

**TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO**

**INVERSIONES INCA S. A.**

**CONTRA**

**TERMOEMCALI I S. C. A E. S. P.**

**LAUDO ARBITRAL**

Santiago de Cali, veintitrés (23) de Diciembre de dos mil tres (2003).

Agotado el trámite legal que regula el proceso arbitral, no existiendo causal que dé lugar a declarar la nulidad de lo actuado, procede este Tribunal a resolver en derecho las pretensiones formuladas en la solicitud de convocatoria - demanda arbitral, así como las excepciones de mérito

propuestas en el escrito de contestación de la demanda, mediante el presente Laudo que pondrá fin al proceso arbitral promovido por la sociedad **INVERSIONES INCA S.A.**, como convocante, contra **TERMOEMCALI I S. C. A. E. S. P.**, como convocada, y **CORPORACIÓN FINANCIERA DEL PACÍFICO S.A.**, **CORFIPACÍFICO S.A.**, **EN LIQUIDACIÓN**, en su calidad de litisconsorte necesaria por pasiva.

## **CAPÍTULO I**

### **ANTECEDENTES**

#### **1.1 SOLICITUD DE INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO.**

El nueve (9) de Febrero de 2003, la sociedad **INVERSIONES INCA S.A.**, a través de apoderado judicial, presentó ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, solicitud de convocatoria de un Tribunal de Arbitramento para que

dirimiera las diferencias surgidas con la sociedad **TERMOEMCALI I S. C. A. E. S. P.**, la primera en su calidad de accionista de la segunda, en virtud de pacto arbitral contenido en los estatutos sociales de la sociedad demandada.

## **1.2 EL PACTO ARBITRAL.**

En la cláusula quincuagésima quinta del estatuto social de **TERMOEMCALI I S. C. A. E. S. P.**, se estableció el pacto arbitral, cuyo texto es el siguiente:

“ARTÍCULO QUINCUAGÉSIMO QUINTO.- CLÁUSULA COMPROMISORIA “Arbitramento: Todas las diferencias que surjan bajo estos estatutos o cualquier diferencia que se presente entre los socios y la sociedad por su condición de tales y por razón del contrato social y que no hayan sido subsanadas o resueltas amigablemente, serán resueltas mediante arbitramento. Excepto por lo previsto en el párrafo de esta cláusula, una acción de Arbitramento entablada por cualquiera de las partes será resuelta por un Tribunal de Arbitramento designado por la Junta Directiva de la Cámara de Comercio de Cali de la lista de árbitros del centro para Arbitramento Comercial y Conciliación de dicha Cámara de

Comercio. El Tribunal de Arbitramento estará sujeto al Código de Procedimiento Civil y al Código de Comercio de Colombia y deberá cumplir con las siguientes normas: a) El Tribunal estará conformado por tres (3) árbitros. b) La organización interna del Tribunal estará sujeta a las reglas del Centro para Arbitramento Comercial y Conciliación de la Cámara de Comercio. C) El Tribunal decidirá en derecho. d) El Tribunal sesionará en Cali en el Centro de Arbitramento Comercial y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cali. La decisión de los árbitros será exclusivamente la manera de decidir en forma definitiva cualesquiera demandas, contrademandas, asuntos o cuentas presentados a los árbitros. **PARÁGRAFO:** Cuando se trate de resolver la controversia a que se refiere el parágrafo segundo del artículo trigésimo noveno (relativa a contratos EPC – Ingeniería, adquisición y construcción), el Gerente remitirá el asunto a un Tribunal de arbitramento internacional compuesto por tres (3) miembros que tengan experiencia en laudos relacionados con contratos de Ingeniería, adquisición y construcción en materia de desarrollo de proyectos de generación de energía eléctrica, el cual sesionará en la ciudad de Miami, Florida, de conformidad con las reglas de arbitramento internacional de la Cámara de Comercio Internacional. Si los socios gestores no se ponen de

acuerdo sobre los árbitros dentro de los cinco (5) días siguientes a la solicitud de arbitramento, los árbitros serán seleccionados por la Cámara de Comercio Internacional.”

### **1.3                    CONSTITUCIÓN    DEL    TRIBUNAL    DE ARBITRAMIENTO Y PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE.**

La Directora del Centro de Conciliación y Arbitraje, dando cumplimiento a lo estipulado por las partes en el pacto arbitral, requirió a la Junta Directiva de la Cámara de Comercio de Cali, para que procediera a designar a los árbitros, habiendo sido nombrados los doctores Iván Ramírez Württemberger, José Félix Escobar Escobar y Flavio Delgado Rivera, quienes aceptaron en tiempo la designación.

Posteriormente, la señora Directora del Centro de Conciliación y Arbitraje fijó el día nueve (9) de Abril de 2003 a las 10:00 a.m. para llevar a cabo la audiencia de instalación del Tribunal de Arbitramento. En la referida audiencia, se eligió como Presidente a Iván Ramírez Württemberger y se designó como Secretario a Luis Miguel

Montalvo Pontón. Se señalaron los honorarios de los árbitros y del secretario así como los gastos del Tribunal, conforme a las tarifas establecidas por el mencionado Centro de Conciliación y Arbitraje, fijando como sede del Tribunal la del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali.

El Tribunal de arbitramento, una vez instalado y habiendo la parte convocante cumplido con la carga procesal de la consignación, dio inicio a la primera audiencia de trámite, se declaró competente para conocer de las diferencias planteadas por la sociedad convocante en su escrito de demanda y admitió la demanda o solicitud de convocatoria del Tribunal de Arbitramento presentada por la sociedad **INVERSIONES INCA S.A.**, a través de auto No. 2 del dieciséis (16) de Mayo de 2003, y ordenó la notificación de la solicitud - demanda arbitral a la parte convocada, diligencia que se surtió el dieciséis (16) de Mayo de 2003, habiendo sido contestada el treinta (30) de Mayo de 2003.

La convocada en la contestación a la demanda propuso excepciones de mérito, solicitó llamamiento en garantía o

la integración del litis consorcio necesario con la sociedad  
**CORPORACIÓN FINANCIERA DEL PACÍFICO S.A.,  
CORFIPACÍFICO, EN LIQUIDACIÓN.**

Por auto No. 4 del diez (10) de Junio de 2003, el Tribunal resolvió lo del llamamiento en garantía declarando inadmisibile la petición, quedando pendiente el resolver sobre la integración del contradictorio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil.

Con posterioridad y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 141 del Decreto 1818 de 1998, el Tribunal citó a las partes a audiencia de conciliación, audiencia que se llevó a cabo el veinticuatro (24) de Junio de 2003, sin que las partes llegaran a un acuerdo, declarándose fracasada. En la misma audiencia y por considerarlo procedente, el Tribunal en auto No. 7 del veinticuatro (24) de Junio de 2003 abrió a pruebas el proceso, e igualmente declaró culminada la primera audiencia de trámite en esta misma fecha a través de auto No. 9.

## **2.2 LA DEMANDA.**

### **2.2.1 HECHOS DE LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN.**

La sociedad convocante presentó sus pretensiones, frente a lo cual la sociedad convocada aceptó como ciertos los hechos 1, 2, 13 y 16, como parcialmente ciertos los hechos 17 y 18, negó los hechos 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 15, 19, 20, 21 y 22, y manifestó que no le constan los hechos 7, 12 y 14.

### **2.2.2 PRETENSIONES DE LA DEMANDA.**

En la demanda la parte convocante solicita se efectúen las siguientes declaraciones y condenas:

### **2.2.3 PRETENSIONES DECLARATIVAS PRINCIPALES.**

1ª) Que se declare que **TERMOEMCALI I S. C. A. E. S. P.** y **PACÍFICO COMPAÑÍA DE INVERSIONES S.A.** (hoy

**INVERSIONES INCA S.A.**) celebraron el veinticuatro (24) de Julio de 1998 un contrato de suscripción de acciones por medio del cual la segunda suscribió ciento cinco mil trescientas setenta y seis (105.376) acciones de la primera a un valor total de nueve coma cinco nueve siete siete ocho dólares (US\$9,59778) por acción para un total de un millón once mil trescientos setenta y cinco dólares de los Estados Unidos de América con sesenta y seis centavos de dólar (US\$1`011.375,66).

2ª) Que en cumplimiento del contrato de suscripción de acciones, **PACÍFICO COMPAÑÍA DE INVERSIONES S.A.** (hoy **INVERSIONES INCA S.A.**) pagó a **TERMOEMCALI I S. C. A. E. S. P.** el valor de las mismas en cuatro (4) instalamentos, uno de ellos en la etapa precontractual, así: el diecisiete (17) de Julio, el cinco (5) de Octubre, el veintiocho (28) de Octubre y el treinta (30) de Noviembre de 1998.

3ª) Que se declare que **TERMOEMCALI I S. C. A. E. S. P.** incumplió el contrato de suscripción de acciones, al no expedir el título representativo de las ciento cinco mil trescientas setenta y seis (105.376) acciones a nombre de **PACÍFICO COMPAÑÍA DE INVERSIONES S.A.** (hoy **INVERSIONES INCA S.A.**).

**4ª)** Que se declare que **TERMOEMCALI I S. C. A. E. S. P.** ha incurrido en mora en su obligación de expedir el título representativo de las ciento cinco mil trescientas setenta y seis (105.376) acciones a nombre de **PACÍFICO COMPAÑÍA DE INVERSIONES S.A.** (hoy **INVERSIONES INCA S.A.**) desde el quince (15) de Enero de 1999, es decir treinta (30) días hábiles después de efectuado el último pago de las ciento cinco mil trescientas setenta y seis (105.376) acciones de que trata esta demanda, de conformidad con lo previsto en el artículo 399 del Código de Comercio.

