizo la sociedad, tal comunicación no fue clara para HPI S.A. E.S.P., no fue determinante para la organización del libro de accionistas y por el contrario siguió teniendo a ASFALTOS como accionista, a tal punto que le reconoció el derecho de suscripción de acciones, con base en la resolución 001 de 2009 y que con fecha 11 de marzo de 2009 le envió la comunicación radicada como 31410¹⁴⁰ donde dijo hacerle entrega de los títulos 726 por 19.544 acciones: 1010 por 8.177 y 1504 por 16.682.

El hecho así probado, según el cual para la sociedad emisora ASFALTOS tenía la calidad de accionista, se reafirma, por ejemplo, con el oficio que aparece a folio 188 del cuaderno 5-1 Supersociedades, emitido por HPI S.A. E.S.P., en el cual le informó a la Contraloría General de Antioquia que ASFALTOS fue parte de la negociación denominada "capitalización 001 de 2009". Así mismo, en la hoja de control de asistencia de la Asamblea extraordinaria de accionistas del 25 de marzo de 2009 (Ibídem, folio 280), bajo el numeral 16, aparece ASFALTOS con un total de acciones suscritas y pagadas de 24.958, y un porcentaje de participación del 0,00845%. En igual vía, a folio 337 del mismo cuaderno obra el acta de la Asamblea general de accionistas del 25 de marzo del 2009, identificada con el número 21, en la cual se apuntó como accionista a la sociedad convocante en reconvención. Y además, a folio 224 del cuaderno 5-2 Supersociedades, que corresponde a la página 35 del documento que recogió la asamblea ordinaria de accionistas de la sociedad HPI S.A. E.S.P., aparece el cuadro de composición accionaria oficial que se tuvo en cuenta para la realización de dicha reunión: allí aparece la sociedad ASFALTOS con un capital suscrito a diciembre 31 de 2008, de \$8.967.542, y con un capital suscrito y pagado a diciembre 31 de 2008 de \$ 8.967.542.

En el acta de visita practicada por la Superintendencia de sociedades a la HPI S.A. E.S.P., radicada bajo número 2009-02-013896, de fecha 11 de mayo de 2009, en el punto 4¹⁴¹, **la sociedad ratificó el escrito de fecha de 24 de marzo de 2009**, y además, señaló que seguía cumpliendo con las instrucciones impartidas en dicha visita. Posteriormente, según certificación expedida por HPI S.A. E.S.P., el día 23 de octubre de 2009, por petición del IDEA, esa sociedad corroboró que la revisión del libro se efectuó entre octubre y diciembre de 2008, como consecuencia de "lo dispuesto por la misma junta y las recomendaciones de la Superintendencia Regional de Sociedades y la Revisoría Fiscal"¹⁴². Repárese que en esta certificación no figura referencia alguna a factores diferentes a los ajustes en las capitalizaciones, como causas de la corrección del libro de accionistas.

En el punto 10¹⁴³ de la mencionada acta de visita aparece que los delegados preguntaron si el pago de las acciones suscritas se realizó o no en las fechas de vencimiento de la oferta y la sociedad respondió:

"se hizo una verificación de cada una de las carpetas de los accionistas y se pudo constatar que todos pagaron el 3 de abril de 2008 o antes (según listado de resolución No.4 vs soportes), se anexa cuadro con accionistas y fecha de pago". Las cuales se verificaron en su totalidad..."

¹⁴⁰ Cuaderno documentos entregados por HIDROITUANGO, folio 70

¹⁴¹ Folio 318, cuaderno 1 Supersociedades

¹⁴² Folio 114, Carpeta 2 Inspección Judicial IDEA

¹⁴³ ibidem, folio 319

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA - IDEA -
Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA.

70

Todo lo dicho da al Tribunal la certeza de un hecho: ASFALTOS fue considerada como accionista en HPI S.A. E.S.P., con justo título sobre 8.177 acciones suscritas y pagadas, hasta el 8 de junio de 2009.

Eliminación de los registros accionarios de ASFALTOS

Para los árbitros, más allá de la sujeción a las instrucciones de la Superintendencia de Sociedades y del sometimiento a trámites judiciales legales para ese fin, no existía potestad en cabeza de HPI S.A. E.S.P., y menos en quien le asesorara, para ajustar como consecuencia de interpretaciones personales el libro de accionistas, pues los límites legales y estatutarios imponían el respeto por la propiedad privada y por los derechos adquiridos. Ni la Junta Directiva ni la Gerencia podían disponer la supresión de registros accionarios, que ignorara los mecanismos previstos por la ley para solucionar las disputas entre accionistas y entre estos y la sociedad. La necesidad administrativa de corregir el libro de accionistas no comprendía facultades extraordinarias o exorbitantes para definir la calidad de accionista ni sus porcentajes. La legislación colombiana no contempla este tipo de competencias absolutistas en cuanto al manejo de libro de accionistas.

El abrupto giro mediante el cual se dispuso que ASFALTOS ya no tenía ninguna acción en la sociedad HPI S.A. E.S.P. se dio el día 8 de junio de 2009, y tuvo como presupuesto una acción positiva y específica del IDEA. El 10 de marzo de 2009, bajo radicación 001503, el IDEA reclamó formalmente a la sociedad HPI S.A. E.S.P., los derechos de suscripción ofrecidos a ASFALTOS, correspondientes a la resolución 001 del 2009. Fundamentó su petición en el contrato suscrito el día 16 de julio de 2008 y en la comunicación del 25 de agosto del mismo año. Hizo énfasis la reclamación en que tales documentos reposaban en los archivos de la sociedad. A continuación y como si ya fuera un hecho, declaró:

“Como consecuencia de lo anterior, manifestamos que aceptamos y vamos a suscribir y a capitalizar las acciones de la resolución 001-2009, que fueron ofrecidos inicialmente a ASFALTOS Y VIAS LTDA. Esperamos se nos comunique de manera inmediata el número de acciones que estamos suscribiendo”¹⁴⁴. (Negrillas del Tribunal)

Con fundamento en esta expresión del IDEA, se produjo por parte de la sociedad HPI S.A. E.S.P. un acto que fue suscrito por el secretario general. Así, en comunicación radicada bajo el número 0906425 del 8 de junio de 2009 (folio 86, cuaderno 2), dirigida a la reconviniente, se le informó que:

- Se realizó una exhaustiva revisión de los soporte del Libro de registro de acciones
- Se encontró la comunicación del 25 de agosto de 2008, la cual no se había tenido antes como soporte para inscripciones
- Dejó de ser accionista por voluntad propia desde el pasado 16 de julio de 2008, puesto que la comunicación citada constituye orden escrita del enajenante según el artículo 406 del Código de Comercio.

¹⁴⁴Folios 50 y 55 Carpeta 2 Inspección Judicial al IDEA.

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA - IDEA -
Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA.

71

- El alegado incumplimiento del contrato de enajenación de acciones 0388 de 2008 no era suficiente para enervar los actos jurídicos mediante los cuales se enajenaron las acciones, y que la sociedad no podía abstenerse de inscribir la orden de traspaso.
- Han procedido a cancelar el registro de las 8.177 acciones que corresponden a la capitalización de la resolución 006 de 2008, y estas acciones se asignan al IDEA.
- Quedaba sin fundamento fáctico y jurídico el ofrecimiento que se le hizo para suscribir acciones de la sociedad con base en la Resolución 001 de 2009 y se le reintegrará lo pagado.

Lo “decidido” por la sociedad repugna al ordenamiento jurídico y vulnera el artículo 58 de la Carta Política, por los siguientes motivos:

- a) Excede el mandato que la Junta Directiva dio a la gerencia para corregir el libro de accionistas¹⁴⁵.
- b) Excede las órdenes de la Superintendencia de Sociedades relativas a la corrección del libro de accionistas y contradice el informe de marzo 24 de 2009 donde afirman que el libro se corrigió desde enero de 2009. Se omite la observación de la revisoría fiscal (que debió ser tenida en cuenta según orden expresa ya citada) sobre la falta de claridad de las comunicaciones de cesión universal.
- c) Se remitió al socio a que iniciara un proceso arbitral contra el IDEA, pero la misma sociedad resolvió asuntos que estaban sometidos a la decisión del Juez, cancelando acciones que eran legítimamente poseídas. Lo que debió haber hecho era mantener el status quo y remitir a ambas partes a los mecanismos de solución de conflictos.

Al respecto es dicente el informe de Código de Buen Gobierno presentado en la asamblea de accionistas del año 2010, suscrito por la directora de Control Interno de la sociedad, en cuya página 11 ¹⁴⁶ al hacer referencia al caso de ASFALTOS, hizo constar que en reunión de junta directiva del 29 de julio de 2009, acta número 99, el secretario de la sociedad informó que:

“los asesores verificaron toda la documentación concerniente al caso, confirmaron que las acciones habían sido cedidas en su totalidad al IDEA, se corrigió el libro de acciones en tal sentido y se notificó a Asfaltos y Vías”

En síntesis, era necesario un pronunciamiento judicial para establecer orden en el caso específico, pero los asesores, acatando la indicación del accionista mayoritario y controlante decidieron que sí había existido una cesión total de acciones.

Importa subrayar que IDEA siempre pudo esclarecer el alcance del contrato y supo el número de acciones, pagadas y suscritas y no pagadas, que tenía ASFALTOS. El Tribunal hace hincapié en el punto, basado en la prueba practicada, pues no puede pasar por alto que al cabo del tiempo, dígame en marzo de 2009, IDEA acudió a una interpretación y a una solicitud contrarias a la honestidad negocial, para que un tercero, HPI S.A. E.S.P., fungiera

¹⁴⁵ Cfr. Actas 82 y 83 de 2008, HPI S.A.

¹⁴⁶ Folio 155, Carpeta 2 Inspección Judicial IDEA.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA – IDEA –
Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA.

72

como juez sin serlo y decidiera que las acciones de las que era titular ASFALTOS no le pertenecían a esta sociedad.

La proyección del contrato celebrado por las partes y la conducta desplegada por éstas

Si el asunto correspondiente a la relación jurídica sustancial entre las partes del proceso pudiera quedar en el solo plano de las categorías jurídicas, habría de decirse que el contrato que celebraron, por ser de ejecución instantánea, no debía ni tenía por qué prolongarse en el tiempo posterior a su perfeccionamiento y que, por lo mismo, se debió considerar agotado por la ejecución misma de las prestaciones que impuso a los contratantes, respecto del precio y la cosa, prestaciones que efectivamente se cumplieron recíprocamente en el mes de julio de 2008.

Así entendida la cuestión, mal podría afirmarse que después de julio de 2008 las partes estaban ligadas por el contrato en sí, sin perjuicio, claro, de la responsabilidad que cupiere a una u otra por el cumplimiento o la ejecución de las obligaciones.

Sin embargo, sin que sea en últimas una situación atípica, quizás –cree el Tribunal– por la naturaleza de las cosas, como el objeto contratado versó sobre unas acciones de una sociedad cuya existencia jurídica y material continuó, con la experiencia y la realidad propias de la persona jurídica (por ejemplo, actuaciones activas de sus órganos de dirección, actividades orientadas al aumento de capital social, etc.), las partes, IDEA y ASFALTOS desplegaron después de julio de 2008 comportamientos que únicamente pueden explicarse en razón del contrato, fuente indirecta por ende del conflicto por decidir, como la afirmación que simultáneamente han hecho de ser titulares de otras acciones en HPI S.A. E.S.P.

Dichos comportamientos, para la solución de la controversia, se deben examinar a la luz del ordenamiento mercantil vigente y de principios generales del derecho, como el de la buena fe y los matices que de éste brotan, como la coherencia en el actuar y la confianza legítima.

También, desde luego, será de suma importancia explorar la responsabilidad contractual. A este respecto, el plexo normativo que el Tribunal tendrá como marco para la evaluación de las conductas de las partes es el contenido en los artículos 1494 a 1503, 1517, 1518, 1524, 1565 a 1580, 1602 a 1624 del Código Civil, entre otros, además de los que se han citado antes correspondientes a dicho Código, y en los artículos 822, 824, 863, 864, 871, 920, 948 del Código de Comercio, entre otros.

Las conductas del IDEA, en primer lugar, no fueron extrañas o ajenas al contrato de julio de 2008. ASFALTOS, por su parte, no comunicó a la sociedad emisora la cesión de los derechos de suscripción de la resolución 006 de 2008, porque en el negocio jurídico recogido en el documento denominado Contrato 388 se había pactado que el IDEA asumiría la capitalización (parágrafo 2º Cláusula 2), cosa que únicamente podía hacer reintegrando el dinero respectivo. Así pues, la discusión sobre las acciones capitalizadas en esa oportunidad, corresponde al plano contractual, no solo por lo dicho, si no porque de otra manera no se explica cómo el IDEA pretendió compensar la suma de dinero que debía pagar por esas acciones contra una suma de dinero originada en el supuesto incumplimiento del contrato.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA – IDEA –
Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA.

73

De estas mismas 8.177 acciones surgió el derecho a capitalizar en la resolución 001 de 2009, por lo que el lazo de unión con el contrato nunca se rompió; la única fuente y causa de la disputa sobre este último paquete accionario, es el contrato de julio de 2008, pues las acciones de la resolución 001 de 2009 no pueden ser reclamadas por el IDEA bajo título diferente. La raíz del conflicto sobre las citadas acciones deviene del mencionado párrafo, del cual ya se verificó que tiene un sentido dentro del marco del contrato.

Y finalmente, debe decirse que sobre las acciones suscritas y no pagadas que tenía ASFALTOS a 16 de julio de 2008, que también consiguió el IDEA que se registraran a su nombre gracias, como ya se dijo, a la interpretación que el Instituto hizo de la carta de 25 de agosto de 2008 –y al alcance que a la misma atribuyó HPI S.A. E.S.P.– como acuerdo de voluntades capaz de modificar el contrato de cesión de acciones recogido en el tantas veces citado contrato de julio de 2008, y que predicó como su versión de una “clara intención de las partes” para hacerse registrar las acciones, lo que indubitadamente constituye asunto contractual, es decir, hizo valer la comunicación del 25 de agosto de 2008 de forma inescindible con el contrato, para acreditar en su parecer que la totalidad de las acciones habían sido incluidas en la negociación. Para el IDEA, dichas acciones estaban incluidas en lo vendido, para ASFALTOS no, lo que constituye inequívocamente una discusión de raigambre contractual, una diferencia surgida **con ocasión** del contrato y **frente al objeto** del mismo. Todas las causas de las quejas planteadas en la demanda de reconvención, tienen relación directa con el contrato suscrito por las partes, y no son concebibles por fuera del escenario convencional; sin el contrato, el IDEA no hubiera encontrado base alguna para elevar a la sociedad emisora de las acciones, los pedidos ya analizados.

La doctrina nacional ha precisado cómo la vulneración de la buena fe se acompasa sin reparo con la responsabilidad contractual, que el Tribunal juzga en un sentido lato, a saber, dentro de la seriedad y honradez con las cuales deben obrar las partes del contrato:

“En la misma medida en que tal principio deja de ser decorativo y se convierte en portador de exigencias de conducta, se traduce en una serie de deberes accesorios o complementarios del deber de prestación cuya virtualidad estriba en que la violación de los mismos, en tanto que violación de un deber específico fruto de la relación concreta existente entre las partes, da origen a una responsabilidad de carácter contractual. De este modo, la responsabilidad contractual es algo más que la responsabilidad por incumplimiento (de la prestación principal) y se convierte, tendencialmente, en la responsabilidad por daño producido entre quienes están ligados por un vínculo obligatorio aunque el interés afectado sea un interés distinto de la prestación, llamado para distinguirse de este, interés de protección, que consiste en el interés de las partes a que de la proximidad de sus esferas jurídicas que la actividad de cumplimiento determina, no resulte daño en la de cada uno de ellos por obra de la contraparte”¹⁴⁷.
Subrayas del Tribunal.