**5ª)** Que en virtud del artículo 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio, se declare resuelto por incumplimiento el contrato de suscripción de acciones por medio del cual la sociedad **INVERSIONES INCA S.A.** suscribió ciento cinco mil trescientas setenta y seis (105.376) acciones de **TERMOEMCALI I S.C.A. E.S.P.**

**6ª)** Que como consecuencia de la prosperidad de la pretensión quinta principal, se declare que **TERMOEMCALI I S. C. A. E. S. P.** está obligada restituir a **INVERSIONES INCA S.A.** la cantidad de dinero que ésta última pagó a la primera para adquirir las acciones, es decir, el equivalente en pesos colombianos a un millón once mil

trescientos setenta y cinco dólares de los Estados Unidos de América con sesenta y seis centavos de dólar (US\$1'011.375,66), liquidados a la Tasa Representativa del Mercado (TRM) del quince (15) de Enero de 1999 y certificada por la Superintendencia Bancaria para dicha fecha.

**7ª)** Que como consecuencia de la prosperidad de la pretensión quinta principal, se declare que **TERMOEMCALI I S. C. A. E. S. P.** está obligada a pagar a **INVERSIONES INCA S.A.** intereses comerciales corrientes liquidados desde el quince (15) de Enero de 1999 hasta la fecha de presentación de esta convocatoria arbitral y moratorios desde dicha fecha hasta el momento del pago a la máxima tasa permitida por la ley. Estos intereses se liquidarán sobre el equivalente en pesos colombianos a un millón once mil trescientos setenta y cinco dólares de los Estados Unidos de América con sesenta y seis centavos de dólar (US\$1'011.375,66), liquidados a la Tasa Representativa del Mercado (TRM) del quince (15) de Enero de 1999 y certificada por la Superintendencia Bancaria para dicha fecha.

**8ª)** Que como consecuencia de la prosperidad de la pretensión quinta y séptima principal, se declare que **TERMOEMCALI I S. C. A. E. S. P.** está obligada a cancelar a **INVERSIONES INCA S.A.** a

título de indemnización, intereses sobre intereses en la forma prevista por el artículo 886 del Código de Comercio, sin exceder del máximo permitido por la ley, a partir de la presentación de esta demanda y hasta el momento del pago.

**9ª)** Que se condene a **TERMOEMCALI I S. C. A. E. S. P.** al pago de las costas y las agencias en derecho.

### **PRETENSIONES SUBSIDIARIAS.**

Para el hipotético pero no probable evento de que el Tribunal de Arbitramento encuentre que las pretensiones principales número 5ª, 6ª, 7ª, y 8ª, son imprósperas y de acuerdo con lo expresado por la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia del diez (10) de Diciembre de 1990, en Sala de Casación Civil, con ponencia del magistrado Héctor Marín Naranjo, se solicita subsidiariamente:

**1ª)** Que se ordene a **TERMOEMCALI I S. C. A. E. S. P.** expedir a favor de **INVERSIONES INCA S.A.** y registrar en el libro de accionistas de esa sociedad, el título representativo de las ciento cinco mil trescientas setenta y seis ( 105.376) acciones suscritas y pagadas por la segunda a la primera.

**2ª)** Que se declare a **TERMOEMCALI I S. C. A. E. S. P.** civilmente responsable de los perjuicios causados a **INVERSIONES INCA S.A.** por la mora en el cumplimiento de la obligación de expedir el título de las ciento cinco mil trescientas setenta y seis (105.376) acciones suscritas y pagadas por esta última.

**3ª)** Que como consecuencia de la prosperidad de la segunda pretensión subsidiaria, se condene a **TERMOEMCALI I S. C. A. E. S. P.** a pagar a **INVERSIONES INCA S.A.** los perjuicios que se demuestren en el arbitramento, los cuales se estiman en no menos de doscientos cincuenta millones de pesos (\$250'000.000).

#### **2.2.4 EXCEPCIONES DE MÉRITO PROPUESTAS POR LA CONVOCADA.**

La sociedad **TERMOEMCALI I S.C.A E.S.P.**, en su condición de demandada dentro del proceso arbitral, se opuso a todas y cada una de las pretensiones propuestas por la sociedad convocante presentando como razones de su oposición las que denominó así:

a) **INCA:** Filial de **CORFIPACÍFICO.**

b) El contrato de suscripción de acciones se perfeccionó con **CORPORACIÓN FINANCIERA DEL PACÍFICO S.A.**

En desarrollo de lo expuesto, propuso las siguientes excepciones de mérito que denominó así:

- a) **TERMOEMCALI** cumplió el contrato de suscripción de acciones. Pago válido.
- b) Inexistencia o nulidad de la cesión del derecho de suscripción.
- c) Inoponibilidad de la cesión del derecho de suscripción por inexistencia de notificación – Fecha cierta.
- d) Pago válido de un tercero. Inexistencia de aceptación tácita de **TERMOEMCALI** a la supuesta cesión.
- e) Nulidad de la cesión del derecho de suscripción de las acciones.
- f) Control conjunto de **INCA** y **CORFIPACÍFICO** para la época de la supuesta cesión: Indicio grave en su contra.

La convocada **TERMOEMCALI I S.C.A E.S.P.** no presentó demanda de reconvención.

### **2.2.5 DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA A CARGO DE CORFIPACÍFICO EN SU CONDICIÓN DE LITIS CONSORTE NECESARIA POR PASIVA.**

**CORFIPACÍFICO S.A., EN LIQUIDACIÓN**, contestó la demanda en tiempo, teniendo como ciertos los hechos 1º y 2º de la demanda; respecto de los demás hechos manifestó que no le constaban y frente a las pretensiones no propuso excepciones de fondo, e indicó que las declaraciones que con ellas se pretendía no la vinculaban.

**CORFIPACÍFICO S.A., EN LIQUIDACIÓN** no presentó demanda de reconvención.

## **CAPÍTULO III**

### **DECRETO Y PRÁCTICA DE LAS PRUEBAS**

El Tribunal procedió a abrir a pruebas el proceso y a decretar las oportunamente solicitadas por las partes mediante auto No. 07 del veinticuatro (24) de Junio de

2003, auto que no fue objeto de recurso. Las pruebas decretadas y practicadas se relacionan a continuación:

### **3.1 DOCUMENTALES.**

Se ordenó dar el valor asignado por la ley a todos los documentos aportados por la convocante con el escrito de demanda inicial, e igual se ordenó con los documentos aportados por la convocada con el escrito de contestación a la demanda.

### **3.2 TESTIMONIOS.**

En cuanto a la prueba testimonial solicitada por el apoderado de la convocante se decretó la recepción de las declaraciones de Néstor Humberto Martínez Neira y Luis Alfonso Mora Tejada. Así mismo se decretó la recepción de los testimonios solicitados por el apoderado de la convocada: Sonia Margarita Urueña y Jaime Herrera Rodríguez; y a solicitud de ambas partes decretó el testimonio de Rafael Parra Rodríguez, Álvaro José Lloreda Caicedo, Álvaro Guerrero Caldas, Rodolfo Sandoval Sandoval y Diana Young Torres.

Con posterioridad el apoderado de la parte convocante desistió de la recepción de los testimonios de Luis Alfonso Mora Tejada y Néstor Humberto Martínez Neira, desistimiento que fue aceptado por el Tribunal.

Los restantes testimonios decretados fueron recepcionados en la oportunidad señalada para ello.

### **3.3 OFICIOS.**

Por secretaría se libraron los oficios pedidos por las partes, los cuales se detallan a continuación, solicitudes que fueron atendidas por los destinatarios y obran en el expediente debidamente legajadas en los cuadernos de pruebas.

- a) Al Banco Lloyds Bank para que certifique (i) si los días diecisiete (17) de Julio, cinco (5) de Octubre, veintiocho (28) de Octubre y treinta (30) de Noviembre de 1998, recibió orden de expedir cheques de gerencia por valor de cuatrocientos noventa y nueve millones cuatrocientos treinta y tres mil setecientos seis pesos (\$499.433.706.00),

Novecientos seis millones quinientos treinta mil quinientos setenta y ocho pesos con cincuenta centavos (\$ 906.530.578.50), Cincuenta y cuatro millones ciento noventa y cuatro mil setecientos setenta y dos pesos con 12 centavos (\$54.194.762.12), y Sesenta y dos millones treinta y ocho mil trescientos sesenta y ocho pesos (\$62.038.368.00) respectivamente; (ii) Si se expidieron efectivamente esos cheques; (iii) En caso afirmativo, por solicitud de quién y con fondos de quién fueron expedidos esos cheques? (iv) En qué cuenta fueron pagados y consignados esos cheques y (v) Que remita copia auténtica o de microfilme de los cheques de gerencia que se mencionan en este medio de prueba.

b) A la fiduciaria Lloyds Trust para que remita copia del contrato de fiducia que dio origen al Fideicomiso TERMOEMCALI I S.C.A E.S.P. EQUITY TRUST. Al señor secretario de **TERMOEMCALI I S. C. A. E. S. P.** para que certifique si en el Libro de Registro de Accionistas de esa compañía aparece inscrita como accionista **INVERSIONES INCA S.A.** con setenta y ocho mil cuatrocientas siete (78.407) acciones.

c) Al señor secretario de **TERMOEMCALI I S. C. A. E. S. P.** para que certifique si en el libro de registro de accionistas de

esa compañía aparece inscrita como accionista **INVERSIONES INCA S.A.** con setenta y ocho mil cuatrocientas siete (78.407) acciones; para que remita con destino a esta actuación copia auténtica del folio del Libro de Registro de Accionistas de esa compañía, en el cual aparece inscrita como accionista **INVERSIONES INCA S.A.** con setenta y ocho mil cuatrocientas siete (78.407) acciones; para que remita con destino a esta actuación copia auténtica del título 0041 a nombre de **INVERSIONES INCA S.A.** representativo de setenta y ocho mil cuatrocientas siete (78.407) acciones de **TERMOEMCALI I S. C. A. E. S. P.**

d) Al señor representante legal de **TERMOEMCALI I S. C. A. E. S. P.** para que remita con destino a esta actuación copia auténtica del acuerdo de accionistas de **TERMOEMCALI I S. C. A. E. S. P.** suscrito el veinte (20) de Diciembre de 1996, por medio del cual se definió la estructura financiera del proyecto, incluyendo compromisos de capitalización en la referida sociedad y particularmente que a la **CORPORACIÓN FINANCIERA DEL PACÍFICO S.A.** le correspondería un tres por ciento (3% ); para que remita con destino a esta actuación copia auténtica del documento privado suscrito el cuatro (4) de Febrero de 1997 por los accionistas de esa compañía y en

virtud del cual se reformó el acuerdo de accionistas del veinte (20) de Diciembre de 1996; para que remita con destino a esta actuación copia auténtica del Acta # 12 de la Asamblea General Ordinaria de Accionistas de **TERMOEMCALI I S. C. A. E. S. P.** realizada el treinta y uno (31) de Marzo de 1998 en las oficinas de la compañía en Cali.