Lo resaltado pone al descubierto que los contratantes, en razón del contrato, deben observar procederes rectos, sin que siempre tengan que encuadrarse ellos en conceptos inflexibles como el cumplimiento o el incumplimiento de obligaciones nacidas del acuerdo y que, por alejarse de la rectitud, derivan en responsabilidad por daños.

Fue lo sucedido en el caso del proceso. Para el Tribunal hubo, en la interpretación y ejecución del contrato hecha por el IDEA, desvío de la lealtad contractual. Basta con recomponer el escenario:

¹⁴⁷Jordado Fraga, citado por Santos, Jorge, El abuso contractual, Derecho privado, tomo IV Vol I., 2010, p. 293.

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA - IDEA -
Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA.

74

- Varios documentos ya citados dan fe de que el IDEA quería hacerse con la mayoría accionaria y parecía haberlo logrado con las compras hechas a los accionistas minoritarios en el mes de julio. Véase, por ejemplo, la declaración del testigo Federico Restrepo Posada¹⁴⁸, quien fue Gerente General de EPM.

"yo realmente del listado específico de los accionistas minoritarios que enajenaron o vendieron esas acciones al IDEA, no tengo dijéramos como en mi mente una información detallada; sólo sé que fue una adquisición suficiente para adquirir un control accionario sobre esa sociedad, y dicho sea de paso fue una adquisición no consultada, llamémoslo así, al otro accionista mayoritario, que en este caso era EPM, fue lo que nosotros en su momento denominamos una toma hostil del control de la sociedad.

(...)

Y una vez tomado y adquirido ese control, en efecto se tomaron unas decisiones o estaban encaminadas posiblemente a tomar unas decisiones sobre cómo desarrollar y cómo ejecutar el proyecto posteriormente, y a partir de esa toma y de la conformación de esas nuevas mayorías se establece una composición de la junta directiva, y sobre esa composición simplemente vino todo lo demás"

- Para el IDEA era esencial legitimar la toma de control a partir de julio 16 de 2008, no en vano reconoció una prima por ese evento en el precio de las acciones. (Parágrafo 1º del artículo 2º de los documentos contrato). Por eso pidió a los minoristas vendedores que aclararan que la negociación se había celebrado el 16 de julio de 2008.
- Pero es evidente que no podía tenerse la certeza de haber adquirido o no la mayoría si no había un dato cierto sobre la composición accionaria de HPI S.A. E.S.P., debido a los desórdenes en el libro de accionistas y que como dice la testigo Marcela Gallego¹⁴⁹, abogada de EPM:

"PREGUNTADA: O sea, con los solos contratos con los números específicos de acciones, no lograron el control. CONTESTO: No me acuerdo, pero estoy casi segura que no lo lograban, porque es que con esas acciones era solo una tercera parte de lo que había suscrito en esa capitalización inicial, entonces era una tercera parte, no adquirirían todo".

- En octubre de 2008, HPI S.A. E.S.P. decidió irregularmente cancelar el título por 335 acciones suscritas, hecho que IDEA, propietaria de esas acciones, a sabiendas que no sólo habían sido suscritas (así se acreditaba con el título provisional que le había sido endosado), sino también pagadas, posiblemente dos veces, dejó pasar, sin intentar ninguna defensa y sin informar directamente al vendedor.
- En noviembre de 2008 el IDEA, de manera unilateral, compensó el precio de las 335 acciones con el valor de "los derechos de suscripción de acciones" incluido en el contrato y que no había pagado a ASFALTOS, con pretextos tales como "no conocer la cuenta donde consignarles"¹⁵⁰ usados después de haber asegurado que estaba a paz y salvo por ese concepto.
- Puede deducirse entonces que en lugar de informar claramente al vendedor de los problemas que se estaban sucediendo con las 335 acciones, problemas que el IDEA

¹⁴⁸ Cuaderno nº 4, Prueba oral, folios 65 a 76

¹⁴⁹ Cuaderno N° 4, Prueba Oral, Folio 47

¹⁵⁰ Cuaderno N° 1, Anexos Folio 78.

**TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA – IDEA –**

Vs.

ASFALTOS Y VIAS LTDA.

75

conocía porque se debatieron, justamente en esa época, en la Junta Directiva y entre ésta y la Revisoría Fiscal de HPI S.A. E.S.P., y que la lealtad contractual le imponía dar a conocer a ASFALTOS, prefirió mantener en su poder el dinero que le adeudaba por concepto de reembolso del valor de lo que en el contrato se denominó derecho de suscripción de acciones, como una suerte de garantía.

- Lo que el IDEA no esperó fue que ASFALTOS, ante la falta de pago de los derechos de suscripción de julio 17 de 2008, que realmente eran acciones pagadas por ASFALTOS desde el 16 de julio de 2008, asumiera su papel de accionista por las 8.177 acciones de la resolución 006 de 2008, las cuales le dieron derecho a suscribir en la emisión de 2009.
- El 10 de marzo de 2009 fue el momento elegido por el IDEA para aprovecharse de los términos de la carta de 25 de agosto: si ASFALTOS manifestó que dejó de ser socio desde el 16 de julio de 2008, entonces no tiene derecho a suscribir la acciones ofrecidas por la resolución 01 de 2009.
- La consecuencia final era simple: por el precio de 12.983 acciones a \$36.854,50 cada una, más el valor del derecho a suscribir que se vencía el 17 de julio, \$8.177.000, menos \$12.346.257,50, valor de 335 acciones canceladas, es decir por un total de \$474.312.716,00 el IDEA adquiriría toda acción o derecho que la sociedad vendedora tuviera en HPI S.A. E.S.P. y por consiguiente ASFALTOS carecía de cualquier derecho para suscribir acciones de la emisión de 2009. Y de allí siguió el despojo de todas las acciones sufrido por ASFALTOS, fruto de la actuación de un asesor externo con funciones de secretario de la junta Directiva de la sociedad emisora, que se apresuró a inscribir las acciones de la sociedad reconviniente a nombre de la entidad reconvenida, mientras la propia junta de HPI S.A. E.S.P solamente fue advertida en la sesión de 24 de julio de 2009, acta N° 99¹⁵¹.

De estos hechos, da certeza la documentación examinada y el testimonio de Marcela Gallego:

"PREGUNTADA¹⁵²: Doctora, ¿y se enteró si en algún momento se quiso organizar por parte del IDEA con esos accionistas, y concretamente con ASFALTOS, el tema del número de acciones; es decir, alguna gestión en que se hubiera dicho: "las acciones son todas las que estén en cabeza suya, no las que les compré"? CONTESTO: Sí, cuando nosotros nos dimos cuenta que estaba ese error, se lo hicimos saber por ejemplo a la Empresa de Energía de Bogotá, porque ese era muy claro, porque ellos mandaron una carta y dijeron: "vendo tantas acciones", pero el IDEA, no me acuerdo si a los días o semanas, firmó, o sea, consiguió una carta de esos accionistas, que nosotros denominábamos la carta de empaquetamiento, porque ahí ellos decían que no vendían esas acciones que decía el contrato, sino todas las acciones que tuvieran en la sociedad, y la mayoría de los accionistas minoritarios que vendieron firmaron esas cartas de empaquetamiento".

Y en otra parte, afirmó la misma testigo que:

¹⁵¹ Cuaderno N° 2, Documentos Inspección Hidroituango, Folios 97 y 98

¹⁵² Folio 36, Cuaderno N° 4, Prueba Oral

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA – IDEA –
Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA.

76

"PREGUNTADA¹⁵³: Cuénteme si usted recuerda, por el acceso que usted tenía a las juntas y a las asambleas, si el IDEA ejercía una injerencia en la administración de Hidroituango. CONTESTO: Sí, claro, es que era el accionista mayoritario, entonces sí había, o sea, nosotros digamos teníamos solo dos renglones en la junta, ellos tenían tres; entonces al ser el accionista mayoritario y tener mayor participación en la administración, sí, era muy claro".

De esta manera, a juicio del Tribunal, todas las acciones que ASFALTOS poseía además de las que excedían las 12.983 vendidas expresamente, más las correspondientes a los derechos de suscripción del 17 de julio de 2008, fueron involucradas en la negociación correspondiente al contrato de cesión iniciado el 16 de julio de 2008 y recogido en el documento de julio 28, por vía de una interpretación inadecuada del mismo, cuando ya su ejecución, por parte del vendedor-cedente había sido culminada y sólo faltaba para concluirlo el reembolso que debía hacerle el comprador-cesionario.

La desposesión de acciones padecida por ASFALTOS puede, entonces, imputarse al IDEA, cuya posición es cuestionable, en tanto que desde la contestación a la reconvención hasta los alegatos finales, se empeñó en argumentar que cualquier asunto relacionado con el manejo del libro de accionistas de HPI S.A. E.S.P., era de responsabilidad exclusiva de esta última, y que era con ella con quien ASFALTOS debía discutir las situaciones que se presentaron con el registro de las acciones. Esta postura no la comparte el Tribunal, pues se demostró que el IDEA de manera activa, dinámica y sagaz, participó en todos y cada uno de los eventos que concluyeron en la desposesión del bien para su contraparte. Incluso, el mero aprovechamiento de una conducta irregular de la sociedad emisora de las acciones, es fuente suficiente para imputarle responsabilidad contractual; sin embargo, en el caso concreto, el nivel de implicación va mucho más allá: al IDEA, como entidad pública que concentra los más importantes proyectos del departamento de Antioquia, con amplia experiencia financiera y comercial, tanto nacional como internacional, puede y debe exigírsele un nivel de comportamiento que se corresponda con los más altos estándares de diligencia, probidad y corrección, los cuales en el caso concreto no pudieron ser corroborados por el Tribunal.

Es que un contrato debe ser salvaguardado por todos los medios posibles que estén al alcance de las partes, inclusive la protección de la contraparte frente a actos de terceros que puedan romper el equilibrio de las prestaciones o de derechos adquiridos.

De allí que la responsabilidad imputable al IDEA sea absolutamente independiente de la que le pudiera caber a la sociedad HPI S.A. E.S.P., pues fueron sus actos y omisiones las que configuraron las condiciones para que se produjera el arrebato de las acciones a su titular, la demandante en mutua petición ASFALTOS.

Por otro lado, las consideraciones del IDEA, dirigidas a su defensa, en torno a este punto, no son compatibles con el estado actual de la teoría de la responsabilidad civil, pues si lo que quiere es indicar que la intervención de un tercero fue la causa de la situación concreta de ASFALTOS, no formuló en verdad ningún argumento para probarlo. Pues debe tenerse presente que:

"La noción de causa extraña es entonces una soía. En efecto, es por referencia a la fuerza mayor que deben definir las otras causas extrañas, que son el hecho de un tercero y el hecho de la víctima. Así, se verá que, cuando se trata de exoneración total de la

¹⁵³Folio 43, Cuaderno N° 4, Prueba Oral

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA – IDEA –

Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA.

77

*responsabilidad del deudor, la acción de un tercero y la de la víctima deben tener las mismas características de la fuerza mayor*¹⁵⁴.

Sin necesidad de extenderse en el tema, debe recordarse que la causa extraña no encuentra acogida cuando no está demostrado que *"el deudor haya tomado todas las medidas necesarias para evitar la realización del evento"*¹⁵⁵. El hecho de la sociedad HPI S.A. E.S.P. nació de las solicitudes del IDEA, con lo que se incumple la exigencia de que quien alega el hecho del tercero no haya incidido de algún modo, o haya facilitado las condiciones para que ese hecho ocurriera, es decir, la causa no fue, ni es, "extraña".

Este hecho del tercero no era pues externo, imprevisible ni irresistible, como se puede concluir de apreciaciones probatorias específicas que adelante se exponen.

Al profundizar en lo alegado por el IDEA en su escrito final, encuentra en Tribunal que la visión de una responsabilidad civil exclusiva del tercero, que ya fue descartada en reflexión precedente, tampoco encuentra cimiento cuando pretende significar que si es que alguna responsabilidad le cupiere a quien maneja el libro de accionistas, se abre una vía extintiva a su propia responsabilidad. Desconoce este planteamiento, que si el afectado tiene dos o varias acciones, ninguna excluye a la otra, y las podrá ejercer separada o conjuntamente; en ninguna de ellas el demandado podrá sostener que su responsabilidad es parcial, pues, como acertadamente señala la doctrina precitada:

*"...la jurisprudencia, con justa razón no admite esta solución y considera que cada uno de los corresponsables de un mismo daño está obligado a la reparación integral de la víctima, dejando a salvo el recurso del que ha pagado todo contra el otro para reclamarle su parte de él (...) Este es el sistema de la obligación llamada in solidum de los corresponsables de un daño, es decir que cada uno está obligado a la reparación de todo el daño, sin importar cuál sea el fundamento de la obligación que recae sobre cada uno. De esta manera, poco importa que los dos estén obligados contractualmente o delictualmente, es decir, en aplicación de las reglas de la responsabilidad extracontractual, o que uno esté obligado contractualmente, y el otro, delictualmente. En efecto, la solución no se basa en la naturaleza de la responsabilidad"*¹⁵⁶

De allí nace la diferencia entre la obligación por la deuda (responsables frente a la víctima) y la contribución a la deuda (responsables entre sí). Aún más, cuando el co-responsable alega el hecho de un tercero, éste no podrá constituirse en causa de exoneración parcial de responsabilidad¹⁵⁷.

En el Acta 082 de la Junta Directiva de la sociedad HPI S.A. E.S.P., obrante a folio 256 del cuaderno 5-3 Supersociedades, quedó probado que para el 23 de junio de 2008, ya había conformada una comisión para

"detectar las inconsistencias en los procesos de capitalización realizados en el último año y recomendar acciones para corregir dichas inconsistencias en virtud de estas y anteriores capitalizaciones, y sanear hacia el futuro los valores y porcentajes de la composición accionaria de la sociedad".

¹⁵⁴ Larroumet, C. La Causa Extraña, Los contratos en el derecho privado, 2005, p.296.

¹⁵⁵ Ibidem.

¹⁵⁶ Ibidem, p.310.

¹⁵⁷ Ibidem, p.311.

**TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA – IDEA –**

**Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA.**

78

Esta comisión estaba integrada por “IDEA, EEPPM, la CCI y la Administración de la Sociedad” (negrilla del Tribunal). El IDEA, desde el principio, fue parte activa de la revisión y corrección del libro de accionistas y, concretamente a través de la señora Omaira Arboleda, a quien se le remitían internamente en el IDEA todas las comunicaciones que tenían que ver con el número de acciones. Esta participación activa se reafirmó en el acta de junta directiva 83 de la misma compañía, de 25 de julio de 2008, donde ante las observaciones de la revisoría fiscal sobre la “Distribución accionaria a la fecha”, se hicieron constar situaciones tan determinantes como las siguientes:

“Informa el doctor Alejandro Estrada que él ha suministrado toda la información a la comisión que la Junta Directiva había integrado. Agrega que en este momento hay en las oficinas de la sociedad cuatro personas, un abogado y otra funcionaria del IDEA, una asistente de parte del secretario general y la secretaria de la sociedad, dedicadas exclusivamente a purificar, limpiar y evitar cualquier posible error. Estuvieron ayer hasta las once y media de la noche y posiblemente hoy y el sábado estarán hasta la hora que sea necesaria. Espera tener para el próximo martes la información debidamente catalizada y revisada. Solicita el doctor Alvaro Vásquez que también participen en la consolidación de ese informe, representantes de las EPM y del IDEA y pide que el informe se presente a más tardar en los próximos ocho días”¹⁵⁸. (Negrillas del tribunal)

De manera acuciosa, y con el fin de fortalecer la comisión de purificación y limpieza:

“El doctor Alvaro Vásquez quiere concretar su ofrecimiento para integrar la comisión que se propone para hacer la corrección de toda la información y aportará dos funcionarios del IDEA: El Director de Contabilidad y el director de Control Interno”¹⁵⁹.

De esta forma la posición pasiva alegada por el IDEA frente a las revisiones, correcciones y demás, del libro de accionistas de HPI S.A. E.S.P, se tiene por desvirtuada.

En su defensa, el IDEA parece desconocer la información que la integrante de la comisión le comunicaba. Como se prueba con múltiples documentos recaudados, todas los asuntos de cuantificación accionaria pasaban a manos de la señora ALVAREZ RODRIGUEZ, quien no era una empleada cualquiera frente este tema, si no que era quien analizaba, desde la subgerencia financiera, las diversas situaciones que se presentaban, siempre en procura de tener claridad sobre la participación del IDEA.

En informe de 24 de septiembre de 2008, punto 6 denominado “*compra de acciones y cesión de derechos al IDEA, por 1 accionista público y 44 accionistas privados*”, escribió la funcionaria:

“De los accionistas privados que vendieron hay por definir 3 accionistas con los que no se ha aclarado los derechos de suscripción de las cuotas correspondientes a diciembre de 2008 y diciembre de 2009, de las Resoluciones 003 y 004 de 2008. Cuando se tenga la certeza de que esa suscripción la realizará el IDEA, se debe incorporar estos derechos al porcentaje del Instituto”

Y más adelante, a modo de cierre del informe expresó:

¹⁵⁸ Cuaderno 3 Supersociedades, Folio 266

¹⁵⁹ Ibidem

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA - IDEA -
Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA.

79

"Las cifras y porcentajes obtenidos se respaldan en las condiciones establecidas en las resoluciones 003-004-005-005 de 2008; en una hoja de cálculo de Excel; pero muy especialmente en los conceptos aclarados en reunión realizada con la Revisoría Fiscal y el Abogado Wilson Vélez el día 24 de septiembre de 2008, donde se estableció un orden metodológico para hallar la composición accionaria" (fl. 190. Negrillas del tribunal)

Si el IDEA tenía injerencia en todo este proceso que se llevó a cabo con el libro de accionistas, si el IDEA al 24 de septiembre de 2008 concluyó que ASFALTOS estaba en una posición jurídica que le impedía al IDEA asumir con certeza la capitalización, no podía obrar en contrario ni menos solicitar a la sociedad HPI S.A. E.S.P. que le registrara a su favor las acciones, como lo hizo mediante el comunicado del 10 de marzo de 2009 citado antes.

En el cuadro que se analiza, la primera columna se denominó "*Total acciones suscritas inc. Res 006*", y el estudio le asignó a ASFALTOS una cantidad de 33.278; en la segunda columna aparece el dato correspondiente a "*Acciones + derechos de suscripción al IDEA*", y en lo referente a la reconviniente figuran 21.951 (esto es, las 12.983 más 8.968 que fue la cantidad inicialmente capitalizada en la 006, luego corregida). La tercera columna se denominó "*Total acciones suscritas 24/09/2008*", y allí figuraron para ASFALTOS 11.777 acciones, casilla que está sombreada, en significación de que era uno de los tres accionistas a que se refiere la nota introductoria transcrita.

La lectura del Tribunal, con independencia de la variación que pueda haber en la cifra de acciones con respecto a la reconstrucción final del libro, es que para el 24 de septiembre de 2008, el IDEA tenía certeza que ASFALTOS era accionista de la sociedad HPI S.A. E.S.P. y no tenía criterios suficientes para sentirse señor y dueño de las acciones que se capitalizaron en la resolución 006. El análisis de la casilla segunda resulta trascendental, pues a pesar que ya existía la comunicación del 25 de agosto de 2008, y fue uno de los documentos analizados por la comisión (v.g., por IDEA y por HPI S.A. E.S.P.) lo que allí se hace constar es que en el contrato de julio de 2008 únicamente se incluyeron 12.983 acciones, porque si a la cifra total de 21.915 se le resta la capitalización en duda, resulta la primera cifra y, obviamente, por eso es que queda un saldo de acciones suscritas a favor de ASFALTOS.

Esta información no fue caprichosa, sino por el contrario fue el resultado del análisis que hizo la comisión integrada para el efecto, y se revisó nuevamente en la reunión de revisoría fiscal, IDEA e HPI S.A. E.S.P., en la fecha ya dicha. Con todo, no se omite que ya antes mencionó el Tribunal cómo la sociedad HPI S.A. E.S.P. le certificó a la Superintendencia de Sociedades, que para el mes de enero de 2009 el libro se encontraba corregido.

Y precisamente esta información, habida cuenta de que había reclamaciones cruzadas entre las partes, tenía que haber sido puesta en conocimiento de ASFALTOS, dado por su contenido o significación, por los sujetos que estuvieron involucrados en su construcción. En el estadio de discusión del alcance del contrato, ningún contratante puede ocultar información que afecte (positiva o negativamente) a su par y menos obrar en sentido contrario, ignorándola.

El 16 de junio de 2009, bajo radicado 003633, el Gerente General (E) del IDEA, se dirigió a la sociedad HPI S.A. E.S.P. en referencia a las acciones que capitalizó ASFALTOS en la resolución 001 de 2009, y le manifestó:

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA – IDEA –
Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA.

80

“Le anexo el comprobante del pago efectuado en la cuenta de ahorros Bancolombia No. 527-406617-36, para cubrir el pago de la primera cuota de las acciones suscritas según la Resolución 001-2009 Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P, así: (...)”

El anterior valor, corresponde a las acciones ofrecidas a la firma ASFALTOS Y VIAS LTDA; el cual está pendiente de ser ratificado por parte de la Junta Directiva de la Hidroeléctrica y en todo caso, este pago debe ser imputado a favor del Instituto para el Desarrollo de Antioquia” (resalta el Tribunal)¹⁶⁰.

Esta comunicación reitera el indebido proceder del IDEA: para la fecha de la consignación, al IDEA no se le había notificado la decisión de “retirar” las acciones a ASFALTOS (lo que se hizo por comunicación de junio 25 de 2009) y, sin embargo, consignó y exigió que se le titulara a su favor, cuando sabía que no había pagado las 8.177 acciones que daban lugar a este derecho de capitalización. La ejecución contractual no puede desarrollarse a través del mecanismo de forzar situaciones, si el IDEA sabía que la junta de HPI S.A. E.S.P. no había tomado decisión, ¿por qué consignó y advirtió que “en todo caso” ese pago le debía ser imputado? No es legítimo pretender ejercer un derecho, cuando el hecho del que este nace no ha sido debidamente cumplido (v.g. asumir la capitalización de la resolución 006 de 2008), pero es ello precisamente lo que el IDEA hizo una vez más en la Junta Directiva de 24 de junio de 2009 de la sociedad HPI S.A. E.S.P.¹⁶¹, cuando insistió en que las acciones de ASFALTOS le pertenecían.

La buena fe objetiva, en sentir de Betti:

“exige una actitud positiva de cooperación, una actitud a favor del interés ajeno, y la bona fides consiste en un criterio de conducta inspirado e informado por el interés de la otra parte; conducta dirigida al cumplimiento positivo de la expectativa de cooperación de la contraparte”¹⁶².

En el caso concreto el IDEA tenía que evitar realizar actos que pudieran afectar en cualquier forma al contrato, teniendo en cuenta que

“la buena fe opera en el sentido de un justo balance de los intereses de las partes. Sin embargo, la buena fe en sentido objetivo constituye un principio de justicia superior, o sea, de solidaridad contractual que trasciende a cada parte para proteger la utilidad de la contraparte”¹⁶³

La reclamación de las acciones no fue entonces un acto puntual, sino un obrar sistemático del IDEA, que no podía desconocer que no se estaba legitimada para ello, ni respecto a las acciones suscritas y no pagadas a julio 28 de 2008, ni para las capitalizadas de la resolución 006 de 2008 y las que de allí nacieron.

La buena fe al interpretar el contrato (entendiendo éste como el contrato y sus circunstancias), se orienta a evitar la lesión de un interés jurídicamente protegido que está radicado en el otro contratante:

“También ha señalado Andorno, respecto de este canon, que: “en la interpretación de un contrato debía investigarse la voluntad real de las personas, sin atenderse al sentido

¹⁶⁰Cfr. Folio 93 Cuaderno 2.

¹⁶¹ Cuaderno 2, folios 96 a 98

¹⁶²Citado por González, Alvaro, El daño o perjuicio, en Dcho. de las Obligaciones Tomo II, V I, 2009, p. 147

¹⁶³Ordoqui, Gustavo. Buena fe contractual. Ibañez:2012, p.421

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA - IDEA -

Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA.

81

literal de las expresiones empleadas, ya que la voluntad no consiste solo en los términos que se exterioriza, sino también en las circunstancias externas con las cuales hubiera podido contar el autor de la declaración, para determinar el alcance exacto de ella, debiendo regirse tal interpretación por los principios de buena fe, observados en la medida de que las particularidades del caso lo permitieran, sobre la base del principio de equilibrio económico o principio de equilibrio de las prestaciones y que el principio de buena fe en las relaciones entre los contratantes significa que el acreedor no debe pretender más de lo que es debido, conforme a la honesta inteligencia de las cláusulas contractuales y habida cuenta de la finalidad de las mismas¹⁶⁴. (negritas y subrayas son del Tribunal).

El contrato no puede ser usado como instrumento para pretender manipular el negocio jurídico que en él se contiene; y no otra cosa fue lo que aquí sucedió, al ligarse entre sí el documento denominado contrato 342 (que determinó la fecha inicial de una negociación), el 388 (que recogió derechos y obligaciones establecidos con anterioridad y que también se consignaron en el 342), y la carta del 25 de agosto de 2008 (redactada por el IDEA bajo forma de comodín), para terminar, de una parte, modificando artificiosamente el número de acciones transferidas, y de otra, requiriendo unas acciones que no habían sido pagadas y los derechos a capitalizar que nacieron de ellas.

Ninguna de las partes

"puede pretender más en el ejercicio de su crédito...de lo que exige el sentido de probidad, habida cuenta de la finalidad del contrato"¹⁶⁵

Casa sin reparo dentro del caso bajo estudio, la siguiente reflexión:

"Tal como se señaló en el capítulo IV, la buena fe constituye un criterio de interpretación objetivo, inderogable por voluntad de las partes. La buena fe es aplicada en sede interpretativa a través de dos manifestaciones principales. Por un lado, como criterio de protección de la confianza, tutelando aquel sentido que el destinatario de una declaración razonablemente ha podido tener como cierto. Por otro lado, la buena fe con un sentido más objetivo conduce a interpretar el significado de las cláusulas contractuales en sentido más acorde con las pautas de corrección y equilibrio propias de las relaciones contractuales"¹⁶⁶. Resalta el Tribunal.

Las pretensiones de la demanda de reconvenición

Dado el pronunciamiento sobre la demanda principal incoada por el IDEA, cuyo resultado es negativo a sus pretensiones y en cuanto se declara en este laudo que el contrato de julio de 2008 versó sobre la cantidad de 12.983 acciones ordinarias pagadas de las cuales ASFALTOS era titular en la sociedad HPI S.A. E.S.P., para ese mes de julio, corresponde definir la demanda de reconvenición formulada por ASFALTOS, cuyo fundamento central radica, en resumen, en su afirmación de ser titular de un mayor número de acciones que el indicado antes, pero que se encuentra en cabeza de IDEA.

Es claro que el hilo conductor de la *causa petendi* de la reconvenición es el mayor número de acciones y a partir de ella se aducen variadas pretensiones, principales, consecuenciales,

¹⁶⁴Ariza, Ariel. La interpretación de los contratos, Hammurabi, 9s As, 2005 p139

¹⁶⁵Ordoqui, op. cit, p.411

¹⁶⁶Ibidem, p.274

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA - IDEA -
Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA.

82

subsidiarias, todas apuntando a una misma finalidad: el restablecimiento del patrimonio de ASFALTOS, en relación con su participación en el capital accionario de la referida Hidroeléctrica, patrimonio aquél que se considera quebrantado.

Las pretensiones de la reconvencción son las que aparecen en la reforma de 10 de agosto de 2011, con las modificaciones efectuadas en audiencia de 22 de agosto de 2011 (folios 454, 466 y siguientes del expediente principal).

De esas pretensiones, muchas son declarativas y, en principio, no encuentra el Tribunal ningún elemento que exija su interpretación. No obstante, vistas las pretensiones en su conjunto, y bien identificado como fue el conflicto entre las partes, consideran los árbitros que, separadas en dos grupos (de la primera a la octava y las restantes), aquellas podrán ser despachadas con el sentido que realmente busca ASFALTOS en la reconvencción y que pasa a expresarse brevemente.

En efecto, como se expuso, en el caso presente el **conflicto radica en la afirmación por cada parte de la titularidad de unas acciones**, ligada en forma directa e indirecta al contrato de julio de 2008: la diferencia, entonces, consiste en dilucidar cuál de las dos partes del contrato y con fundamento en el objeto de éste, tenía el derecho a suscribir nuevas acciones y, ejercitado, a quién pertenecen las acciones que hubieran sido así suscritas.

Al arbitraje se pueden someter conflictos que sean transigibles o que se refieran a derechos disponibles. Tratándose de la pretensión orientada a definir si hubo apropiación de acciones y su restitución, entiende el Tribunal que envuelve una reivindicación de título valor y que sí puede decidirse mediante el laudo. Porque el derecho de persecución derivado del derecho real, es perfectamente disponible, como que es renunciable y no está excluido de los asuntos sobre los cuales pueda recaer una transacción. Lo propio sucede con su efecto, a saber, la restitución. Además, la ley no prohíbe renunciar al ejercicio del derecho del cual es parte el atributo de la persecución.

La acción reivindicatoria de un título valor está consagrada en el artículo 819 del Código de Comercio, conforme al cual *"Los títulos-valores podrán ser reivindicados en los casos de extravío, robo o algún otro medio de apropiación ilícita"*. Por su parte, el artículo 820 de la misma obra dispone que *"La acción reivindicatoria procederá contra el primer adquirente y contra cualquier tenedor ulterior que no sea de buena fe exenta de culpa"*.

Con estas apreciaciones, el Tribunal interpreta la demanda de ASFALTOS, entendiendo que por medio de ella aspira a ser restituida a la situación jurídica que ostentaba como titular de las acciones en la sociedad HPI S.A. E.S.P. que, según lo asegura, le fueron arrebatadas.