e) A **TERMOEMCALI I S. C. A. E. S. P.** para que remita copia auténtica del acta de asamblea ordinaria de accionistas número 15, correspondiente a la reunión del treinta y uno (31) de Marzo de 2000.

f) Al liquidador de la **CORPORACIÓN FINANCIERA DEL PACÍFICO S.A.** para que remita con destino a esta actuación, copia auténtica del Acta # 102 de la Junta Directiva de esa financiera, realizada el veintitrés (23) de Junio de 1998; así mismo para que certifique si el título 0036 representativo de ciento cinco mil trescientas setenta y seis (105.376) acciones de **TERMOEMCALI I S. C. A. E. S. P.** estaba incluido en la contabilidad ( dentro de los activos) de esa entidad financiera al momento de iniciar la liquidación; para que envíe copia auténtica de la Resolución # 003 de 1999 expedida el veinticuatro (24) de Noviembre de 1999 en la que esa

liquidación procede a aceptar los avalúos técnicos comerciales de inventario de activos de esa entidad; para que envíe copia simple de la Resolución # 107 del cuatro (4) de Mayo de 2000, por la que esa liquidación adicionó la Resolución # 003 del veinticuatro (24) de Noviembre de 1999 referente a la inclusión en el activo de la liquidación de ciento cinco mil trescientas setenta y seis (105.376) acciones.

g) A la Superintendencia Bancaria para que certifique cuál era la Tasa Representativa del Mercado (TRM) el quince (15) de Enero de 1999.

h) A la Cámara de Comercio de Cali, para que certifique (i) quiénes han ostentado la calidad de representantes legales, principales y suplentes de **INVERSIONES INCA S.A.**, desde la fecha de su constitución, (ii) quiénes han ostentado la calidad de miembros principales y suplentes de la Junta Directiva de **INVERSIONES INCA S.A.** desde la fecha de su constitución, (iii) cuáles han sido las direcciones comerciales de **INVERSIONES INCA S.A.** desde su constitución, (iv) cuáles han sido las direcciones de notificación judicial de **INVERSIONES INCA S.A.** desde su constitución, y (v) si en

relación con **INCA** aparece registrada una situación de control o de grupo empresarial indicando cuál, en caso afirmativo.

i) A la Cámara de Comercio de Cali, para que certifique (i) quiénes han ostentado la calidad de representantes legales, principales y suplentes de **CORPORACIÓN FINANCIERA DEL PACÍFICO S.A.** (hoy en Liquidación), desde el cinco (5) de Junio de 1998, (ii) quiénes han ostentado la calidad de miembros principales y suplentes de la Junta Directiva de **CORPORACIÓN FINANCIERA DEL PACÍFICO S.A.** (hoy en Liquidación), desde el cinco (5) de Junio de 1998, (iii) cuáles han sido las direcciones comerciales de la **CORPORACIÓN FINANCIERA DEL PACÍFICO S.A.** (hoy en Liquidación), desde el cinco (5) de Junio de 1998, y (iv) cuáles han sido las direcciones de notificación judicial de **CORPORACIÓN FINANCIERA DEL PACÍFICO S.A.** (hoy en Liquidación), desde el cinco (5) de Junio de 1998.

j) Al representante legal de **CORPORACIÓN FINANCIERA DEL PACÍFICO S.A.** (hoy en Liquidación), para que con destino a esta actuación remita (i) copia auténtica del libro de registro de Acciones de esa sociedad, (ii) original o copia auténtica de la carta expedida el trece (13) de Julio de 1998 por Bankers

Trust Company, dirigida a **CORFIPACÍFICO**, en virtud de la cual se le notifica que debe hacer un aporte por US\$362.765.45 (Prueba Documental C-1.6), (ii) original o copia auténtica de la carta de fecha veintinueve (29) de Septiembre de 1998, dirigida por Bankers Trust Company a **CORFIPACÍFICO** notificándole la obligación de realizar un aporte de capital por US\$574.131.44 (Prueba 88 Documental C-1.10), (iii) original o copia auténtica de la carta de fecha veinte (20) de Noviembre de 1998, mediante la cual Bankers Trust Company notifica a **CORFIPACÍFICO** su obligación de hacer un aporte de capital por US\$40.099.52 en Noviembre treinta (30) de 1998 (Prueba Documental C-1.16), (iv) original o copia auténtica de la carta de fecha diecisiete (17) de Julio de 1998, dirigida por FIDUANGLO a **CORFIPACÍFICO** suministrando las instrucciones para realizar el aporte de capital requerido por el Agente Colateral (Prueba Documental C-1.7), (v) original o copia auténtica de la carta de fecha veintiocho (28) de Octubre de 1998 de FIDUANGLO mediante la cual se le informa a **CORFIPACÍFICO** las instrucciones para el pago de su aporte de capital (Prueba Documental C-1.13), (vi) copia auténtica del título No. 0000036 (Prueba Documental C-1.18) y copia certificada de la comunicación GL- 000137 fechada veintiuno (21) de Enero de 2000,

(Prueba Documental C- 1.23) y de la comunicación GL-000122 fechada diecinueve (19) de Enero de 2000 (Prueba documental C- 1.22).

k) A Bankers Trust Company, Four Albany Street, New York, New York 10006, Atn. Fiducia Corporativa y Grupo de Agencia, para que remita con destino a esta actuación, copia auténtica o certificada de (i) el acuerdo de accionistas enmendado y modificado de fecha veinte (20) de Diciembre de 1996, (ii) el contrato de aporte de capital suscrito el cuatro (4) de Febrero de 1997, (iii) el Sponsor Equity Agreement fechado Febrero siete (7) de 1997, enmendado el veintisiete (27) de Marzo de 1997, y (iv) de la carta de crédito No. SM5-0103638-97 otorgada por la **CORPORACIÓN FINANCIERA DEL PACÍFICO S.A.** hoy en liquidación.

l) A Lloyds Trust para que certifique si (i) mediante carta de fecha primero (1º) de Julio de 1998, el socio gestor de **TERMOEMCALI JMC Cauca Valley Inc.** informó a **CORFIPACÍFICO** la necesidad de hacer un aporte de capital, (ii) mediante carta del trece (13) de Julio de 1998, Bankers Trust Company notificó a **CORFIPACÍFICO** su obligación de hacer un aporte de Capital a **TERMOEMCALI** por

US\$362.765.45, (iii) mediante carta de fecha diecisiete (17) de Julio de 1998, FIDUANGLO suministró a **CORFIPACÍFICO** las instrucciones para realizar el aporte de capital requerido por el Agente Colateral, (iv) mediante carta de fecha diecisiete (17) de Julio de 1998, FIDUANGLO informó a Bankers Trust Company la recepción del aporte de capital efectuado por **CORFIPACÍFICO**, (v) mediante carta de fecha veintinueve (29) de Septiembre de 1998, Bankers Trust Company notificó a **CORFIPACÍFICO** su obligación de realizar un aporte de capital por US\$574.131.44., (vi) mediante carta de fecha cinco (5) de Octubre de 1998, FIDUANGLO informó a Bankers Trust Company la recepción del aporte de capital efectuado por **CORFIPACÍFICO**, (vii) mediante carta de fecha veintinueve (29) de Octubre de 1998, FIDUANGLO suministró a **CORFIPACÍFICO** instrucciones para el pago de su aporte de capital a **TERMOEMCALI**, (viii) mediante facsímil de fecha veintiocho (28) de Octubre enviado por **CORFIPACÍFICO**, en papelería de **CORFIPACÍFICO**, esta entidad informó a FIDUANGLO consignación de aporte de capital a **TERMOEMCALI**, adjuntando el correspondiente comprobante de consignación, (ix) mediante carta de fecha veintiocho (28) de Octubre de 1998, FIDUANGLO informó a Bankers Trust Company la recepción del aporte de capital de

CORFIPACÍFICO, (x) mediante carta de fecha 20 de Noviembre de 1998, Bankers Trust Company notificó a CORFIPACÍFICO su obligación de hacer un aporte de capital a TERMOEMCALI por US\$40.099.52, y (xi) remitir a Lloyds Trust, copias simples de Pacífico S.A. (hoy en Liquidación) los documentos indicados en los numerales 1.5, 1.6, 1.7, 1.9, 3, 10, 1.12, 3, 1.14, 15 y 1.16, del capítulo de pruebas para que informe si estas comunicaciones corresponden a las que se mencionan en los ordinales anteriores o, en caso contrario, se anexen copias de aquéllas, tomadas de las que reposan en sus archivos.

#### **3.4 INTERROGATORIO DE PARTE.**

A solicitud de la convocante el Tribunal ordenó recibir el interrogatorio de parte de la Gerente de **TERMOEMCALI I S.C.A E.S.P.** y a solicitud de la convocada el interrogatorio de parte del representante legal de la sociedad **INVERSIONES INCA S.A.**, diligencias que fueron cumplidas en las fechas señaladas.

#### **3.5 DICTAMEN PERICIAL.**

El Tribunal decretó la práctica de la prueba pericial solicitada por las partes. Para llevar a cabo la experticia ordenada se designó a los señores Jorge Enrique Gálvez Velásquez y Alfonso Ramírez Salcedo, quienes aceptaron la designación y tomaron posesión de sus cargos.

A los peritos se les ordenó dictaminar acerca de los puntos sometidos a examen conforme al siguiente cuestionario:

- a) ¿Cuál es el valor presente neto del dinero pagado en 1998 por **INVERSIONES INCA S.A.** a la sociedad **TERMOEMCALI I. S. C. A. E. S. P.?**
  
- b) ¿Cuál es el costo de oportunidad del dinero antes mencionado, es decir, cuál es el rendimiento que ese dinero hubiera podido producir a lo largo del tiempo que ha transcurrido desde el pago hasta la presentación de esta demanda?
  