En palabras de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia¹⁶⁷,

[...] cuando la demanda genitora del proceso sea oscura, impreciso o vaga, gravita sobre el juzgador, no una mera potestad de interpretarla, sino el deber de hacerla, por supuesto dentro de los límites establecidos en la ley con miras a precisar sus verdaderos alcances, labor a la que sólo pueda (sic) sustraerse cuando la confusión sea de tal magnitud que, pese a sus esfuerzos, no logre desentrañar sus alcances sin alterar el contenido objetivo, pues es obvio que en tal caso, en lugar de cumplir con su cometido, estaría sustituyendo la voluntad del demandante y trocando, a su antojo, el objeto de litigio...

¹⁶⁷ Sentencia de 17 de abril de 1998, M. P. JORGE CASTILLO RUGELFS.

Porque¹⁶⁸

[...] la equivocada calificación que a la especie se dé en las súplicas de la demanda no tiene por qué repercutir en el tratamiento jurídico del caso, pues que corresponde al juzgador, y no a los litigantes, definir el derecho que se discute: jura novit curia (Cas. Civil, ago. 9/45, CXIII, 142).

En conclusión¹⁶⁹,

La demanda se debe interpretar, cuando se requiere, como ha dicho la jurisprudencia, si su lenguaje, sin ser indescifrable por completo, no se ajusta a la claridad y precisión indispensables, con el objetivo de no sacrificar el derecho material, preservar el acceso a la administración de justicia y la solución real de los conflictos. La interpretación exige un análisis serio, racional, lógico, sistemático e integral¹⁷⁰.

Las primeras ocho pretensiones

Las tres primeras pretensiones

Aparece en la demanda de mutua petición:

Primera: Que se declare que el día 28 de julio de 2008, la sociedad Asfaltos y Vías Ltda. y el Instituto para el Desarrollo de Antioquia – IDEA- suscribieron un contrato de compraventa de acciones bajo el número 0388, el cual tenía por objeto inicial exclusivo la venta que la primera haría a la segunda de doce mil novecientos ochenta y tres (12.983) acciones ordinarias pagadas que Asfaltos y Vías Ltda. tenía en la Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P.

Segunda: Que se declare que el contrato de compraventa de acciones número 0388 del día 28 de julio de 2008 establecía que el precio a pagar por acción sería de TREINTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO PESOS CON CINCUENTA CENTAVOS (\$36.854,50).

Tercera: Que se declare que, en virtud de lo establecido en el contrato número 0388 antes mencionado, al Instituto para el Desarrollo de Antioquia – IDEA- le fueron registradas a su nombre la cantidad de doce mil novecientos ochenta y tres (12.983) acciones ordinarias pagadas, de la citada sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P.

Las tres primeras pretensiones principales de la reconvencción son declarativas y su acogimiento es procedente. No está en tela de juicio que hubo un contrato de venta de 12.983 acciones, vendidas por ASFALTOS a IDEA, por un precio individual de \$36.854.50. Las acciones fueron transferidas al comprador.

La pretensión cuarta

También figura en el libelo de contrademanda:

¹⁶⁸ Sentencia de 20 de agosto de 1981, M. P. ALBERTO OSPINA BOTTRO.

¹⁶⁹ PARRA Benítez, Jorge. Derecho Procesal Civil. Medellín: Universidad de Medellín, 2010. p. 107

¹⁷⁰ Tomado de sentencia de 10 de marzo de 2009, M.P. WILLIAM NAIMEN VARGAS, extracto publicado por PUERTA ECHEVERRI, Op. Cit., p.131.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA – IDEA –
Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA.

84

Cuarta: Que se declare que el contrato de compraventa de acciones número 0388 suscrito entre el IDEA y Asfaltos y Vías Ltda. es un contrato de adhesión redactado por el IDEA.

Pretensión consecencial a la pretensión cuarta: Que se declare que el párrafo segundo de la cláusula segunda del contrato número 0388 de fecha 28 de julio de 2008, la cual estableció que "el IDEA asumiría la capitalización del próximo 17 de julio de 2008" es una cláusula oscura y ambigua y ha de interpretarse en contra del IDEA.

Pide la pretensión cuarta que se declare que el contrato 388 (o 342) es un contrato de adhesión, redactado por el IDEA.

Prevalido el Tribunal de su facultad, aunque deber simultáneo, de interpretar la demanda, asume que la declaración pretendida se dirige, más que a la calificación del contrato como de adhesión, aspecto que probablemente no interesa en el fondo, sino a la verificación de si fue elaborado o preparado por la parte convocante del arbitraje. Porque no otro sentido tiene la pretensión consecencial que de la cuarta principal se plantea en la reconvencción, al buscar un pronunciamiento sobre la calidad de una estipulación, como ambigua y oscura para que, por ende, se diga que debe ser interpretada en contra de IDEA.

Por lo anterior, se dejará de lado todo análisis del contrato como de adhesión, para abrir paso al segundo aspecto: ¿fueron los documentos del contrato de julio de 2008, obra de IDEA?

Analizada la prueba practicada en el proceso, los árbitros arriban a la conclusión que, realmente, el contrato de julio de 2008 fue dispuesto y redactado por IDEA, sin la participación de ASFALTOS. Según se desprende de los documentos examinados en la diligencia de inspección judicial que se practicó en las oficinas de la convocante y de la misma prueba testimonial, para el Tribunal es claro que ASFALTOS no fue la autora del texto del contrato citado.

Es que esos documentos gozan de similitud y se puede inferir sin excesos que IDEA no habría empleado para todas las negociaciones con accionistas minoritarios de HPI S.A. E.S.P. el mismo formato que hubiera dictado uno de dichos socios y más concretamente la accionada principal de este arbitramento.

Ahora bien, cabría revisar si, para los fines de la pretensión consecencial, la convención contenida en el párrafo segundo de la cláusula segunda del contrato, en virtud de la cual "el IDEA asumiría la capitalización del próximo 17 de julio de 2008" es una cláusula oscura y ambigua y debe interpretarse en contra del IDEA, por haberla redactado esta entidad.

Tiene sentado la doctrina¹⁷¹, que en un contrato se puede predicar ambigüedad cuando muestra inexactitud o falta de claridad. Así, la habrá, entre otros, en casos como los siguientes:

- Cuando una cláusula suscita más de una interpretación.

¹⁷¹ Por ejemplo, Cfr. LAGUADO Giraldo, Carlos. condiciones generales, cláusulas abusivas y el principio de buena fe en el contrato de seguro. Universitas 105. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2003. p. 247

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA – IDEA –
Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA.**

85

- Cuando por la naturaleza de la materia del acuerdo, ésta propicia o es fuente de limitaciones que debieron advertirse, resaltarse o destacarse a uno de los contratantes, pero esas amonestaciones no quedaron subrayadas adecuadamente.
- Cuando debiendo o pudiendo delimitarse ciertas cláusulas o conceptos, los mismos no quedaron definidos o expresados adecuada o correctamente;
- Cuando una cláusula contradice la información que con antelación se había suministrado al contratante, mediante publicidad u otras formas.

Una primera aproximación a la estipulación del párrafo segundo de la cláusula segunda de los contratos no da cuenta de ambigüedad, en ninguna de las modalidades referidas u otras similares. Para el Tribunal, el pacto según el cual IDEA asumiría la capitalización aludida tiene un significado claro y excluyente de errores: precisamente, lo convenido consistió en que era de su cargo pagar lo que tal capitalización implicaba.

De la prueba documental aparece claro que ASFALTOS entendía de qué se trataba ese párrafo. Pues, de qué otra manera interpretar su comunicación¹⁷² de 8 de octubre de 2008 dirigida al gerente de HPI S.A. E.S.P., en la cual solicita que:

"nos sean titulados los derechos de las acciones, que fueron pagadas por parte de nuestra compañía el pasado 16 de julio de 2008, en la emisión de acciones que realizó la sociedad en aquella oportunidad; lo anterior puesto que a pesar que se expresó que las mismas pasarían a hacer parte de la negociación realizada con el IDEA, el valor de las mismas no fue reintegrado en forma oportuna por parte de la compradora y por tanto dichas acciones continúan siendo de nuestra propiedad" (subrayas del Tribunal).

El texto de esta comunicación revela que la reconviente supo el alcance del párrafo y que para éste no faltó ninguna explicación, ni tampoco podría tenerse como susceptible de varios significados. Entonces, no hubo ambigüedad y, por lo mismo, no se declarará lo suplicado.

Mírese, con todo, cómo brota con amplitud que para ASFALTOS las acciones pagadas el 16 de julio de 2008, que en últimas son 8.177, sí eran parte del contrato celebrado con IDEA. Según ello, si IDEA no asumió en forma directa la capitalización, y ella estaba sufragada a HPI S.A. E.S.P. por ASFALTOS, lo que procedía era la devolución a ésta de lo que había pagado el 16 de julio.

Para el Tribunal es un hecho que el IDEA tuvo conciencia que tenía una deuda por ese concepto frente a ASFALTOS, porque no otro significado puede atribuirse a la carta en que le pregunta en qué cuenta debe consignar el dinero, como de otro lado es notoria su conciencia de existir la deuda al intentar compensar lo debido con el valor de las 335 acciones que, según su demanda, no recibió efectivamente. Lo expuesto lleva a que se diga que no se acogerá lo pedido en la declaración cuarta principal ni en su consecencial.

La pretensión quinta

También persigue ASFALTOS en la pretensión quinta,

¹⁷² Cuaderno N° 1. Anexos, folio 76

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA – IDEA –

Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA.

86

“Que se declare que el contrato de compraventa número 0388 se suscribió después de que se extinguiera el derecho a capitalizar la sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P. de que trató la Resolución 006 de 2008.”

Sin hacerse mayores comentarios, es evidente que el contrato 388 de 28 de julio de 2008 se suscribió con posterioridad a la expedición del reglamento de colocación y suscripción de acciones señalado, el de la resolución 006, por ser éste de 23 de junio de 2008¹⁷³. Ha de agregarse el Tribunal que el contrato 342, que es de 16 de julio, fue igualmente posterior.

De acuerdo con ese reglamento, el término para aceptar la oferta por los accionistas vencía quince días hábiles después de comunicarse. De los documentos que reposan en el expediente¹⁷⁴, se infiere que ese plazo vencía el 16 de julio siguiente. Y que ASFALTOS consignó¹⁷⁵ conforme a su proporción determinada¹⁷⁶, la suma de \$8.967.542.

Puede y debe accederse a la declaración objetiva de fechas, pues una diversa implicaría una contra evidencia. Mas lo que realmente interesa son las pretensiones consecuenciales.

De la pretensión quinta derivan una consecencial y dos subsidiarias sucesivas a ella, que se revisan separadamente:

Pretensión consecencial:

“Que se declare que el párrafo segundo de la cláusula segunda del contrato número 0388 de fecha 28 de julio de 2008, la cual estableció que “el IDEA asumiría la capitalización del próximo 17 de julio de 2008” no obligaba a mi mandante a vender las acciones que este suscribió en virtud de la resolución 006 de 2008 de la sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P.”

Aunque tratada como consecencial, y de tal forma ligada a la pretensión anterior, esta pretensión es independiente. Una cosa es que el contrato fue posterior al vencimiento del plazo para aceptar o pagar la oferta y otra si por ser posterior la cláusula sobre el reembolso de lo pagado no obligaba a ASFALTOS.

Consideradas las fechas en juego, 16 o 17 de julio, y la expresión *asumir la capitalización*, estima el Tribunal que con ésta se generó la obligación a IDEA de pagar a la sociedad vendedora lo que ésta hubiera sufragado por capitalizaciones a la fecha del contrato. Esto es, que las nuevas acciones de que podría ser titular la vendedora, originadas en la suscripción, serían de IDEA, estaban en el contrato y se pagarían a la vendedora por el precio de capitalización, no por el pactado en el contrato para las 12.983.

No se ve, en fin, cómo esa estipulación no fuera vinculante, si el código de comercio autoriza en el artículo 389 la negociación del derecho a suscribir acciones:

“El derecho a la suscripción de acciones solamente será negociable desde la fecha del aviso de oferta. Para ello bastará que el titular indique por escrito a la sociedad el nombre del cesionario o cesionarios.”

¹⁷³ Cuaderno N° 1, Anexos, folios 43 y 44

¹⁷⁴ Ibidem, folios 46 y 47

¹⁷⁵ Ibidem, folio 51

¹⁷⁶ Ibidem, folio 48

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA - IDEA -
Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA.

87

Frete al pensamiento implícito en la pretensión, más obvio pareciera que si el contrato fue anterior a la fecha del reglamento de suscripción de acciones, ahí si el derecho de suscripción no estaría comprendido en su objeto. Pero esta sería una interpretación que modificaría la demanda.

Entonces, no se podrá afirmar en la resolución que se adoptará, que la cláusula no obligaba a ASFALTOS, puesto que la misma era lícita y posible. Y los hechos, como acaecieron (pagos y comunicaciones ya relevados), dan fe de una real voluntad e intención de las partes, así como comprensión del asunto, de atenerse a lo pactado

Trae la demanda una primera subsidiaria de la anterior consecuencial estudiada:

"Pretensión Subsidiaria o la pretensión Consecuencial de la pretensión quinta: Que se declare que el parágrafo segundo de la cláusula segunda del contrato de fecha 28 de julio de 2008, la cual estableció que "el IDEA asumirá la capitalización del próximo 17 de julio de 2008", es ineficaz, por tratarse de una potestad de mi mandante que para el día 28 de julio de 2008, fecha de suscripción del contrato, ya se había ejercido y por ende extinguido." (Subrayas del Tribunal)

Hablar de ineficacia es referirse a una sanción de los actos y negocios jurídicos. Pero si se interpreta la pretensión y en armonía con la consecuencial de la cual es subsidiaria y la pretensión quinta en su conjunto, hasta este punto, lo que puede afirmarse es que el actor de la reconvencción quiere que se diga que el contrato no le transfirió a IDEA ningún derecho a la capitalización.

Así interpretada su solicitud, no es del caso penetrar en el ordenamiento jurídico mercantil para indagar en él la causa de la ineficacia mencionada, a más de tener que hacer pronunciamiento legalmente no requerido (pues ha de recordarse que a la luz del mismo ordenamiento la ineficacia no se requiere declarar).

Si por ejercitarse el derecho a la capitalización el mismo se extinguió, la consecuencia de la extinción será, sin duda, que como objeto del contrato era inexistente, siendo éste posterior a la extinción del derecho.

Mas, se puso de presente más atrás, que el acuerdo de voluntades entre las partes tuvo comienzo el 16 de julio de 2008 y que para ese momento no se había vencido el plazo de aceptación y pago de la oferta pero que, aunque fuera de otra forma, se pactó que habría un reembolso en caso de que ASFALTOS hubiera realizado algún pago a HPI S.A. E.S.P. Cabe a esta altura preguntar, entonces, ¿por qué razón la vendedora reclamó por el reintegro, en la comunicación de 8 de octubre de 2008, que corre a folio 77 del cuaderno No. 1?

La respuesta conduce a entender que la cláusula no era ineficaz, como se busca con la pretensión y ésta, por consiguiente, no prospera.