- c) ¿Cuál es el valor de los gastos en que ha debido incurrir **INVERSIONES INCA S.A.** para obtener la restitución del dinero o la expedición de su título correspondiente a las

ciento cinco mil trescientas setenta y seis (105.376) acciones de **TERMOEMCALI I S. C. A. E. S. P.**?

d) ¿Cuál es el valor comercial y cuál el valor intrínseco que tenían las acciones de **TERMOEMCALI I S. C. A. E. S. P.** al momento en que **INVERSIONES INCA S.A.** celebró el contrato de suscripción de acciones a que se refiere esta demanda y cuál es el valor comercial e intrínseco que tienen esas mismas acciones al momento de presentarse esta demanda?

e) ¿Cuál es el monto de los dividendos que ha debido recibir **INVERSIONES INCA S.A.** por las acciones que suscribió y no recibió, desde el momento en que se celebró el contrato de suscripción de acciones hasta la fecha de presentación de esta demanda?

f) ¿Cuál es el valor de los rendimientos económicos que habría percibido **INVERSIONES INCA S.A.**, en relación con los dividendos no recibidos si estos se hubieran pagado oportunamente?

g) Cuantificar el monto de los presuntos perjuicios totales sufridos por la convocante, al no haber recibido oportunamente los títulos de las acciones adquiridas en virtud del contrato de suscripción de acciones a que se refiere esta demanda y al no haber sido inscrito en el Libro de Registro de Accionistas.

El señor apoderado de la parte convocada adicionó el cuestionario presentado por la parte convocante en la oportunidad procesal respectiva.

Los peritos presentaron en tiempo su experticia, de la que se corrió traslado a las partes mediante Auto No. 28 del nueve (9) de Octubre de 2003. Estando en término la parte convocada solicitó aclaración y complementación de los puntos materia de los dictámenes. La solicitud fue resuelta por el Tribunal en Auto No. 31 del trece (13) de Noviembre de 2003 que ordenó a los peritos proceder a aclarar y complementar su dictamen respecto de los puntos solicitados. De los escritos de aclaración y complementación se corrió nuevo traslado en Auto No. 32 del veinticuatro (24) de Noviembre de 2003.

Dentro del término de traslado el apoderado de la convocada, junto con el apoderado de la litis consorte por pasiva, **CORFIPACÍFICO S.A.**, en liquidación, presentaron escrito de objeción por error grave al dictamen rendido.

### **3.6 INSPECCIÓN JUDICIAL CON EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS.**

El Tribunal ordenó mediante Auto No. 7 del veinticuatro (24) de Junio de 2003 la práctica de una diligencia de inspección judicial con exhibición de documentos solicitada por las parte convocante en el escrito de demanda, diligencia que se llevó a cabo en las oficinas de **INVERSIONES INCA S.A.** En la diligencia se exhibieron los documentos requeridos por las partes y se allegaron con destino al expediente copias de los que aparecen relacionados en la grabación magnetofónica de la diligencia realizada de acuerdo con lo autorizado por el artículo 109 del C. P. C.

### **3.7 EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS.**

El Tribunal, en auto que abrió a pruebas el proceso, decretó la exhibición de documentos solicitada por la parte convocada. Ésta se llevó a cabo en la sede de Empresas Municipales de Cali, EMCALI. De la práctica de esta diligencia da cuenta el acta No. 12 del veinticinco (25) de Julio de 2003.

### **3.8 RECONOCIMIENTO DE DOCUMENTOS.**

El Tribunal decretó en el auto de pruebas el reconocimiento de documentos de las personas requeridas tanto por la parte convocante como por la convocada, siendo éstas:

Jaime Herrera Rodríguez, Carlos Alberto Correa Cadavid, Álvaro Guerrero Caldas, Rodolfo Sandoval Sandoval, Piedad Saavedra Sanclemente, Diana Young Torres, Álvaro José Lloreda Caicedo y Rafael Parra Rodríguez.

La práctica de la prueba se adelantó en la fecha fijada para la recepción de las declaraciones de quienes tenían a la vez calidad de testigos y representante legal de las sociedades.

### **3.9 PRUEBAS PEDIDAS POR CORFIPACÍFICO S.A., EN LIQUIDACIÓN, EN SU CONDICIÓN DE LITISCONSORTE POR PASIVA.**

El Tribunal le otorgó el carácter de prueba a los documentos aportados por la sociedad **CORFIPACÍFICO S.A.** en Liquidación, sin que esta sociedad hubiere solicitado prueba adicional en su escrito de contestación a la demanda arbitral.

### **3.10 PRUEBAS DE OFICIO.**

El Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 179 del Código de Procedimiento Civil, adicionó el cuestionario propuesto a los señores peritos, y ordenó oficiar a la señora representante legal de la sociedad **CORPORACIÓN FINANCIERA DEL PACÍFICO S.A.**, en liquidación, para que se allegaran al proceso varios documentos.

Todos los documentos requeridos fueron allegados oportunamente al proceso, con excepción de los documentos solicitados al señor Registrador del Estado Civil, que fueron aportados voluntariamente por el señor apoderado de la sociedad convocante.

Una vez verificado que todas las pruebas decretadas y no desistidas por las partes habían sido practicadas, el Tribunal declaró cerrado el debate probatorio como consta en el Auto No. 34 de Diciembre diecisiete (17) de 2003.

#### **CAPÍTULO IV**

##### **ALEGACIONES DE LAS PARTES**

Agotada la etapa de pruebas y por ende la instrucción del proceso, se adelantó la audiencia de alegaciones el día diecisiete (17) de Diciembre de 2003. En la referida audiencia se le otorgó el uso de la palabra a cada uno de los apoderados de las partes para alegar de conclusión, con las advertencias legales, y se agregaron al expediente los escritos presentados por ellos.

Finalmente, el Tribunal fijó como fecha para expedición del laudo el veintitrés (23) de Diciembre de 2003 a las 9:00 a.m., en el lugar determinado como de funcionamiento del Tribunal.

## **CAPÍTULO V**

### **DURACIÓN DEL PROCESO**

Al no haberse fijado en el pacto arbitral término de duración del proceso, éste se determinó en seis (6) meses contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite, adicionado con los días en que por causas legales fuere interrumpido o suspendido el proceso, acorde con lo consignado en el artículo 19 del Decreto 2279 de 1989, modificado por el artículo 103 de la Ley 23 de 1991.

Los apoderados de las partes de común acuerdo solicitaron la suspensión del proceso, de conformidad con lo previsto en el numeral 3º del artículo 170 del Código de

Procedimiento Civil, así: del veintitrés (23) de Septiembre de 2003 hasta el seis (6) de Octubre del mismo año inclusive. Igualmente, de acuerdo con la ley procesal, el trámite arbitral se suspendió al integrarse el contradictorio por el término de diez (10) días hábiles. Por tanto, el proceso estuvo suspendido veintisiete (27) días calendario, los cuales se tomaron en cuenta para efectos de contabilizar el término concedido por la ley a este Tribunal para resolver, contados desde la finalización de la primera audiencia de trámite ocurrida el veinticuatro (24) de Junio de 2003, venciendo en consecuencia el plazo el veinte (20) de Enero de 2004. Por consiguiente, se encuentra el Tribunal dentro del término previsto por la ley para pronunciar el presente Laudo.

## **CAPÍTULO VI**

### **PRESUPUESTOS PROCESALES**

Tanto la doctrina como la Jurisprudencia han considerado los presupuestos procesales como aquellos requisitos necesarios para

la integración de la relación Jurídico procesal, el profesor Giuseppe Chiovenda definió los presupuestos procesales como "*Las condiciones para que se consiga un pronunciamiento cualquiera favorable o desfavorable sobre la demanda*" (Giuseppe Chiovenda, "Instituciones de Derecho Procesal Civil", Volumen I, pag. 77, Editorial Revista Derecho Privado, Madrid, 1.954).

Es así como este Tribunal, una vez estudiados los presupuestos procesales, considera que éstos se han dado *ab initio*. En efecto, la capacidad para ser parte, la capacidad procesal, la competencia del fallador, la demanda en forma y el trámite adecuado, son los presupuestos que fueron tenidos en cuenta por el Tribunal para asumir competencia.

### **PRESUPUESTOS MATERIALES**

Ahora bien los presupuestos materiales son aquéllos que deben estar presentes para que el Juez pueda resolver de fondo las pretensiones propuestas en la demanda; así mismo, para pronunciarse respecto de las excepciones propuestas en la contestación. Estos presupuestos hacen referencia al tema que es materia del proceso, es decir, a la relación jurídico material o sustancial. Tales presupuestos son: a) la legitimación en la causa;

b) el interés para obrar; c) la adecuada acumulación de pretensiones; d) la petición clara, que haga posible la decisión de fondo del Juez; e) la ausencia de cosa juzgada, transacción, caducidad o desistimiento, y f) la no existencia de pleito pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo asunto.

Analizados los presupuestos para la decisión de fondo, considera el Tribunal que estos se encuentran presentes, no habiendo por tanto lugar a laudo inhibitorio, siendo procedente el estudio de las pretensiones para proferir la decisión que resuelva el litigio.

## **CAPÍTULO VII**

### **CONSIDERACIONES**

#### **7.1 DE LA INTERVENCIÓN DE CORFIPACÍFICO COMO LITIS CONSORTE NECESARIA.**

En este punto del laudo, procede este Tribunal de arbitramento a pronunciarse en relación con los argumentos expuestos por la llamada a este trámite arbitral como litisconsorte necesaria,

**CORPORACIÓN FINANCIERA DEL PACÍFICO S.A., EN LIQUIDACIÓN**, la cual fuere vinculada a este proceso mediante auto identificado con el número 29 del nueve (9) de Octubre de 2003.

Aunque cabe anotar que la litisconsorte necesaria se limitó a pronunciarse respecto de los hechos contenidos en la solicitud de convocatoria a Tribunal Arbitral y a oponerse a las pretensiones de la parte convocante **INVERSIONES INCA S.A.**, y no propuso excepción de mérito alguna, no puede dejar pasar por alto este Tribunal algunos de los argumentos esgrimidos por la **CORPORACIÓN FINANCIERA DEL PACÍFICO S.A., EN LIQUIDACIÓN**, para sustentar sus afirmaciones respecto de los cuales el Tribunal tiene un criterio opuesto al de esta entidad, por lo que dentro de las reflexiones que preceden a resolver la suerte jurídica de la **CORPORACIÓN FINANCIERA DEL PACÍFICO S.A., EN LIQUIDACIÓN**, en este proceso frente al *petitum* de la demanda, considera indispensable hacer unas breves reflexiones sobre los mismos.

Expone la denunciada del pleito en su escrito el hecho de la toma de posesión de la **CORPORACIÓN FINANCIERA DEL PACÍFICO S.A., EN LIQUIDACIÓN**, por parte de la Superintendencia

Bancaria, lo que la llevó a encontrarse en la actualidad dentro de un trámite de liquidación forzosa, circunstancia que la sustrae de las decisiones que tomen los jueces de la República, investidura ésta que temporalmente tienen los árbitros designados por la Cámara de Comercio de conformidad con el artículo 116 de la Constitución Política de Colombia. Especialmente, cuando a la fecha de la iniciación de este trámite arbitral y en la fecha en que se ordenó la vinculación de la **CORPORACIÓN FINANCIERA DEL PACÍFICO S.A., CORFIPACÍFICO, EN LIQUIDACIÓN**, al mismo, ya había vencido la etapa que tienen los interesados en el proceso liquidatorio para presentar sus reclamaciones. Etapa ésta para la cual dicha entidad financiera cumplió a cabalidad todas las formalidades señaladas por las normas que de manera especial y preferente regulan el proceso de liquidación forzosa y administrativa.

Este Tribunal está de acuerdo con el hecho de que el proceso de liquidación administrativa forzosa está regulado de manera especial y que, por lo tanto, estas regulaciones son de aplicación preferente, de conformidad con las normas vigentes en materia de la aplicación de las leyes, como la contenida en el numeral 1º del artículo 45 de la ley 57 de 1887.

Sin embargo, es oportuno señalar a las partes que este laudo arbitral no tiene por objeto controvertir las decisiones de la agente liquidadora de la **CORPORACIÓN FINANCIERA DEL PACÍFICO S.A., EN LIQUIDACIÓN**, ni analizar lo relacionado con la existencia de una reclamación por parte de **INVERSIONES INCA S.A.** a la mencionada entidad financiera, ni estudiar si las decisiones tomadas por la agente liquidadora en relación con dicha reclamación estuvieron o no ajustadas a la ley, pues estos puntos no son materia de este debate y la decisión del Tribunal arbitral está constreñida al marco dibujado por las pretensiones de la demanda, pues, de lo contrario, estaría frente a la causal de anulación del laudo contemplada por el numeral 8º del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998.

El análisis de las razones expuestas por la litisconsorte necesaria debe iniciarse mencionando que el hecho de la toma de posesión y la existencia de un proceso de liquidación forzosa administrativa no rompen la unidad de la persona jurídica de la entidad financiera sometida a dicho proceso, sino que, por el contrario, la misma sigue siendo sujeta de derechos y obligaciones, siendo susceptible de ser llamada a comparecer en cualquier proceso donde se estén discutiendo y decidiendo temas relacionados con actos jurídicos celebrados y ejecutados con anterioridad a la toma de posesión y

que de alguna manera pueden afectar patrimonialmente a la entidad.

El Tribunal llegó a esta conclusión cuando, sin desconocer el tratamiento jurídico especial que tienen las entidades financieras, no ignoró su esencia societaria que lleva a la aplicación de algunos principios generales en materia de continuidad de la persona jurídica, y la aplicación de otras reglas no menos importantes en materia de sociedades comerciales, siempre y cuando éstas no contravengan, como ya se dijo en este laudo, las normas de aplicación preferente que componen el estatuto orgánico del sistema financiero y que básicamente, tal como lo afirma la litisconsorte necesaria, contienen las normas que regulan el proceso específico de la toma de posesión y el trámite de liquidación forzosa.

Imbuyéndose el Tribunal en el ropaje de sociedades que tienen las personas jurídicas que ejecutan actividades financieras en su condición de sociedades anónimas, a diferencia de otras que, como las Cooperativas, también pueden hacerlo, encontramos que una vez ejecutoriado el acto administrativo de toma de posesión, la sociedad entra a la etapa de liquidación administrativa forzosa en la que comienza la extinción del sujeto de derechos y obligaciones y

de las relaciones jurídico económicas existentes en desarrollo y por virtud de su régimen legal y convencional. De ahí que la sociedad continúe existiendo y los socios conserven los derechos esenciales inherentes a su estado y sobreviva la personalidad jurídica con todos sus atributos.

Es que la vida social no termina de tajo. Y a pesar de la trascendencia de la disolución, no concluye *ipso facto* ningún vínculo jurídico preexistente de los asociados entre sí, ni de éstos con la sociedad, ni de ella con terceros.

La finalidad del proceso liquidatorio es la de llevar a cabo un conjunto de operaciones y actos que son necesarios para desatar y extinguir todas las vinculaciones existentes entre la sociedad y los terceros que con ella contrataron; así como de las relaciones jurídico-económicas del ente colectivo con sus propios asociados. Es una etapa que se inicia en el instante en que cesa la vida activa de la sociedad y se prolonga hasta la extinción definitiva de ese sujeto de derechos y obligaciones que, para el caso específico de las entidades financieras, es la ocurrencia de los eventos a los que se refiere el numeral 22 del artículo 5º del Decreto Reglamentario 2418 de 1999 en los que el liquidador declara terminada la existencia legal de la entidad intervenida:

(i) Cuando aparece comprobado que todo el activo de la intervenida fue debidamente distribuido y se efectúan las provisiones requeridas, sin que subsistan remanentes a repartir entre los accionistas.

(ii) Una vez protocolizada la rendición de cuentas comprobadas de la liquidación, en el evento previsto en el numeral anterior.

Trasladando lo dicho al caso particular de la **CORPORACIÓN FINANCIERA DEL PACÍFICO S.A., CORFIPACÍFICO, EN LIQUIDACIÓN**, ninguno de estos dos casos ha ocurrido, de ahí que su existencia jurídica continúe vigente y, por lo tanto, también su capacidad para ser parte en un proceso judicial o arbitral, pues de conformidad con el artículo 44 del Código de Procedimiento Civil, toda persona natural o jurídica puede ser parte en un proceso sin que esta regla general en materia procesal y por ende de orden público, excluya a las personas jurídicas sometidas al proceso especial de toma de posesión y liquidación forzosa al que se refiere el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, pues esta situación no les quita sus atributos de personalidad y tampoco su calidad de sociedades.

Permite sustentar nuestra afirmación, el literal e) del artículo 1º del Decreto 2418 de 1999, donde se relacionan las medidas preventivas que debe tomar la Superintendencia Bancaria en el caso de toma de posesión y liquidación administrativa forzosa, las que deben constar en el acto administrativo de posesión. Norma ésta que dispone la prohibición de iniciar o continuar procesos o actuación alguna contra la intervenida sin que se notifique personalmente al agente especial, so pena de nulidad. Esta consagración normativa es un claro reconocimiento sobre la posibilidad de iniciar procesos judiciales contra las entidades poseídas por la Superintendencia Bancaria, sometiéndolas al único requisito de la notificación personal al agente especial de la intervenida.

En el caso *sub judice* encontramos que en el acto administrativo de toma de posesión, contenido en la Resolución 0775 del veinticinco (25) de Mayo de 1999, proferida por la Superintendencia Bancaria, y que fue aportada al expediente por la **CORPORACIÓN FINANCIERA DEL PACÍFICO S.A., EN LIQUIDACIÓN**, se transcribe la norma a la que este Tribunal hizo alusión en el párrafo anterior. Resolución ésta que determinó parte de las condiciones dentro de las cuales los terceros podían ejercitar acciones en contra de la entidad.

Sobre la oposición a la solicitud de citación de la **CORPORACIÓN FINANCIERA DEL PACÍFICO S.A.**, hoy en liquidación, como litisconsorte necesaria, que hizo esta entidad en el documento presentado oportunamente por ella, a juicio de este Tribunal la vía procesal indicada para haber tenido en cuenta este razonamiento jurídico específico, era a través de un recurso de reposición interpuesto por la entidad una vez fue notificada del auto donde se decidió su vinculación procesal.

Pero, independientemente de ello, el Tribunal debe ser reiterativo en el sentido que, antes de tomar la decisión de vincular a este proceso arbitral a la **CORPORACIÓN FINANCIERA DEL PACÍFICO S.A., EN LIQUIDACIÓN**, y teniendo en cuenta que ésta no se produjo de oficio sino en virtud de la petición que al respecto hiciera la sociedad convocada **TERMOEMCALI I S. C. A. E. S. P.**, el Tribunal de arbitramento realizó todos los actos procesales y probatorios que consideró necesarios para garantizar el derecho a la defensa y el debido proceso de todos los sujetos procesales, incluida la entidad financiera. Actos todos ellos que llevaron a este Tribunal Arbitral a concluir que, en el evento de ser proferido un laudo accediendo a alguna de las pretensiones de la demanda, los efectos jurídicos del mismo podrían afectar a la **CORPORACIÓN**

**FINANCIERA DEL PACÍFICO S.A., EN LIQUIDACIÓN.** De ahí que fuera imperativa su comparecencia a defender sus derechos, como efectivamente lo hizo.

El momento en que el Tribunal tomó la decisión sobre la vinculación al proceso arbitral de la **CORPORACIÓN FINANCIERA DEL PACÍFICO S.A., EN LIQUIDACIÓN**, no era el procesalmente adecuado para analizar y resolver otros aspectos de fondo, porque hacerlo implicaría un prejuzgamiento. En ese momento mal podría el Tribunal tener totalmente clara la suerte de las pretensiones de la demanda arbitral, pues aún no se había agotado el procedimiento.