Contiene la reconvencción otra pretensión subsidiaria respecto de la subsidiaria de la consecuencial de la quinta:

"Pretensión Subsidiaria de la pretensión Subsidiaria de la Pretensión Consecuencial de la pretensión quinta: Que se declare como no escrito el parágrafo segundo de la cláusula segunda del contrato de fecha 28 de julio de 2008, la cual estableció que "el IDEA asumirá la capitalización del próximo 17 de julio de 2008", por contener una obligación imposible de cumplir." (Subrayas del Tribunal)

La ruta para decidir es la misma que acaba de indicarse en torno a la ineficacia. La pretensión no puede ser enfrentada con rigor jurídico y con un examen extenso, pues ello no llevaría a buen puerto. La significación de la expresión jurídica de *no escrito*, puede variar, mas sin duda se reserva a situaciones normativas generales o a consecuencias previstas por las disposiciones legales para unos supuestos particulares. En cambio, piensa el Tribunal, que es pertinente revisar la cuestión en un sentido genérico, en un lenguaje no técnico, con la conjunción de los textos subrayados: en virtud de la declaración quinta que pudiera tenerse como principal, a saber, la declarativa, ¿era posible cumplir la obligación del párrafo aludido?

Sin embargo que se quisiera avanzar, despachada en la forma como lo fue la pretensión quinta declarativa, de naturaleza principal, con pronunciamiento negativo, dada la inteligencia a la cual arribó el Tribunal sobre el negocio jurídico, perfeccionado como acuerdo de voluntades desde el 16 de julio de 2008 y refrendado en el documento del 28 de julio siguiente, es forzoso concluir que no puede declararse, por no haber fundamento, que la cláusula sobre la capitalización se tenga por no escrita.

Las pretensiones sexta a octava

Incluye luego la reconvención tres pretensiones –una de ellas repite la pretensión tercera-, cuya solución se ha de soportar en la prueba documental y en el contrato:

“Sexta: Que se declare que la Sociedad Asfaltos y Vías Ltda. suscribió y pagó las acciones que le fueron ofrecidas de la resolución 006 de 2008 en debida forma y tiempo.

Séptima: Que se declare que en virtud del contrato 0388 de fecha 28 de julio de 2008, el precio efectivamente pagado por el IDEA a la sociedad Asfaltos y Vías Ltda., por cada una de las 12.983 acciones ordinarias pagadas fue de TREINTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO PESOS (\$36.854).

Octava: Que se declare que en razón del contrato número 0388 del 28 de julio de 2008, el Instituto para el Desarrollo de Antioquia – IDEA- no transfirió suma adicional alguna a Asfaltos y Vías Ltda. diferente a la resultante de multiplicar la cantidad de 12.983 acciones ordinarias pagadas por el precio convenido por acción.”

La pretensión séptima fue aclarada en la audiencia celebrada el 22 de agosto de 2011, pero como coincide con la declaración segunda, que se acogerá como declarativa, deviene superfluo otro pronunciamiento, acerca de aquella.

En sus términos puramente declarativos, corresponde despachar favorablemente las pretensiones sexta y octava, en cuanto la prueba practicada muestra la realidad de cada uno de los puntos a que se refieren. Así, ya se destacó el pago de ASFALTOS de lo que le correspondía por la suscripción ofrecida con base en la resolución 006 de 2008; en los documentos de contratos 342 y 388 consta, e igual en la demanda original y no ha sido discutido, que el valor individual de las acciones que fueron objeto de negociación fue de \$36.854,50; y del mismo modo, obra prueba en los folios 62 y 63 del cuaderno N° 1 (y en otras piezas del proceso) del pago por IDEA a ASFALTOS, de la cantidad de \$468.912.334.

La pretensión novena

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA – IDEA –**

**Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA .**

89

Si todos los aspectos que anteceden, en verdad, corresponden a una realidad contractual ejecutada, los que se cobijan en la pretensión novena, en cambio, se erigen en asunto de otro peso y trascendencia, desde el punto de vista de la sociedad reconviniendo. Pues ésta juzga, por el desenvolvimiento de los hechos –léase, el desarrollo de la vida societaria en HPI S.A. E.S.P., sin omitir el escenario del desorden en el manejo del libro de accionistas-, que tenía otras acciones diferentes a las que le enajenó al IDEA en julio de 2008, tanto que las llegó a tener efectivamente y en un momento dado, el 8 de junio de 2009, se le comunicó por HPI S.A. E.S.P.¹⁷⁷, que revisado el libro de accionistas se le cancelaban los títulos porque había dejado de ser accionista desde el 16 de julio de 2008.

A esta altura halla necesario el Tribunal retomar la interpretación de las pretensiones de ASFALTOS. El esquema de principales y subsidiarias utilizado en la reconvencción, no puede aislarse del entendimiento del problema por resolver, a saber, si la reconviniendo era titular de unas acciones que HPI S.A. E.S.P. le entregó a IDEA tras de cancelar los respectivos títulos a la contrademandante y el derecho material que a ésta asiste, en tal caso. Y si la acción incoada es reivindicatoria de esas acciones, debe establecerse si puede aplicarse la disposición del artículo 955 del Código Civil, ante la ausencia de toda otra regulación en el Código de Comercio para asunto similar, de modo que las consecuencias jurídicas pretendidas, de proceder, se apoyen en la norma pertinente, sin alterar la demanda pero sin que esta se tenga inflexible por la técnica referida de una probable calificación inadecuada de lo duplicado como subsidiario, cuando en efecto no lo sea.

Justamente, el artículo 955 citado prevé en su primer párrafo que

"La acción de dominio tendrá lugar contra el que enajenó la cosa para la restitución de lo que haya recibido por ella, siempre que por haberla enajenado se haya hecho imposible o difícil su persecución; y si la enajenó a sabiendas de que era ajena, para la indemnización de todo perjuicio".

Y añade en otro inciso:

"El reivindicador que recibe del enajenador lo que se ha dado a éste por la cosa, confirma por el mismo hecho la enajenación".

Sobre el particular ha dicho la Corte Suprema de Justicia¹⁷⁸ que "el propietario de un título-valor que ha perdido su posesión por "extravío, robo (hoy hurto calificado), o algún otro medio de apropiación ilícita", puede pretender su reivindicación, conforme a lo dispuesto por los artículos 819 y 820 del estatuto mercantil, de la que podrán ser sujetos pasivos "el primer adquirente" o "cualquier tenedor ulterior que no sea de buena fe exenta de culpa". Lo anterior supone, entonces, la convergencia de los presupuestos – genéticos y funcionales - de la *actio reivindicatio*, a saber: el derecho de propiedad sobre el título en cabeza del accionante; su posesión por otra persona, en los casos específicamente señalados por el artículo 819 del Código de Comercio; y la identidad entre el título extraviado, hurtado o del que se produjo su apropiación ilícita, con aquel de que es propietario el reivindicante, elementos cuya prueba corresponde al demandante"

Será el anterior, por consiguiente, el marco del análisis que emprenderá el Tribunal a continuación, para desatar las tituladas pretensión novena, consecuenciales y subsidiarias,

¹⁷⁷ Cuaderno N° 1, Anexos, folios 130 y 131

¹⁷⁸ Sentencia de 30 de noviembre de 1999, expediente No. 5361, M.P. CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO.

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA - IDEA -
Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA.

90

y la final que -por error, en sentir de los árbitros- se nombró igualmente como subsidiaria, la cual es general o abierta como reclamación de perjuicios.

El texto de la pretensión novena es el siguiente:

"Que se declare que la carta suscrita por Asfaltos y Vías Ltda. de fecha 25 de agosto de 2008 modificó el contrato 0388, sobre la cantidad de acciones que dicha sociedad le transfería al Instituto para el Desarrollo de Antioquia - IDEA-, más no el precio unitario a pagar por acción".

Si se apelara a las palabras aisladas de esa comunicación (la de 25 de agosto de 2008), con desconocimiento del alcance verdadero de la misma en atención al negocio jurídico celebrado, como fue antes analizado, habría que acceder a la pretensión, si pudiera considerarse la prueba testimonial evacuada como demostración de que IDEA buscó a los vendedores de las acciones para consolidar las negociaciones, consolidación necesaria por el desorden en la información sobre la titularidad de acciones de los accionistas, derivado el desorden del manejo de expedición de los títulos en los casos de suscripción de acciones por cuotas.

Pero, la realidad del negocio jurídico fue otra, como igualmente lo fue la de la carta de 25 de agosto de 2008 (tanto citada más atrás y que aparece, entre otros, en el folio 74 del cuaderno No. 1), que dice- se trae una vez más, para abundar en claridad-:

"Me permito ratificarles por medio de la presente, que desde el pasado 16 de julio enajené la totalidad de las acciones de mi propiedad en la sociedad HIDROELECTRICA PESCADERO ITUANGO S.A. E.S.P, lo mismo que la totalidad de los derechos de suscripción que de estas acciones se hubieren generado antes de esa fecha y hacia adelante.

Por lo tanto, a partir del pasado 16 de Julio de 2008, dejé de ser accionista de esa sociedad para todos los efectos legales y contractuales; y es el IDEA quien me sustituyó en el derecho de dominio y todos los derechos que se desprenden de él por las acciones que fueron de mi propiedad hasta esa fecha.

Solicito usted, señor Gerente, hacer la anotación respectiva en Libro de Registro de Accionistas de la sociedad".

La prueba testimonial practicada informó que esta comunicación no tuvo origen en la iniciativa de ASFALTOS. Si a ello se suma su redacción, con palabras de una sola persona, corresponde valorarla como una expresión individual, vinculada a un negocio anterior y no como una muestra de acuerdo alguno, que sería necesario para modificar un contrato, esto es, el contrato recogido en el documento 388 precedido del 342.

En otras palabras: la alteración de un acuerdo de voluntades, en derecho, exige el concurso de las que participaron en él, por lo cual queda proscrita toda variación que obedezca al querer solitario de uno de los contratantes. Mas si éste pudiera tenerse por eficiente, en el asunto de este proceso no brota del escrito de 25 de agosto dato alguno que sirva para asegurar que lo manifestado equivalía a dejar en claro que el número de acciones negociado no era el de 12.983 sino otro, como se busca con la pretensión, sin que ésta aterrice, además, que se diga cuál fue en últimas la modificación en sí.

Para el Tribunal es nítido que no hubo modificación del contrato como consecuencia de la aludida carta, en ningún sentido. Así se dirá en la resolución que se adoptará en este laudo,

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA - IDEA -
Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA.

91

dentro de la cual queda lo relacionado con el precio que, por supuesto, no fue alterado tampoco por la comunicación.

De lo dicho se deriva que la pretensión novena no prospera.

Ahora bien, de esa declaración se desprende una primera pretensión consecuencial, que por tener esta calidad está llamada al fracaso:

"Que en virtud del contrato de compraventa de acciones N. 0388 celebrado entre el Instituto para el Desarrollo de Antioquia - IDEA- y Asfaltos y Vías Ltda., y la modificación realizada por la carta del 25 de agosto de 2008, el Instituto para el Desarrollo de Antioquia - IDEA- adquirió todas las acciones que Asfaltos y Vías tenía de la sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P. a razón de TREINTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO PESOS (\$36.854) cada una, o por el mayor o menor valor que se pruebe en el proceso."

En efecto, unida esta consecuencial a la fuente, o sea la pretensión novena, si la importancia asignada a la carta de 25 de agosto de 2008, no es la de revelarse en ella una común intención de las partes que significara que el número de acciones enajenadas era superior a las 12.983 que figuraron en los documentos de julio 16 y julio 28, es elemental que el Tribunal se pronuncie negativamente.

Los árbitros consideran que no puede interpretarse la carta como intención conjunta de modificación del contrato. La sola demanda del IDEA muestra que esta entidad creyó que el número de acciones que adquirió fue menor a 12.983, tanto que reclamó por 335 acciones, de cuyo precio supuso tener un saldo a favor por haberlas pagado, pero habiendo recibido parte de ese precio por una compensación que entendió que podía efectuar.

Tampoco, entonces, tiene éxito la segunda Pretensión consecuencial a la pretensión novena:

"Que se declare que el IDEA no ejecutó la prestación de pagar a Asfaltos y Vías Ltda. el valor de TREINTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO PESOS (\$36.854) por acción, o el mayor o menor valor que se pruebe en el proceso, por cada una de las acciones que recibió de Asfaltos y Vías Ltda., en exceso de las 12.983 acciones ordinarias pagadas que fueron objeto inicial de venta en el contrato No. 0338 de julio 28 de 2008."

Bastaría para decidir retomar la estructura de la pretensión: por ser consecuencial, de un lado, debe correr la suerte de aquella de la cual depende, es decir, de la principal, relativa a la declaración de haberse modificado el contrato, que fue negada; de otro, cuando señala que IDEA recibió de la reconviniente acciones "en exceso de las 12.983 acciones ordinarias pagadas que fueron objeto inicial de venta...", pues el contrato no trató de más acciones que de 12.983 y no fue alterado en ese sentido por lo dicho en la carta de 25 de agosto de 2008.

Valorada la prueba, queda para la especulación que una cosa es que por querer tener el control de la Hidroeléctrica pudiera ser que el IDEA persiguiera comprar todas las acciones de la sociedad demandada principal y otra muy diferente es que la eventual sorpresa de que esa demandada tuviera más acciones de las que aparecían en el momento de negociación, fuera suficiente para que el mayor número de acciones quede cobijado por el contrato, como consecuencia del dicho del vendedor en la multicitada carta, de haber enajenado la totalidad de las acciones de que era propietario y que había dejado de ser accionista.

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA - IDEA -
Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA.

92

La venta de que se trata en este proceso lo fue de una especie individualizada: unas acciones precisas en una sociedad anónima. La voluntad del comprador de comprar todas las acciones de ASFALTOS en HPI S.A. E.S.P. no puede percibirse como "cualquiera que sea el número", como en una venta abierta, de género, similar a la venta por cabida en el caso de los inmuebles.

También debe negarse, por consecuencial la tercera pretensión consecuencial a la pretensión novena:

"Que como consecuencia de la modificación de la cantidad de acciones tratadas por el contrato de compraventa no. 0388 y del incumplimiento contractual del Instituto para el Desarrollo de Antioquia - IDEA-, por cuanto no pagó la totalidad del precio convenido a Asfaltos y Vías Ltda.,- conforme a lo dispuesto en la cláusula segunda del mismo-, se ordene al Instituto para el Desarrollo de Antioquia - IDEA- a dar cumplimiento forzoso al mismo y se le condene a indemnizar los perjuicios que por dicho incumplimiento le haya causado a mi mandante, según sean estos sea probados en el proceso."

Las pretensiones subsiguientes, empero, serán acogidas, en los términos que enseguida aparecen.

De las reflexiones consignadas, surge que el contrato (documento 388 integrado con el 342), no fue modificado con posterioridad a su celebración, en particular, por medio de la manifestación de voluntad -unilateral- de ASFALTOS. El negocio celebrado entre esta sociedad e IDEA fue relativo a 12.983 acciones y no por un número superior.

Las 12.983 acciones referidas fueron transferidas a IDEA en julio 22 de 2008. Aunque en la nota de 25 de agosto del mismo año ASFALTOS expresó que desde 16 de julio ibídem no era accionista, por otros análisis ya realizados en esta providencia, se tiene que la reconviente consideró que era titular de otras acciones, en razón de dos circunstancias: la primera, porque fue tenida como accionista por la Hidroeléctrica (la citaban a Asambleas, le proponían participar en nuevas suscripciones, se la mencionaba en el código de buen gobierno, etc.) y, la segunda, por el incumplimiento que imputó al IDEA del contrato, en la devolución de lo cancelado por la suscripción prevista en la resolución 006 de 2008, que llevó a ASFALTOS a reclamar a HPI S.A. E.S.P. los títulos respectivos.

Si se tomara una fotografía al tiempo iniciado en julio de 2008 a junio de 2009, se podría decir, válidamente, que ASFALTOS fue accionista de HPI S.A. E.S.P. y titular de acciones diferentes a las 12.983. De ello no cabe duda: hubo, se insiste, trato a la contrademandante como accionista y tuvo títulos de acciones a su nombre, que le fueron anulados.

Pero ese sería solamente un plano sin explicación, sin fondo, en una sola dimensión. Si las únicas acciones que tenía ASFALTOS en HPI S.A. E.S.P. a julio de 2008, eran las 12.983 acciones que traspasó a IDEA ¿cómo era posible que pudiera suscribir otras acciones después de julio de 2008, cuando ya no era accionista?

En criterio del Tribunal, como las acciones vendidas al IDEA por ASFALTOS fueron las que había pagado a julio 16 de 2008, entonces las acciones suscritas no pagadas para esa fecha, que pagó con posterioridad, no habiendo sido parte del objeto de la venta, daban a ASFALTOS el derecho de participar en suscripciones futuras.

Con este panorama corresponde estudiar la pretensión novena -llamada subsidiaria-, que es del siguiente tenor:

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA - IDEA -
Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA.

93

"SUBSIDIARIA DE LA NOVENA"

Que se declare que según la cláusula octava del contrato número 0388 de fecha 28 de julio de 2008, para la modificación del contrato se requería la firma de los dos contratantes y que como consecuencia de lo anterior, se declare que la manifestación unilateral de Asfaltos y Vías Ltda. de fecha 25 de agosto de 2008, no tenía la entidad jurídica suficiente para modificar el contrato N. 0388 celebrado el 28 de julio de 2008, y que en consecuencia la sociedad Asfaltos y Vías Ltda. es la titular legítima de las acciones que suscribió en virtud de la resolución 006 de 2008 de la sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P., de todas las demás acciones que tenía suscritas a la fecha 28 de julio de 2008, y de las que hubiere podido suscribir posteriormente con base en aquellas."

De esta pretensión brotan varios pedidos:

- a) Que la modificación del contrato requería el consentimiento de ambos contratantes, y que en consecuencia, la carta de 25 de agosto de 2008, no tenía la entidad jurídica suficiente para modificar el contrato.
- b) Que entonces, ASFALTOS es dueña de las acciones que suscribió en virtud de la resolución 006 de 2008.
- c) Que ASFALTOS es propietaria de las acciones que tenía suscritas para 28 de julio de 2008.
- d) Que ASFALTOS es dueña de las acciones que suscribió con posterioridad, con base en las acciones que tenía suscritas.

El Tribunal interpreta la pretensión anteriormente copiada, en el sentido de aplicarla a la fecha de 16 de julio de 2008, que es la del documento de contrato 342, con el cual se integra el 388 de 28 de julio de 2008. Y con apoyo en consideraciones previas, concluye que en efecto el contrato solamente podía modificarse por acuerdo mutuo, habiéndose dicho con antelación que la carta de 25 de agosto de 2008 no tuvo la virtud de alterarlo.

La segunda parte de la pretensión busca que se diga que

"... la sociedad Asfaltos y Vías Ltda. es la titular legítima de las acciones que suscribió en virtud de la resolución 006 de 2008 de la sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P...."

De la prueba obtenida en el proceso, aparece que la reconviniente suscribió y pagó el 16 de julio de 2008, con fundamento en la resolución 006 de 2008, la cantidad de 8.177 acciones. Pero éstas eran, justamente, las de la capitalización que vencía, como consta en los documentos de contrato, el 17 de julio de 2008, que IDEA asumiría (como enuncia el parágrafo 2º tanto aludido) y que igualmente trasladó a HPI S.A. E.S.P. el 17 de julio, por un valor que a su vez no cubrió a ASFALTOS (que se lo reclamó por una comunicación en otro aparte resaltada y a la cual IDEA se refirió con la manifestación de que no le había pagado por ignorar dónde hacerle el depósito). IDEA, empero, buscó descontar la misma partida, para que ese pago quedara hecho, por medio de una compensación que no podía oponer.

¿Entonces, esas 8.177 acciones, serían o son de cuál de las dos partes? Para el Tribunal, según el antecedente que acaba de relatarse, esas 8.177 acciones eran parte del negocio

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA - IDEA -

Vs.

ASFALTOS Y VIAS LTDA .

94

celebrado por ASFALTOS e IDEA, por ser las acciones vinculadas a la capitalización que vencía el 17 de julio de 2008 (conforme a las palabras de los documentos de negociación).

La realidad muestra que ASFALTOS no llegó a efectuar el traspaso de las 8.177 acciones en cuestión al IDEA y que esta entidad no le pagó esas acciones.

Así las cosas, no puede dejar de reconocerse, en el ámbito de pretensiones declarativas como la que se examina, que la titular de esas 8.177 acciones es la sociedad ASFALTOS, a raíz de no haberse efectuado el traspaso de tales acciones al IDEA.

Se pide que se diga por el Tribunal que ASFALTOS es dueña de las acciones que tenía suscritas para 28 de julio de 2008. Y en efecto, tratándose de acciones solo suscritas para 16 de julio de 2008 y para 28 de julio de 2008, que por tener plazos para su pago no habían sido pagadas, no puede dudarse en declarar que a esa fecha la dueña era ASFALTOS, añadiéndose que esas suscritas, en total de 11.773, no fueron objeto del contrato de venta y daban derecho a ASFALTOS para suscribir otras acciones, por ejemplo, las ofrecidas en razón de la Resolución 001 de 2009.

Y precisamente, con posterioridad a julio de 2008, la sociedad contrademandante suscribió otras acciones de HPI S.A. E.S.P., de la manera como se ha enunciado en otro pasaje de este laudo. De allí que el Tribunal puede acceder a declarar que ASFALTOS es dueña de las acciones que suscribió con posterioridad, con base en las acciones que tenía suscritas.

Las precedentes decisiones permiten abordar la denominada primera

"Pretensión consecuencial a la subsidiaria de la pretensión novena: Que se declare que las acciones que Asfaltos y Vías Ltda. suscribió en virtud de la Resolución 006 de 2008, y las demás que tenía suscritas para el día julio 28 de 2008, que excedían la cantidad de 12.983, nunca hicieron parte del objeto inicial del contrato de compraventa 0388 celebrado entre el Instituto para el Desarrollo de Antioquia - IDEA- y Asfaltos y Vías Ltda., y que por ende la convocada se apropió de veinticuatro mil novecientos cincuenta y ocho (24.958) acciones de la Convocante, o la mayor o menor cantidad que se pruebe en el proceso, sin justo título, y que las acciones suscritas posteriormente con base en aquellas fueron también apropiadas sin justo título, y que todas ellas fueron registradas a nombre del IDEA por influencia del mismo Instituto para el Desarrollo de Antioquia - IDEA-, en julio de 2009 o la fecha que se pruebe, sin que mediara consentimiento alguno u orden escrita de mi representada."

En concreto, como emerge de la lectura, se pide en primer lugar que:

"Que se declare que las acciones que Asfaltos y Vías Ltda. suscribió en virtud de la Resolución 006 de 2008, y las demás que tenía suscritas para el día julio 28 de 2008, que excedían la cantidad de 12.983, nunca hicieron parte del objeto inicial del contrato de compraventa celebrado entre el Instituto para el Desarrollo de Antioquia - IDEA- y Asfaltos y Vías Ltda...." (Subrayas del Tribunal)

Pero son dos los factores en juego, que implican separación: de un lado, las acciones que se suscribieron con base en la resolución 006; de otro, las que se tenían suscritas para 28 de julio de 2008.

En consideraciones anteriores se anticipó que con fundamento en la resolución 006 de 2008 ASFALTOS suscribió y pagó 8.177 acciones. Como éstas eran las de la capitalización que vencía el 17 de julio, es obvio que sí eran parte del contrato. Y es que no podría el

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA – IDEA –
Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA.

95

Tribunal afirmar lo contrario, pues el parágrafo 2º de la cláusula segunda es claro en incluirlas; sin embargo, entendiendo la pretensión dentro de los límites en que el Juez puede hacerlo –ya expuestos antes–lo que se persigue en forma clara en el pedimento, es que se verifique que no hay título justo para que actualmente se encuentren a nombre del IDEA.

En referencia a las acciones que se pudieron suscribir con base en estas, y que se ofrecieron a ASFALTOS con base en la resolución 001 de 2009, procede la misma reflexión.

En cuanto a las 11.773 acciones que ASFALTOS tenía suscritas y no pagadas a 16 de julio de 2008, (y que posteriormente pagó), acogerá el Tribunal el pedido de la reconviniente, pues éstas no hicieron parte del objeto del contrato de julio de 2008.

Acerca del contenido final de la pretensión, dirigido a que se diga que estas acciones fueron registradas a nombre del IDEA, por su influencia, sin que mediara consentimiento alguno u orden escrita de ASFALTOS, por todo lo que el Tribunal ha expuesto en sus consideraciones y el análisis del negocio jurídico desde su formación hasta el punto actual, concluye que sí existió una participación directa del IDEA en los hechos que culminaron con las anotaciones de cancelación realizadas en el libro de accionistas, sin voluntad de ASFALTOS para la transferencia de las acciones. Así las cosas, también habrá de accederse a tal declaración.

Sobre las pretensiones segunda y tercera consecuenciales declaró el Tribunal su incompetencia, por lo que no se hace pronunciamiento alguno al respecto. Por lo que se abre paso el estudio de la titulada **cuarta pretensión consecuencial a la subsidiaria de la novena.**

La cuarta pretensión consecuencial, y que precisamente por esa característica debe entenderse en consonancia con la subsidiaria a la pretensión novena –obviamente- y con la primera consecuencial, eleva petición de restituir las acciones citadas, advirtiendo que de no ser posible la restitución de acciones de la misma clase, especie y valor, se condene al IDEA a pagarlas con un valor mínimo de \$36.854,50 pesos por acción, con sus respectivos intereses moratorios.

Como se anticipó, el problema jurídico por dirimir consiste en determinar si se está frente a una pretensión reivindicatoria, como la permitida por el artículo 819 del Código de Comercio y con las consecuencias jurídicas previstas por el artículo 955 del Código Civil.

ASFALTOS, interpreta el Tribunal, busca ser puesto en la situación jurídica que debería tener para el momento en que se produjo el hecho de la pérdida del bien, su desposesión, y por esa misma finalidad solicita – dice que en subsidio, pero sin que se trate de lenguaje de la técnica procesal exigida en la acumulación de pretensiones - que se le repare por equivalencia, esto es, bajo un subrogado pecuniario. La previsión del demandante es lógica en cuanto que el devenir de las acciones y de sus titulares puede conllevar a que no sea posible que el contratante reintegre a su patrimonio aquel objeto que fue tomado de él.

En consecuencia, entiende también el Tribunal que en la pretensión se reclaman perjuicios, como aparecen permitidos en el artículo 955 del Código Civil.

Corresponde de este modo establecer si es posible que el IDEA devuelva acciones de la misma calidad, especie y valor.

**TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA – IDEA –**

**Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA.**

96

Dentro del plenario se acreditó que la sociedad ASFALTOS sufrió la disminución de su patrimonio, por la desposesión, en tanto que era la titular de las acciones que hoy no están en su poder. Ninguna duda hay que esta persona jurídica de derecho privado, fue quien soportó las consecuencias de las conductas atribuibles al IDEA.

Es un hecho cierto que las acciones de las que era titular ASFALTOS no se encuentran hoy a su nombre. Estas como bienes sujetos a registro, en el libro que la ley ha diseñado especialmente para ello, aparecen a nombre de una persona distinta, frente a la sociedad HPI S.A. E.S.P. y frente a terceros, y sobre ellas se efectuaron operaciones mercantiles en las que ASFALTOS no tuvo oportunidad de participar. La desposesión se consumó cuando las acciones -las suscritas y no pagadas que tenía para el día 16 de julio del 2008, las que capitalizó en la resolución 006 de 2008 y las suscritas con base en la resolución 001 de 2009-, se trasladaron por HPI S.A. E.S.P. al IDEA, en junio de 2009.

ASFALTOS, por la desposesión de esas acciones, no pudo participar de las utilidades societarias de HPI S.A. E.S.P. –independientemente de si se entregaron o no dividendos – de los años 2008 y 2009, al haberle sido cancelada su calidad de accionista.

Finalmente, ASFALTOS no pudo participar en la creación de la sociedad EPM ITUANGO S.A. E.S.P, y se quedó por fuera del proyecto hidroeléctrico más grande y más importante del Departamento (esto último hecho notorio). A folios 347 y siguientes del cuaderno 2 Supersociedades, obra el certificado de existencia y representación de la sociedad EPM HITUANGO S.A. E.S.P, que nació a la vida jurídica según la escritura pública 893 del 23 de marzo de 2011, otorgada ante la Notaría 17 del Círculo de Medellín, por escisión de la sociedad HIDROELECTRICA PESCADERO ITUANGO S.A. E.S.P, acto registrado en la Cámara de Comercio el día 25 de marzo del 2011. La nueva sociedad, según este certificado, tenía un capital de \$235.143'123,369. Este mismo hecho fue relacionado por el perito contable y financiero en su dictamen.¹⁷⁹

La finalidad y objeto de la sociedad HPI S.A. E.S.P. fue siempre la administración del proyecto hidroeléctrico Pescadero Ituango, que le daba su valía como empresa; al respecto, el hecho de que la estimación de la acción de la sociedad para efectos de las negociaciones que IDEA adelantó y consumó en julio de 2008 haya sido el resultado de dividir el valor del proyecto sobre el número de acciones, es más que contundente, y así se expresó en la exposición de motivos de cada uno de los contratos celebrados con los accionistas minoritarios (cfr. carpetas de contratos recaudadas en la Inspección Judicial al IDEA). De allí se sigue entonces, que si la sociedad HPI S.A. E.S.P. no tiene la titularidad del conocido proyecto energético, su valor como empresa está drásticamente reducido.

En la escisión mencionada, lo que se hizo fue separar el proyecto hidroeléctrico y energético, y transferirlo a una nueva sociedad, EPM ITUANGO S.A. E.S.P, es decir, el activo valioso de la anterior sociedad se trasladó a la nueva que nació de dicha escisión. En la respuesta del perito contable y financiero a la pregunta 3¹⁸⁰, que estaba encaminada a establecer cuál fue el perjuicio que la reconviniente pudo haber sufrido, al no poder estar presente en la sociedad EPM ITUANGO S.A. E.S.P., si bien no fue concreta porque el auxiliar careció de algunos elementos de conocimiento, si se concluyó que el IDEA obtuvo en EMP ITUANGO S.A. E.S.P. una participación de 119.314'586.209 acciones, con un valor nominal

¹⁷⁹ Cuaderno 3, Experticios, folio 85.

¹⁸⁰ *ibidem*

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA – IDEA –

Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA.

97

de un peso, y que esta participación fue vendida en la suma de \$289.720'758.063 a EPM, con una diferencia sobre el valor nominal de \$170.406'171.854, a la cual se resta un crédito mercantil de \$94.570'124.209, lo que arroja una utilidad de \$75.836'047.645. El alto valor de la operación se explica porque fue la nueva sociedad quien quedó en poder del proyecto y por ello pagó el alto precio referido por el perito.