De igual manera, sostiene la litisconsorte necesaria que la vinculación de la **CORPORACIÓN FINANCIERA DEL PACÍFICO S.A., EN LIQUIDACIÓN**, a un proceso donde se discuten las diferencias de índole societaria entre **INVERSIONES INCA S.A.** y **TERMOEMCALI I S. C. A E. S. P.** es improcedente, pues éstas no inciden de manera alguna en las situaciones jurídicas creadas, reconocidas y en firme por parte del proceso de liquidación forzosa administrativa en el cual se encuentra en la actualidad dicha entidad financiera.

Sobre estos puntos específicos, el Tribunal de arbitramento no comparte el razonamiento expuesto por la entidad financiera vinculada a este proceso, pues en el numeral 1º del Capítulo correspondiente a las pretensiones subsidiarias de la solicitud de convocatoria, la convocante solicita que se ordene a la sociedad convocada **TERMOEMCALI I S. C. A. E. S. P.** expedir a favor de la convocante **INVERSIONES INCA S.A.**, y registrar en el libro de de accionistas de **TERMOEMCALI**, el título representativo de las ciento cinco mil trescientas setenta y seis (105.376) acciones suscritas y pagadas por la segunda a la primera. Esta situación necesariamente obliga a este Tribunal, de manera imperativa, a estudiar la manera como **INVERSIONES INCA S.A.**, que no era uno de los socios originarios de **TERMOEMCALI I S. C. A. E. S. P.**, llegó a ser accionista de esta sociedad, bien directamente o bien a través de la cesión que anteriormente le hubiere hecho la **CORPORACIÓN FINANCIERA DEL PACÍFICO S.A.**, **CORFIPACÍFICO**, hoy en liquidación, de un paquete accionario de su propiedad.

De otro lado, el hecho de la existencia de las etapas preclusivas dentro del trámite de la liquidación administrativa forzosa no implica que esté vedada la controversia que gire alrededor de contratos celebrados por la entidad intervenida con anterioridad a la toma de

posesión, entre ellos, los actos jurídicos donde se dispuso del derecho de dominio sobre bienes de propiedad de la entidad liquidada, pues esto implicaría cercenar la posibilidad de los ciudadanos de acudir ante la justicia para que, a través de una declaración, se resuelva un conflicto derivado de situaciones jurídicas ocurridas con anterioridad al proceso de liquidación administrativa forzosa. A tal punto reconoció el legislador la posibilidad de que exista controversia sobre bienes que se encuentran en posesión de la entidad financiera que se encuentra intervenida y en proceso de liquidación administrativa forzosa, que en el literal j) del artículo 299 del Decreto 663 de 1993, adicionado por el artículo 26 de la ley 510 de 1999, se ordena al agente especial excluir de la masa de liquidación los bienes identificables que, aún encontrándose en poder de la entidad financiera intervenida, pertenezcan a otra persona, para lo cual se deben allegar pruebas suficientes.

De las pruebas recaudadas en el caso *sub judice* se concluye indefectiblemente que al momento de la toma de posesión la **CORPORACIÓN FINANCIERA DEL PACÍFICO S.A., CORFIPACÍFICO**, hoy en liquidación, y sus administradores, conocían del derecho reclamado por **INVERSIONES INCA S.A.** sobre el título correspondiente a las ciento cinco mil trescientos

setenta y seis (105.376) acciones. Consumada la toma de posesión, y tras conocer unos meses después los agentes interventores la existencia del derecho reclamado por **INVERSIONES INCA S.A.**, para precaver un litigio eventual sobre este punto, debieron excluir del inventario y de la masa de liquidación el título representativo de dichas acciones, a la espera bien de un avenimiento entre las partes o bien de que se desatara el litigio cuyo inicio era previsible.

## **7.2 ANÁLISIS DEL *PETITUM* DE LA DEMANDA, DE LOS MEDIOS DE PRUEBA Y DE LAS EXCEPCIONES.**

1. De conformidad con el primer inciso del artículo 406 del Código de Comercio, “la enajenación de las acciones nominativas podrá hacerse por el simple acuerdo de las partes; mas para que produzca efectos respecto de la sociedad y de terceros, será necesaria su inscripción en el libro de registro de acciones, mediante orden escrita del enajenante”.

De esta disposición se desprende la existencia de dos estadios o niveles de negociación, cuando de enajenación de acciones nominativas se trate:

1. La relación sustancial, que une a enajenante y adquirente;
2. La relación formal, que, una vez cumplidos los requisitos de registro y publicidad, da a la relación sustancial el carácter de oponible frente a la sociedad y a los terceros.

Comentando este doble nivel de negociación, dice el tratadista GABINO PINZÓN: “El registro indicado no es, sin embargo, una formalidad necesaria para la validez misma de la enajenación, pues que esta ‘podrá hacerse por el simple acuerdo de las partes’, como se dice en el mismo artículo 406. Lo cual quiere decir que se trata de un contrato eminentemente consensual, que produce la relación jurídica que media entre tradente y adquirente, con sus correspondientes derechos y obligaciones, desde que ambos manifiestan su consentimiento, en cualquier forma idónea para ello; y que es un contrato que puede probarse por cualquiera de los medios previstos en la legislación procesal civil, ya que la libertad de prueba es una

consecuencia apenas lógica del carácter simplemente consensual de un contrato, por regla general. Otra cosa es que los efectos de la enajenación no sean oponibles a la sociedad y a terceros sino una vez hecha la inscripción en el libro de registro de acciones, esto es, que se trate de una formalidad cuya sanción no es entonces la nulidad de la enajenación sino su inoponibilidad a la compañía y a los terceros. Por eso puede decirse que la enajenación de las acciones nominativas se cumple en dos etapas distintas: la de la celebración del contrato, en la que se limitan los efectos del negocio, pues que sólo se producen entre las partes; y la del registro, a partir del cual todos los efectos de la enajenación se producen *erga omnes*, esto es, rebasan los límites de las relaciones meramente personales de las partes contratantes. Y por eso mismo la prueba de la enajenación, sin la prueba del registro, apenas es útil entre las partes, mientras que la prueba de la inscripción es suficiente respecto de la sociedad y de terceros, aunque no se produzca la prueba de la enajenación, ya que es oponible entonces a terceros y que el registro no puede hacerse sin la orden del cedente.” (“SOCIEDADES COMERCIALES” – Volumen II, TEMIS – 1983 – Páginas 230 y siguientes) (Subraya el Tribunal).

La CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, en relación con la negociación de cuotas o partes de interés, también distingue entre

los dos niveles de negociación: "... La aprobación de la reforma estatutaria que implica la cesión de cuotas es un procedimiento exógeno al acto sustancial que genera la obligación de ceder las cuotas..." (Sentencia 053 de 1998, Magistrado Ponente José Fernando Ramírez Gómez). (Subraya el Tribunal).

2. Constan en el expediente pruebas de dos negociaciones celebradas entre la **CORPORACIÓN FINANCIERA DEL PACÍFICO S.A., CORFIPACÍFICO, y PACÍFICO COMPAÑÍA DE INVERSIONES S.A.,** hoy **INVERSIONES INCA S.A.,** cuyo objeto lo constituyeron acciones de la sociedad **TERMOEMCALI I S. C. A. E. S. P.:**

(a) La venta o cesión de setenta y ocho mil cuatrocientas siete (78.407) acciones de **TERMOEMCALI,** de fecha treinta (30) de Junio de 1998, negocio celebrado entre **CORPORACIÓN FINANCIERA DEL PACÍFICO S.A., CORFIPACÍFICO,** hoy en liquidación, como enajenante, y **PACÍFICO COMPAÑÍA DE INVERSIONES S.A.,** hoy **INVERSIONES INCA S.A.,** en calidad de adquirente.

(b) La celebración de un contrato consensual de naturaleza mercantil entre la **CORPORACIÓN FINANCIERA DEL PACÍFICO S.A., CORFIPACÍFICO**, hoy en liquidación, como cedente, y **PACÍFICO COMPAÑÍA DE INVERSIONES S.A.**, hoy **INVERSIONES INCA S.A.**, como cesionaria, contrato mediante el cual se produjo la cesión o venta del derecho a suscribir ciento cinco mil trescientas setenta y seis (105.376) acciones emitidas por **TERMOEMCALI I S. C. A. E. S. P.**

La cesión mercantil es por esencia consensual (artículo 888, Código de Comercio). Sobre la consensualidad mercantil imperante en nuestro actual estatuto comercial anota el tratadista ÁLVARO PÉREZ VIVES, citado por la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA en sentencia 053 de 1998, Magistrado Ponente José Fernando Ramírez Gómez, lo siguiente: "...Perfeccionando la técnica legislativa con la experiencia de los siglos y además con la ilustración de legislaciones de otros países y de nuestra práctica comercial, mejoró la forma como venían estructurándose el problema de la libertad contractual y el principio de la autonomía de la voluntad en el viejo Código, y regresó,

como vamos a verlo al principio de la consensualidad de los negocios jurídicos regidos por el Código de Comercio vigente...” (Subraya el Tribunal).

3. Se ha demostrado que el órgano estatutario competente de la sociedad **TERMOEMCALI I S. C. A. E. S. P.** aprobó el 24 de Julio de 1998 un Reglamento de Emisión y Colocación de acciones, sin sujeción al derecho de preferencia para la suscripción, en virtud del cual correspondía a la accionista registrada en libros **CORPORACIÓN FINANCIERA DEL PACÍFICO S.A., CORFIPACÍFICO**, cubrir una cantidad de ciento cinco mil trescientas setenta y seis (105.376) acciones, a pagar dentro de los plazos y en las condiciones previstas en el Reglamento. En cumplimiento de lo establecido por el artículo 388 del Código de Comercio, el día 24 de Julio de 1998 la sociedad **TERMOEMCALI I S. C. A. E. S. P.** informó a su accionista, registrada en libros, **CORPORACIÓN FINANCIERA DEL PACÍFICO S.A., CORFIPACÍFICO**, acerca de su obligación derivada del contrato de emisión y colocación de acciones.