El control societario basado en la cantidad de acciones, se calculó con base en las acciones suscritas -pagadas o no- y esas eran las que el IDEA necesitaba para poder alcanzar esa posición en HPI S.A. E.S.P. Ahora bien, como hoy el control no tiene sentido para los efectos que lo tuvo en la compra del IDEA a los minoritarios, pues la sociedad fue escindida, y el IDEA vendió su participación en EPM ITUANGO S.A. E.S.P, no cabe duda que las acciones en que hoy se divide el capital social de HPI S.A. E.S.P. no son de la misma calidad, especie y valor de las que componían el capital de esa compañía para julio de 2008 ni para junio de 2009. En otras palabras, quien quisiera hoy tomar el control accionario en la sociedad HPI S.A. E.S.P. no pagaría un valor como el que pagó IDEA en la época señalada, porque el referente del valor de la acción era el proyecto específico, que hoy es construido y operado por otra sociedad.

Por tanto, basado en la prueba obtenida, incluida la información recogida por el perito contable y financiero, el Tribunal llega a la conclusión que las acciones de las que ASFALTOS fue desposeída no pueden ser restituidas, por no tener las que se pudieran entregar la misma calidad, especie y valor. La operación reseñada sobre el proyecto hidroeléctrico da cuenta de que la enajenación de las acciones por el IDEA, con ocasión de la escisión de HPI S.A. E.S.P., hizo difícil para ASFALTOS su persecución.

Ahora bien, no habiendo podido proceder HPI S.A. E.S.P. como lo hizo, para desposeer a ASFALTOS de las acciones de que era titular, e igualmente no pudiendo ignorar IDEA que HPI S.A. E.S.P. no podía obrar de esa forma, y habiendo tenido la conciencia de que ASFALTOS aparecía como titular de las acciones hasta junio de 2009, emerge de estas circunstancias que, por consiguiente, IDEA, cuando enajenó dichas acciones, actuó a sabiendas de que eran ajenas, porque no podía excusarse en la actuación a todas luces ilegal de HPI S.A. E.S.P para afirmar el dominio sobre el bien.

De ello se sigue responsabilidad del IDEA, de acuerdo con el artículo 955 del Código Civil, de indemnizar de todo perjuicio irrogado a ASFALTOS, perjuicios que, ya relacionados, quedaron demostrados por su entidad negativa, esto es, la disminución del precio de las acciones por la escisión, no recibir dividendos -porque no se le tenía como accionista- y no poder participar en la creación de la sociedad EPM ITUANGO S.A. E.S.P.

Ahora bien, en la demanda de reconvención¹⁸¹, ASFALTOS estimó bajo juramento la cuantía de perjuicios en una suma de dinero manifestando que la:

"... cifra que se obtiene de una estimación de las acciones de que Asfaltos y Vías Ltda. es su legítimo propietario, multiplicado por \$36.854,50 o suma que aparezca probada en el proceso".

Se tiene entonces que el contrademandante afirmó que el precio de cada acción se estimaba en \$36.854,50, y manifestó un valor total que en su parecer es el resultante de la multiplicación por el número de acciones que dice tener.

¹⁸¹ Cuaderno principal, folio 303.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA - IDEA -

Vs.

ASFALTOS Y VIAS LTDA.

98

Esta afirmación debe contrastarse con las exigencias legales del juramento estimatorio, en la versión de la norma vigente para el momento de presentación de la demanda de reconvencción, que es el artículo 211 del Código de Procedimiento Civil antes de la reforma hecha por el Código General del Proceso, y cuyo inciso primero dispone:

"Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. El juez, de oficio, podrá ordenar la regulación cuando considere que la estimación es notoriamente injusta o sospeche fraude o colusión".

Sea lo primero notar, que la norma no exige que el juramento esté formulado en una parte específica de la demanda, pues se refiere genéricamente a dicha pieza procesal, por lo que no está dado al Juez someter su ubicación a formalismo adicional. El juramento puede ser uno solo, no se exige tampoco que se transcriba en la parte de la demanda que se refiere al daño o en la pretensión correspondiente.

La estimación debe ser razonada, esto es, se deben explicar los factores o elementos que sirven de base para su cálculo. En el caso concreto son dos, número de acciones y valor de cada una, y en cuanto a este último lo fundamenta en el valor por acción que se pactó en el contrato celebrado por las partes, lo que resulta un criterio admisible, pues está debidamente probado.

Ahora bien, hay varias pretensiones que obtendrían su valuación y liquidación al tomar un número de acciones y multiplicarlo por el referido valor, entre ellas la que se analiza y la de indemnización de perjuicios que obra como supuesta subsidiaria a dicha consecuencial de la subsidiaria a la novena; es decir, en ambos casos cobra utilidad el juramento estimatorio, porque los dos supuestos parten de un determinado número de acciones y un valor asignado a cada una de ellas. Mírese que el número de acciones de que es titular ASFALTOS según su demanda, no es otro diferente a la suma de los tres grupos de acciones que enuncia en la cuarta pretensión consecuencial a la subsidiaria de la pretensión novena (y en esta misma). Hay entonces similitud en los factores de cálculo del valor de ambas pretensiones: número de acciones y precio, lo que abre lugar a la apreciación de este particular medio de prueba para efectos de probar el monto de la indemnización.

En ninguna de sus contestaciones objetó el IDEA la estimación de perjuicios realizada por ASFALTOS, limitándose a negar los hechos de la demanda. La objeción se entiende como una crítica a la estimación, que haga caer en cuenta de sus errores, sea en los presupuestos o en las conclusiones, y bien se refieran a aspectos jurídicos, técnicos, matemáticos, etc. Para el caso, independientemente de los motivos de fondo para atacar las pretensiones, el IDEA debió haber demostrado que el valor de la acción no era el que le asignó la reconviniente. Esa carga procesal no fue cumplida por el IDEA, por lo que la estimación hará también prueba del perjuicio.

Continuando el análisis y con miras a decidir si el valor jurado por cada acción puede ser injusto, deber que le impone el mismo artículo 211 del C.P.C, encuentra el Tribunal que el valor de cada acción concretado a la suma de \$36.854,50 pesos, se soporta en prueba proveniente del mismo IDEA, no solo en las decenas de contratos con los accionistas minoritarios (cfr. Carpetas de contratos Inspección Judicial IDEA), donde el valor por acción

**TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA - IDEA -**

Vs.

ASFALTOS Y VIAS LTDA .

99

pagada y suscrita fue el mismo, sino también en el acta de junta directiva de IDEA, correspondiente a la sesión 009 de 2009, celebrada el día 17 de junio de 2009 en la sala de juntas del IDEA¹⁸². Dentro de esta reunión, en el numeral 5 denominado "Asuntos de gerencia", se tocó en primer lugar el tema relacionado con la HIDROELECTRICA ITUANGO, respecto al cual se dejó constancia de lo siguiente:

"El doctor Edgar Arias recuerda a los asistentes la autorización otorgada por la junta directiva en sesión 001 de 2008, para que la administración pudiera negociar la compra de acciones de la sociedad PESCADERO ITUANGO. En este sentido informa que en la actualidad existen dos firmas interesadas en vender sus acciones al instituto, en un principio el IDEA manifestó su interés en el negocio y estuvo dispuesto a comprar al mismo valor por acción suscrita y pagada, que había pagado en el paquete comprado el año anterior (\$36.854.50), lo que le daba el derecho a suscribir lo correspondiente en las capitalizaciones faltantes, pero luego los oferentes cambiaron las condiciones del negocio, suscribieron y pagaron anticipadamente las acciones de las capitalizaciones faltantes y ofrecieron el paquete completo, lo que ya no es atractivo para el instituto.

La junta decide no proceder a la compra, por las razones expresadas". (Negrilla del Tribunal.)

De lo transcrito se concluye que aun para junio de 2009, el IDEA consideraba para efectos de negociaciones con accionistas, que un precio por acción de \$36.854.50, podía y debía ser pagado. Nótese que la decisión de la Junta de no comprar, no tiene absolutamente nada que ver con el precio unitario, si no con la cantidad. Para el 17 de junio de 2009, todas las acciones que tenía ASFALTOS, ya habían sido anotadas a nombre del IDEA, lo que significa que a aquellas puede asignárseles el mismo valor de las que estaban en negociación al momento de celebrarse la reunión de la junta directiva.

De este modo, se refuerza el carácter razonable de la cuantificación del juramento estimatorio, al utilizar este mismo valor por acción para efectos del cálculo total del perjuicio que puede alcanzarse, a la luz del artículo 955 del Código Civil. La valoración que hace la parte reconviniente no es ajena entonces a los precios que IDEA estaba considerando en sus negociaciones, por lo que el Tribunal encuentra que es admisible -en tanto no es injusta- la estimación del daño que el IDEA ha causado en referencia a cada acción de la que hoy está privado.

Con respecto a los demás requisitos para la apreciación del juramento estimatorio, el Tribunal considera, sin lugar a duda, que en el presente caso no hubo fraude ni colusión, las partes se encuentran tranzadas en un litigio real, documentado históricamente, donde se agotaron etapas de negociación directa, conciliación prejudicial, y ahora la judicial, y en el que diversas autoridades como la Superintendencia de Sociedades y la Contraloría Departamental, han tenido conocimiento por diversas causas.

Frente al conflicto, importa recordar que las acciones de las cuales se desposeyó a ASFALTOS en junio de 2009, pueden aglutinarse en tres grupos (las 11.773 suscritas y no pagadas a 16 de julio de 2003, las 8177 de la capitalización de 16 de julio de 2008 y las acciones -16.682 suscritas y 99 suscritas y pagadas-, por la resolución 001 de 2009).

¹⁸² Carpeta número 63 de la inspección judicial al IDEA, folios 1 a 15.

**TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA - IDEA -**

**Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA.**

100

En síntesis, se abre paso la pretensión declarativa de la reconversión sobre la propiedad de acciones en cabeza de ASFALTOS, la declaración de que fue desposeída de ellas y que la restitución se hizo difícil por la enajenación del objeto por parte del IDEA.

Las excepciones propuestas por IDEA

Al responder a la demanda de reconversión¹⁸³, con apoyo en su versión inicial, IDEA propuso las excepciones de "inexistencia de causal de nulidad que pueda afectar la validez del contrato de compraventa de acciones No 388 del 28 de julio de 2008", "inexistencia de restricción a la libre negociabilidad de las acciones de propiedad de los particulares" "improcedencia de la demanda de reconversión por temeraria" y "carga de la prueba".

Sobre las dos primeras, consta en la motivación del laudo que en el subjuicio no había lugar a predicar el derecho de preferencia en la negociación de acciones de HPI S.A. E.S.P. Por lo mismo, esas excepciones quedaron resueltas con las consideraciones allí consignadas y a las que se hace remisión por brevedad.

Respecto de las excepciones denominadas temeridad y carga de la prueba, juzga el Tribunal que no es una verdadera excepción, por no referirse a hechos que sirvan para establecer que el derecho perseguido no exista o que se haya extinguido por algún motivo. Por ende, no se acogerán.

Frente al texto de la última reforma a la demanda de reconversión, se propusieron como excepciones¹⁸⁴: "inexistencia de restricción a la libre negociabilidad de las acciones de propiedad de los particulares" y la que denominó "Carga de la prueba" (art. 177 del C.P.C). La primera quedó resuelta más arriba; la segunda, estima el tribunal que no constituye una excepción.

Por consiguiente, se declarará que no prosperan las excepciones esgrimidas por la parte convocante principal, respecto de las pretensiones de la reconversión que, según lo expuesto, serán acogidas en este laudo.

Cuantificación de los perjuicios

Para la cuantificación de los perjuicios considerados en el artículo 955 del Código Civil y a los cuales tiene derecho ASFALTOS por no poder recibir las acciones cuya posesión perdió por ser difícil su persecución, se tomará el juramento estimatorio consignado en la reconversión, dada la individualización de precio por acción.

El total de acciones cuya posesión perdió ASFALTOS fue de 36.731. El perjuicio representado en valor individual de acción fue estimado en \$36.854,50. Lo cual arroja una suma de \$1.353'702.639, por la cual se condenará al IDEA en favor de la reconviniendo.

A pesar de que esta cifra es menor de la que la parte estimó en su juramento, la diferencia no supera el 30% y, en todo caso, ésta no es fruto de una regulación proveniente de objeción o de disposición oficiosa, sino del cálculo efectuado en razón de lo probado en el

¹⁸³ Cuaderno 1, folios 11 a 353.

¹⁸⁴ Ibidem, folios 479 a 480.

**TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA - IDEA -
Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA.**

101

proceso. Por estas razones, no procede la aplicación de la parte final del artículo 10 de la ley 1395 de 2010, relativa a sanción por diferencia.

**CAPITULO IV
OTRAS CUESTIONES Y PARTE RESOLUTIVA**

Evaluación de la conducta de la Hidroeléctrica en la inspección judicial practicada a la entidad

En el acta de inspección judicial practicada a los libros y papeles comerciales de HPI S.A. E.S.P.,¹⁸⁵ la citada sociedad se opuso parcialmente a la exhibición de documentos; una vez decidida la oposición, contra esta decisión se interpuso recurso de reposición, el cual fue decidido negativamente por el Tribunal; allí mismo se dejó saber que en momento procesal oportuno –cual no es otro que este Laudo- se decidiría sobre la conducta del tercero.

El inciso segundo del artículo 285 del C.P.C., dispone que cuando es un tercero quien se opone a la exhibición o la rehúsa sin causa justificada, el juez le impondrá multa de cinco a diez salarios mínimos mensuales.

Además de las consideraciones legales que se tuvieron en cuenta para desatar las impugnaciones presentadas por dicha sociedad, este Tribunal encuentra que el motivo de fondo para oponerse a la exhibición, del cual quedó constancia en el acta, y que fue no facilitarle documentación al apoderado de la parte reconviniente para otras futuras y eventuales demandas, no fue una razón jurídicamente seria ni suficiente para haberse rehusado a la obligación legal. El motivo o argumento de la sociedad no puede imponerse sobre el deber legal de colaborar con la administración de justicia.

Por lo anterior, es procedente imponer la sanción contemplada por la norma, la cual se tasará en la mínima legal, toda vez que la oposición fue parcial; así entonces, en la parte resolutive se condenará a la sociedad Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P. al pago de cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes, que equivalen a \$2.833.500, a favor del Consejo Superior de la Judicatura.

Solicitud de compulsar copias para investigación disciplinaria al apoderado de la parte convocada

El IDEA exigió pronunciamiento sobre las expresiones del apoderado de ASFALTOS, abogado Juan Esteban Sanín Gómez y así mismo lo hizo en la contestación a la demanda de reconvencción y en sus alegatos de conclusión. La amplitud de la autonomía y el contenido de las expresiones del litigante en ejercicio de su profesión, se ha ido decantando en la medida que se hace más fuerte la exigencia del respeto de derechos fundamentales como la honra, la intimidad y el buen nombre. El lenguaje debe ser canalizado hacia aspectos jurídicos, limitándose a describir y calificar los hechos desde la óptica legal, dejando de lado adjetivos que ataquen el aspecto personal.

De una parte, entienden los árbitros que las expresiones “mala fe”, “conductas ilícitas”, “artimañas”, y otras semejantes, no constituyen propiamente una injuria. De otra, es claro

¹⁸⁵ Cuaderno Principal, folios 534 a 541 y 553 a 567

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA - IDEA -
Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA .

102

que el Tribunal no permitió durante el transcurso del proceso que las actuaciones y manifestaciones de las partes se salieran de los cauces del respeto debido.

Los términos utilizados por el apoderado no se enmarcan dentro del tipo disciplinario consagrado en el artículo 32 de la Ley 1123 de 2007, concordante con el numeral 3º del artículo 71 del Código de Procedimiento Civil, por lo cual el Tribunal no ordenará que se compulsen copias con destino al Consejo Seccional de la Judicatura.

Elementos de la prueba pericial informática

Como de la práctica de la prueba pericial informática queda un disco duro de respaldo y otros elementos que son de propiedad de las partes, interesando principalmente a IDEA por la información contenida, se dispondrá que este disco de respaldo sea entregado a IDEA por la secretaría del Tribunal y que, de conformidad con los costos de los mismos presentados por el perito, el valor de cada uno asciende a \$495.000.00¹⁸⁶, cifra que se divide entre 2 y da como resultado \$247.500.00, que será la suma a deducir de las costas procesales a su cargo.

Costas procesales y su liquidación

Visto el éxito parcial de las pretensiones de la reconviniente, habrán de liquidarse costas procesales a favor de ASFALTOS Y VIAS LTDA., según lo ordena el artículo 392 del C.P.C., toda vez que en el expediente aparece que se causaron. Se liquidan separadamente los dos conceptos que las conforman:

Gastos procesales realizados por Asfaltos y Vías

CONCEPTO	VALOR PAGADO
Honorarios Árbitros	34.845.421,10
IVA (un árbitro)	1.858.422,46
Honorarios Secretario	5.807.570,18
Gastos de Administración*	6.736.781,41
Perito contable*	9.000.000,00
Perito informático*	7.500.000,00
Gastos procesales generales	2.500.000,00
TOTAL	68.248.195,14

Por haber sido parcial el éxito de las pretensiones, en tanto no se obtuvo de parte de la reconviniente la totalidad de la indemnización pedida, las costas se reducen en un 20%, y por ello el IDEA solo pagará a ASFALTOS Y VIAS LTDA. el 80% de los gastos procesales en que ésta incurrió, lo que equivale a \$54.598.556,11, suma a la cual hay que restarle \$495.000.00 del valor del disco duro externo, como se expreso en el punto inmediatamente anterior. Entonces, total costas: \$54'351.057,11

Agencias en derecho:

Para el caso del proceso arbitral, se toma la referencia del rango permitido para el proceso ordinario en primera instancia, según el artículo 6º, numeral 1.1. del Acuerdo 1887 de 2003

¹⁸⁶ Cuaderno 3, Dictámenes, Folios 17 y 20

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA – IDEA –
Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA .

103

del Consejo Superior de la Judicatura, modificado por el Acuerdo 2222 de 2003, que permite un máximo del veinte por ciento (20%) de las pretensiones concedidas o negadas en la sentencia.

El acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura se refiere a los criterios de fijación:

“ARTICULO TERCERO.- Criterios. El funcionario judicial, para aplicar gradualmente las tarifas establecidas hasta los máximos previstos en este Acuerdo, tendrá en cuenta la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, autorizada por la ley, la cuantía de la pretensión y las demás circunstancias relevantes, de modo que sean equitativas y razonables. Las tarifas por porcentaje se aplicarán inversamente al valor de las pretensiones. PARAGRAFO.- En la aplicación anterior, además, se tendrán en cuenta las normas legales que en particular regulen la materia.”

Dentro de este margen, se fijarán en un ocho por ciento (8%) sobre la pretensión exitosa, lo que equivale a la suma CIENTO OCHO MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS ONCE PESOS M/L (\$108'296.211). Se tiene en cuenta para lo anterior, que el apoderado ejecutó con mediana diligencia las actividades procesales del caso, desde la interposición de la demanda de reconvenición hasta las alegaciones de conclusión.

TOTAL COSTAS:

CIENTO SESENTA Y DOS MILLONES TRESCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS SESENTA Y SIETE PESOS CON ONCE CENTAVOS (**\$162'399.767,11**).

En virtud de todo lo expuesto, El Tribunal de Arbitramento instaurado por **EL INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA –IDEA-** contra la sociedad **ASFALTOS Y VIAS LTDA.**, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

SOBRE LA DEMANDA PRINCIPAL

PRIMERO: Denegar la totalidad de las pretensiones de la demanda principal.

SOBRE LA DEMANDA DE RECONVENCION

SEGUNDO: Declarar probada la excepción presentada por el IDEA en la contestación a la demanda de reconvenición y su reforma, denominada “INEXISTENCIA DE RESTRICCIÓN A LA LIBRE NEGOCIABILIDAD DE LAS ACCIONES DE PROPIEDAD DE LOS PARTICULARES”.

TERCERO: Declarar no probadas las demás excepciones presentadas por el IDEA.

CUARTO: Declarar, con las explicaciones suministradas en la parte motiva en relación con la época de negociación, que el día 28 de julio de 2008 las partes suscribieron un contrato de compraventa de acciones que tenía por objeto 12.983 acciones ordinarias pagadas de la sociedad HPI S.A. E.S.P, así como 8.177 acciones suscritas y pagadas que fueron suscritas con ocasión en resolución 006 de 2008 de dicha sociedad.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA - IDEA -
Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA .

104

QUINTO: Declarar, según lo pedido en las pretensiones segunda principal, séptima y octava principales de la reconvencción, que el contrato 0388 de 2008 establecía un precio a pagar por acción de \$36.854,50, determinado frente a las 12.983 acciones suscritas y pagadas que fueron objeto del contrato y que dicho precio fue el único efectivamente pagado por el **INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA -IDEA-** a la sociedad **ASFALTOS Y VIAS LIMITADA**.

SEXTO: Declarar que en virtud del contrato 0388 de 2008, fue registrada a nombre del **INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA -IDEA-** la cantidad de 12.983 acciones constitutivas de su objeto.

SEPTIMO: No se accede a las declaraciones y peticiones contenidas en la pretensión cuarta principal y su consecuencial, de la demanda de reconvencción, en los términos de la reforma a la misma, y por consiguiente no se declara que el contrato referido hubiese sido contrato de adhesión.

OCTAVO: Se accede, conforme a la motivación de este Laudo, a la declaración pedida en la pretensión quinta y sexta principales de la reconvencción, en el sentido de establecer que cuando se suscribió el contrato 0388 de 2008, ya se había ejercido por **ASFALTOS Y VIAS LTDA** el derecho a la capitalización ofrecida en la resolución 006 de 2008, por haber suscrito y pagado en debida forma y tiempo las acciones que le fueron ofrecidas, que fueron determinadas en cantidad de 8.177.

NOVENO: Por lo expuesto en la parte motiva, se deniegan la pretensión consecuencial y las subsidiarias a esta, de la pretensión quinta principal.

DECIMO: No se accede a la declaración suplicada en la pretensión novena principal de la reconvencción ni a las pretensiones consecuenciales de la misma, y por consiguiente, según lo expuesto en la parte motiva, no se declara que la comunicación de fecha 25 de agosto de 2008 modificó el contrato 0388 de 2008.

UNDECIMO: Se accede a las declaraciones impetradas en la pretensión subsidiaria de la novena, y por tanto se declara que **ASFALTOS Y VIAS LTDA.** es la titular legítima de las siguientes acciones en la sociedad **HIDROELECTRICA ITUANGO S.A. E.S.P:** 11.773 acciones que tenía suscritas para julio de 2008, en virtud de la resolución 003 de 2008; 8.177 acciones producto de la capitalización ofrecida en la resolución 006 de 2008; y 16.781 acciones suscritas con fundamento en las anteriores, en virtud de la resolución 001 de 2009, de las cuales pagó 99 acciones.

DUODÉCIMO: Se accede a la pretensión primera consecuencial a la subsidiaria de la pretensión novena, y en consecuencia se declara que **ASFALTOS** fue desposeída en junio de 2009 de las acciones a las que se refiere la declaración anterior, cuya restitución se hizo difícil por la enajenación, en abril de 2011, de las mismas por **IDEA** a **EPM ITUANGO S.A. E.S.P.**

DÉCIMOTERCERO: En aplicación de la disposición del artículo 955 del Código Civil y con base en el juramento estimatorio contenido en la demanda de reconvencción, se condena al **INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA -IDEA-** a pagar a **ASFALTOS** la suma de **MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y TRES MILLONES SETECIENTOS DOS MIL**

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA - IDEA -
Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA .

105

SEISCIENTOS TREINTA Y NUEVE PESOS M/L (\$1.353'702.639.00), por concepto de perjuicios en la forma explicada en la parte motiva de este laudo.

DECIMOCUARTO: Se condena en las costas del proceso al **INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA -IDEA-**, en la suma de CIENTO SESENTA Y DOS MILLONES TRESCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS SESENTA Y SIETE PESOS CON ONCE CENTAVOS (**\$162'399.767,11**), discriminada como sigue: por concepto de gastos procesales la cantidad de CINCUENTA Y CUATRO MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA Y UN MIL CINCUENTA Y SIETE PESOS CON ONCE CENTAVOS M/L (**\$54'351.057,11**); y por agencias en derecho CIENTO OCHO MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS ONCE PESOS M/L (**\$108'296.211**).

DÉCIMOQUINTO: Las obligaciones de pagar sumas de dinero a cargo del IDEA, devengarán intereses comerciales a la tasa máxima legal vigente certificada por la Superintendencia Financiera, desde la fecha del laudo hasta la fecha del pago, y serán exigibles judicialmente por la vía ejecutiva, dieciocho (18) meses después de la ejecutoria del Laudo.

DÉCIMOSEXTO: Se impone a la sociedad comercial **HIDROELECTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.**, identificada con NIT. 811-014-798-1, sanción de **CINCO SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES** vigentes a la fecha de expedición de este laudo, equivalentes a **DOS MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y TRES MIL QUINIENTOS PESOS** moneda legal colombiana (**\$2'833.500.00**), y a favor del **CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA**. Esta suma deberá consignarse dentro de los quince días siguientes a la ejecutoria de este laudo. Expídase copia auténtica del presente laudo con destino a la sala administrativa del **CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA**.

DÉCIMO SÉPTIMO: Por lo dicho en la parte motiva, no hay lugar a pronunciamientos sobre lenguaje utilizado por el apoderado de la parte convocada principal.

DÉCIMO OCTAVO: Expídase copia auténtica del Laudo con destino al señor representante del Ministerio Público, para lo que considere de su competencia. Envíese igualmente copia del laudo a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

DÉCIMO NOVENO: Se dispone la protocolización del expediente en la Notaría Veinte de Medellín, conforme al artículo 159 del Decreto 1818 de 1998. En caso de que el rubro previsto para la protocolización no sea suficiente, deberán las partes pagar la suma que sea necesaria para ello.

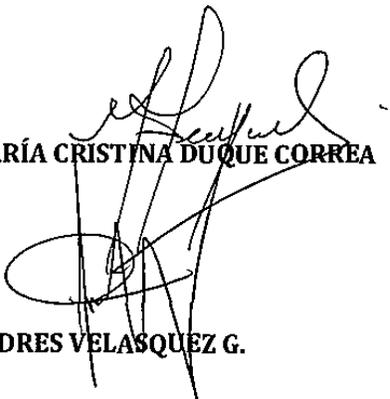
VIGÉSIMO: Declarar causados los honorarios de los árbitros y del secretario, por lo que se ordena realizar el pago del saldo en poder del Presidente del Tribunal.

VIGÉSIMO PRIMERO: Procédase por la Presidencia del Tribunal a elaborar y presentarle a las partes la cuenta final de gastos, ordenando la restitución de las sumas remanentes, si a ello hubiere lugar.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA - IDEA -
Vs.
ASFALTOS Y VIAS LTDA .

106

LOS ARBITROS


MARÍA CRISTINA DUQUE CORREA


JORGE PARRA BENITEZ


ANDRES VELASQUEZ G.

El Secretario


MATEO DUQUE FISHER

Nota de autenticación:

Los presentes 106 folios son fiel copia del laudo arbitral dictado el 5 de diciembre de 2012, dentro del arbitramento promovido por el INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA - IDEA en contra de ASFALTOS Y VIAS LTDA. Esta copia se destina para el Ministerio Público, para lo de su competencia.

Medellín, 05 de diciembre de 2012.


CENTRO DE CONCILIACIÓN, ARBITRAJE
Y AMIGABLE COMPOSICIÓN
CAMBIADE COMERCIO DE MEDELLÍN
PARA ANTIOQUIA

MATEO DUQUE FISHER

Secretario

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO PROMOVIDO POR EL INSTITUTO PARA EL
DESARROLLO DE ANTIOQUIA - IDEA - EN CONTRA DE ASFALTOS Y VIAS LTDA.**

AUDIENCIA DE LAUDO ARBITRAL

Medellín, cinco (05) de diciembre de dos mil doce (2012)

En la fecha mencionada, a las once y treinta de la mañana (11:30 a.m.), en el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, se constituyó en audiencia el Tribunal de Arbitramento integrado para resolver el litigio promovido por **INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA - IDEA** -, en contra de **ASFALTOS Y VIAS LTDA.**, con el fin de llevar a cabo audiencia de fallo arbitral.

Asistieron a la audiencia:

Por la parte convocante, **INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA - IDEA**: la apoderada **LUZ NATALIA ESCOBAR MARULANDA**.

Por la parte convocada, **ASFALTOS Y VIAS LTDA**: el representante legal **JORGE IVAN PASTOR ALVAREZ** y el apoderado **JUAN ESTEBAN SANIN GOMEZ**.

El secretario del Tribunal dio lectura de las consideraciones más relevantes del laudo y de su parte resolutive conforme a lo dispuesto por el artículo 154 del decreto 1818 de 1998.

Acto seguido, se les entregó las siguientes copias auténticas del presente laudo, así:

A la apoderada de la parte convocante, Luz Natalia Escobar Marulanda, copia auténtica.

Al apoderado de la convocada, Juan Esteban Sanín Gómez, primera copia que presta mérito ejecutivo.

Al Señor Agente del Ministerio Público, copia auténtica, para lo de su competencia.

El Señor secretario del Tribunal se encargará de llevar sendas copias, una, que presta mérito ejecutivo, destinado a la sala administrativa del CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA y, otra, copia auténtica con destino a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

A la Cámara de Comercio de Medellín, copia sin mérito ejecutivo.

El laudo arbitral expedido en la fecha queda notificado en estrados.

Finalmente, en el evento de que las partes presenten solicitudes de aclaración y complementación del laudo, las mismas serán resueltas en audiencia que se celebraría el día diecisiete (17) de diciembre a las 08:00 A.M.

Lo decidido quedó notificado en estrados.

Agotado el objeto de la audiencia, se declaró cerrada a las 12:05 p.m. y se firma por los que en ella intervinieron.

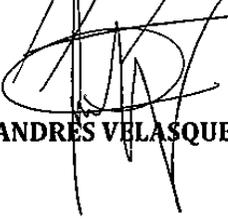
LOS ARBITROS



MARÍA CRISTINA DUQUE CORREA



JORGE PARRA BENITEZ



ANDRÉS VELÁSQUEZ G.

Por la parte convocante, INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA -
IDEA:

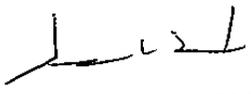


LUZ NATALIA ESCOBAR MARULANDA
Apoderada

Por la parte convocada, ASFALTOS Y VIAS LTDA:



JORGE IVAN PASTOR ALVAREZ
Representante Legal



JUAN ESTEBAN SANIN GOMEZ
Apoderado

El Secretario



MATEO DUQUE FISHER