En su primera pretensión principal la sociedad convocante afirma que el contrato de suscripción de acciones se celebró entre **TERMOEMCALI** e **INVERSIONES INCA S.A.**, posición que es matizada por ella en los alegatos de conclusión, con la explicación del argumento de que nada impide tener al contrato de suscripción de acciones como un “contrato de adhesión”. Por virtud del pago, dice la convocante en su alegato final, **INVERSIONES INCA S.A.** adhirió al contrato de suscripción de acciones de **TERMOEMCALI**, de fecha veinticuatro (24) de Julio de 1998.

4. El término de quince (15) días para aceptar las condiciones y plazos venció el día ocho (8) de Agosto de 1998. Han sido aportadas al expediente:

(a) Una carta, de fecha veintiocho (28) de Julio de 1998, dirigida por **CORFIPACÍFICO**, hoy en liquidación, a **TERMOEMCALI**, comunicando la cesión del derecho de suscripción de las ciento cinco mil trescientas setenta y seis (105.376) acciones, efectuada por la **CORPORACIÓN FINANCIERA DEL PACÍFICO S.A.**,

**CORFIPACÍFICO**, en favor de **PACÍFICO COMPAÑÍA DE INVERSIONES S.A.**, hoy **INVERSIONES INCA S.A.**;

(b) Una carta de fecha cuatro (4) de Agosto de 1998, dirigida por la **CORPORACIÓN FINANCIERA DEL PACÍFICO S.A.**, **CORFIPACÍFICO**, a EMCALI e INTERGEN, en la cual se les notifica, de conformidad con lo establecido en el "Partners Equity Agreement", la cesión hecha por **CORFIPACÍFICO**, hoy en liquidación, a **PACÍFICO COMPAÑÍA DE INVERSIONES S.A.**, hoy **INVERSIONES INCA S.A.**, de sus derechos y obligaciones en **TERMOEMCALI**.

La sociedad **TERMOEMCALI I S. C. A. E. S. P.**, a través de su apoderado, ha llegado a cuestionar la fecha cierta de estos documentos, pero no expresó cargo concreto sobre su veracidad. El apoderado de **TERMOEMCALI** ha insistido en que, desde su punto de vista, la fecha cierta de estas cartas es el día veintisiete (27) de Agosto de 1999, fecha en la cual las cartas fueron recibidas en la oficina de JAIME HERRERA RODRÍGUEZ, antiguo accionista y secretario de **TERMOEMCALI**. No es éste, ciertamente, el único criterio para determinar la fecha cierta de un documento. El último evento previsto en el artículo 280 del Código de Procedimiento Civil

deja, en últimas, al criterio del juzgador la declaratoria de certeza de la fecha de un documento privado, cuando “haya ocurrido otro hecho que le permita al juez adquirir certeza de su existencia”.

Es de anotar que ni en la audiencia de conciliación ni en el interrogatorio de parte que se le practicó, la representante legal de **TERMOEMCALI I S. C. A. E. S. P.** objetó en forma legal la veracidad del contenido de las cartas mencionadas. Se destaca igualmente que en el punto 2.4.4. de su comunicación de fecha tres (3) de Marzo de 2000, dirigida a la Liquidadora de **CORFIPACÍFICO**, la Dra. PIEDAD SAAVEDRA, gerente general de **TERMOEMCALI**. reconoce expresamente plena credibilidad a la carta del veintiocho (28) de Julio de 1998.

5. De acuerdo con el artículo 389 del Código de Comercio, “el derecho a la suscripción de acciones solamente será negociable desde la fecha del aviso de oferta...” En efecto, la parte cedente celebró la cesión o venta con posterioridad a la fecha del aviso de oferta, que, como ya se vio, fue despachado el veinticuatro (24) de Julio de 1998.

6. Se ha allegado la prueba de que la sociedad **PACÍFICO COMPAÑÍA DE INVERSIONES S.A.**, hoy **INVERSIONES INCA**

**S.A.**, ya ostentaba el veinticuatro (24) de Julio de 1998 la calidad sustancial de accionista de **TERMOEMCALI I S. C. A. E. S. P.**, calidad que había adquirido en virtud del contrato de cesión o venta de setenta y ocho mil cuatrocientas siete (78.407) acciones de **TERMOEMCALI**, de fecha treinta (30) de Junio de 1998, celebrado entre la **CORPORACIÓN FINANCIERA DEL PACÍFICO S.A.**, **CORFIPACÍFICO**, hoy en liquidación, como cedente, y **PACÍFICO COMPAÑÍA DE INVERSIONES S.A.**, hoy **INVERSIONES INCA S.A.**, en calidad de cesionaria. En relación con la cesión de estas acciones se aportó también al expediente una certificación del Revisor Fiscal de **CORFIPACÍFICO**, hoy en liquidación, de fecha veinte (20) de Agosto de 1998, en la que dicho funcionario hace constar la venta o cesión de las setenta y ocho mil cuatrocientas siete (78.407) acciones de **TERMOEMCALI** a **PACÍFICO COMPAÑÍA DE INVERSIONES S.A.**, hoy **INVERSIONES INCA S.A.**

7. Obran en el expediente pruebas fehacientes sobre el hecho de que las cuotas o instalamentos correspondientes al pago de las ciento cinco mil trescientas setenta y seis (105.376) acciones fueron cubiertos al BANCO ANGLO COLOMBIANO (FIDUANGLO) por **PACÍFICO COMPAÑÍA DE INVERSIONES S.A.**, hoy **INVERSIONES INCA S.A.**, siguiendo las instrucciones

determinadas por **TERMOEMCALI** para la satisfacción de este aporte.

8. El Tribunal, teniendo en cuenta las pruebas allegadas y la conducta de las partes en relación con el material probatorio, encuentra clara la celebración, entre **CORPORACIÓN FINANCIERA DEL PACÍFICO S.A., CORFIPACÍFICO**, hoy en liquidación, como enajenante, y **PACÍFICO COMPAÑÍA DE INVERSIONES S.A.**, hoy **INVERSIONES INCA S.A.**, como adquirente, tanto de la venta de las setenta y ocho mil cuatrocientas siete (78.407) acciones, como de la cesión o venta del derecho a suscribir las ciento cinco mil trescientas setenta y seis (105.376) acciones, a que este laudo se ha venido refiriendo.

9. Respecto de la venta de las setenta y ocho mil cuatrocientas siete (78.407) acciones, el problema de interpretación desaparece si se tiene en cuenta que, aunque de manera tardía, la venta o cesión fue informada a **TERMOEMCALI I S. C. A. E. S. P.**, y anotada por esta sociedad en el Libro de Registro de Accionistas. En efecto, en carta de quince (15) de Septiembre de 1999, el señor **ÁLVARO JOSÉ LLOREDA**, obrando en nombre de **INVERSIONES INCA S.A.**, hace llegar al señor **JAIME HERRERA RODRÍGUEZ**, antiguo accionista y secretario de **TERMOEMCALI I S. C. A. E. S.**

**P.**, una copia de tres (3) títulos correspondientes a las setenta y ocho mil cuatrocientas siete (78.407) acciones, en los cuales aparece el endoso colocado por CARLOS ALBERTO CORREA, en su momento vicepresidente de **CORFIPACÍFICO**, lo cual es suficiente para que el secretario de **TERMOEMCALI** asiente la transacción en el Libro de Registro de Accionistas, el día veinte (20) de Septiembre de 1999.

10. El problema que ha generado la convocatoria del Tribunal se refiere a la negociación de las ciento cinco mil trescientas setenta y seis (105.376) acciones. Hay, de verdad, intrincadas incidencias respecto de esta negociación, que implican en lo sustancial tanto a **CORPORACIÓN FINANCIERA DEL PACÍFICO S.A.**, **CORFIPACÍFICO**, hoy en liquidación, como a **PACÍFICO COMPAÑÍA DE INVERSIONES S.A.**, hoy **INVERSIONES INCA S.A.**, y en los aspectos formales también a **TERMOEMCALI I S. C. A. E. S. P.** Lo conveniente es, entonces, mirar en conjunto la relación, tanto en sus aspectos sustanciales como de forma. Para ello es ilustrativa la autorizada opinión de nuestra Corte Suprema de Justicia, cuando dice: “Tiene sentado la doctrina de la Corte que cuando se controvierte judicialmente por los contratantes el alcance de las cláusulas contractuales, le corresponde al sentenciador determinar el sentido de las estipulaciones, labor en la cual le

prestan una gran colaboración las denominadas pautas legales de interpretación de los contratos, entre las cuales se encuentra aquella que impone consultar e interpretar la convención en su conjunto (art. 1622 del C.C)” (Casación Civil, 22 de Abril de 1992 ).

Para dar solución al problema jurídico, el Tribunal ha procedido a responder varias preguntas esenciales, a saber:

- a. ¿ Quién era el accionista de **TERMOEMCALI I S. C. A. E. S. P.** el día de aprobación del reglamento de emisión y colocación de acciones, o sea, el día veinticuatro (24) de Julio de 1998 ? Siguiendo el criterio del doble estadio o nivel de negociaciones, a que alude el profesor GABINO PINZÓN, el día veinticuatro (24) de Julio de 1998 existía, para la sociedad y ante terceros, un accionista formal llamado **CORPORACIÓN FINANCIERA DEL PACÍFICO S.A., CORFIPACÍFICO**, hoy en liquidación, porque era esta sociedad la que ese día aparecía inscrita en el Libro de Registro de Acciones de **TERMOEMCALI**. Pero en el plano de la relación sustancial entre **CORFIPACÍFICO** e **INCA**, tal como vino a conocerse con posterioridad, el carácter fundamental de accionista lo ostentaba **PACÍFICO COMPAÑÍA DE**

**INVERSIONES S.A.**, hoy **INVERSIONES INCA S.A.**, puesto que había adquirido de **CORFIPACÍFICO** setenta y ocho mil cuatrocientas siete (78.407) acciones de **TERMOEMCALI**, según convenio de fecha treinta (30) de Junio de 1998, negocio que le debería haber dado a la compradora el derecho a suscribir las ciento cinco mil trescientas setenta y seis (105.376) acciones ofrecidas.

- b. ¿Por qué razones **CORFIPACÍFICO**, hoy en liquidación, e **INVERSIONES INCA S.A.** se abstuvieron de informar oportunamente sobre la negociación de las setenta y ocho mil cuatrocientas siete (78.407) acciones de **TERMOEMCALI** ? Solamente indicios se han recogido en el campo probatorio (regulaciones contables, compromisos con el Dresdner Bank, etc.), aunque, con el criterio del doble estadio o nivel de negociación a que hemos aludido, no es crucial indagar esas razones, dado que ambas sociedades (**CORFIPACÍFICO** e **INVERSIONES INCA S.A.**) asumieron los riesgos de no informar, como son la exención de toda responsabilidad a **TERMOEMCALI** por haber actuado en la forma en que lo hizo mientras no se le comunicó el negocio, la

conservación en cabeza de **CORFIPACÍFICO** del derecho a percibir los eventuales dividendos durante el término en que la negociación sustancial fue reservada y, por lo tanto, inoponible, etc.

Si, en el escenario más extremo, se asumiera que hubo simulación, desde la época del Derecho Romano se conoce el aforismo "*In dubio instrumento standum est nec actus simulatus praesumitur*", traducido así por el jurista EDUARDO RODRÍGUEZ PIÑERES: "En la duda sobre la simulación de un acto, debemos atenernos a su validez" ("Derecho usual", Editorial Temis, 1973, página 459).

- c. ¿Cuál fue la actitud de **TERMOEMCALI I S. C. A. E. S. P.** desde el momento en que tuvo noticia de las negociaciones sustanciales celebradas entre la **CORPORACIÓN FINANCIERA DEL PACÍFICO S.A., CORFIPACÍFICO**, hoy en liquidación, y **PACÍFICO COMPAÑÍA DE INVERSIONES S.A.**, hoy **INVERSIONES INCA S.A.**? Es preciso tener en cuenta que el cuatro (4) de Mayo de 1999 (o el seis (6) de Mayo de 1999, cuando fue recibida), momento en que le fue notificada en forma escrita a **TERMOEMCALI**, por

intermedio de la oficina de JAIME HERRERA, la ocurrencia de dos negociaciones mercantiles celebradas entre **CORFIPACÍFICO** e **INVERSIONES INCA S.A.**, aún no había corrido el término de prescripción especial de cinco (5) años con el que el artículo 235 de la ley 222 de 1995 protege las operaciones mercantiles sucedidas en el seno de las sociedades comerciales. No consta en el expediente que **TERMOEMCALI** hubiese iniciado ninguna acción tendiente a cuestionar la validez o legitimidad de las negociaciones **CORFIPACÍFICO – INCA**. Por el contrario, la actitud de **TERMOEMCALI** en relación con las dos negociaciones consistió en darse por notificada y exigir los títulos representativos, tanto de las setenta y ocho mil cuatrocientas siete (78.407) acciones como de las ciento cinco mil trescientas setenta y seis (105.376) acciones, debidamente endosados o con la correspondiente carta de traspaso, para proceder a anotar las negociaciones en el Libro de Registro de acciones y expedir los nuevos títulos a nombre de **INVERSIONES INCA S.A.**

En relación con las setenta y ocho mil cuatrocientas siete (78.407) acciones, **TERMOEMCALI** recibió tres (3) títulos por ese total, debidamente endosados por **CORFIPACÍFICO**, y procedió a expedir el día veinte (20) de Septiembre de 1999 el título No. 041, por el total de acciones indicado, tal como se ha demostrado en el expediente.

La entrega a **TERMOEMCALI** del título representativo de las ciento cinco mil trescientas setenta y seis (105.376) acciones, debidamente endosado, se tornó imposible por la circunstancia de que dicho documento fue enviado a las oficinas de la **CORPORACIÓN FINANCIERA DEL PACÍFICO S.A., CORFIPACÍFICO**, poco antes de que se produjera la toma de posesión de sus activos y pasivos por parte del Gobierno Nacional. El título comenzó a ser buscado por los agentes interventores de **CORFIPACÍFICO** a raíz de las solicitudes de devolución que **INVERSIONES INCA S.A.** les hizo, y, según declaraciones que obran en el expediente, cuando fue encontrado y se constató que estaba expedido a nombre de **CORFIPACÍFICO**, y sin mayor análisis, los agentes interventores procedieron a relacionarlo como parte del inventario de la liquidación. En esta fase, **TERMOEMCALI I S. C. A. E. S. P.** intervino ante los agentes liquidadores de **CORFIPACÍFICO** para explicar la situación, tratando de aclarar lo

sucedido para poder dar vía libre al registro de la transacción correspondiente a las ciento cinco mil trescientas setenta y seis (105.376) acciones.

No hay constancia, pues, de que **TERMOEMCALI I S. C. A. E. S. P.**, cuando tuvo oportunidad de hacerlo, impugnara o cuestionara en forma legal la validez del negocio celebrado el veintiocho (28) de Julio de 1998 entre la **CORPORACIÓN FINANCIERA DEL PACÍFICO S.A., CORFIPACÍFICO**, hoy en liquidación, y **PACÍFICO COMPAÑÍA DE INVERSIONES S.A.**, hoy **INVERSIONES INCA S.A.**

11. El Tribunal anota que, si bien la parte convocante ha presentado la negociación de las ciento cinco mil trescientas setenta y seis (105.376) acciones como una cesión del derecho de suscripción, lo ocurrido encaja de mejor manera en la figura más amplia de la “cesión de la posición contractual”, desprendida de lo preceptuado por el artículo 887 del Código de Comercio. Se sabe que es función del juzgador interpretar las pretensiones de la demanda, armonizándolas con los hechos y contrastándolas con las excepciones presentadas, con miras a evitar inhibiciones y decisiones que no resuelvan el litigio. Al respecto ha dicho la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: “...Por otra parte, de acuerdo

con la formulación que de dicha pretensión se haya hecho en el libelo introductorio, corresponde al juzgador de instancia proceder a la interpretación de este último, particularmente cuando no posea la claridad o armonía suficiente para poder deducir el exacto sentido de la voluntad allí expuesta, tal como cuando no existe claridad armónica entre las peticiones y sus fundamentos de hecho, caso en el cual, como lo ha dicho esta Corporación y ahora lo reitera, el alcance y entendimiento de aquellas puede esclarecerse teniendo en cuenta prioritariamente dichos fundamentos, comportamiento procesal este último que suele preceder al análisis probatorio y a la adopción de la resolución correspondiente” [SALA DE CASACIÓN CIVIL, Magistrado ponente: Dr. Pedro Lafont Pianetta,, sentencia de seis (6) de Octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995), Expediente No.4679] (Subraya el Tribunal).

La noción de la “cesión de la posición contractual” viene ganando terreno en la doctrina mercantil. El Derecho Mercantil peruano la acepta en forma plena, e igualmente lo hacen el Derecho español y el argentino. También es denominada esta figura por algunos tratadistas como “venta de contrato”, puesto que no involucra tan sólo un aspecto sino el conjunto de las relaciones. En Colombia, la Superintendencia de Industria y Comercio ha dicho al respecto: “ ... La cesión contractual es un acto jurídico en virtud del cual se

sustituye un contratante por un tercero, que se coloca en la misma situación jurídica del transmitente. En ella participa una persona conocida como cedente, quien es parte del acuerdo de voluntades suscrito entre las partes y realiza la cesión; el tercero denominado cesionario y el cedido la otra parte integrante del contrato. Así las cosas, la normatividad colombiana establece que la sustitución puede realizarse verbalmente o por escrito, dependiendo del medio en que conste el contrato y el que cede un acuerdo de voluntades está en la obligación de responder por su existencia, validez y las garantías que lo conforman. Igualmente, ésta produce efectos entre el cedente y cesionario, desde que se realiza y en lo que se refiere al contratante cedido y terceros, desde la notificación o aceptación de la misma..... Es pertinente precisar que mientras la transmisión contractual se formaliza corresponde al cedente asumir las obligaciones propias del acuerdo de voluntades firmado por las partes, sin que pueda excusarse de cumplirlas alegando haberle dado trámite o entendido que ésta ya se encontraba efectuada, toda vez que como quedó dicho requiere de los requisitos para su validez que le son propios y de los que las partes hayan tenido a bien incluir en relación contractual, sin que atente contra el ordenamiento jurídico o el orden público". (Resolución 3728 de 20 de Febrero de 2003).

La aplicación al caso de la figura de la “venta de contrato” o “cesión de posición contractual” se deduce de varios elementos probatorios que obran en el expediente, en particular las declaraciones de RAFAEL PARRA RODRÍGUEZ, ÁLVARO GUERRERO CALDAS y RODOLFO SANDOVAL, personas todas vinculadas en la época de la negociación a la **CORPORACIÓN FINANCIERA DEL PACÍFICO S.A., CORFIPACÍFICO**, hoy en liquidación, y a **PACÍFICO COMPAÑÍA DE INVERSIONES S.A.**, hoy **INVERSIONES INCA S.A.**

Si bien es cierto que la regulación de la negociación de acciones tiene normas especiales en la legislación colombiana, no se prohíbe, por razón del principio de la consensualidad mercantil, que a tal negociación se apliquen disposiciones análogas.

12. Para el Tribunal la relación comentada tuvo efectos estrictamente “*inter partes*” hasta que, mediante comunicación de fecha cuatro (4) de Mayo de 1999, la **CORPORACIÓN FINANCIERA DEL PACÍFICO S.A., CORFIPACÍFICO**, puso en conocimiento de **TERMOEMCALI I S. C. A. E. S. P.** la celebración de sus negocios mercantiles con **INVERSIONES INCA S.A.**, de fecha treinta (30) de Junio de 1998, sobre setenta y ocho mil cuatrocientas siete (78.407) acciones, y de fecha veintiocho (28) de

Julio de 1998 sobre ciento cinco mil trescientas setenta y seis (105.376) acciones. Antes de esa fecha, existieron indicios de las negociaciones, como la declaración del señor RAFAEL PARRA RODRÍGUEZ, representante de **CORFIPACÍFICO**, hecha en la Asamblea del treinta y uno (31) de Marzo de 1998, anunciando la intención de su empresa de ceder sus acciones a “una afiliada”, obteniendo la manifestación de que ningún otro accionista de **TERMOEMCALI** ni la sociedad misma estaban interesados en ellas; y la serie reiterada de pagos de las ciento cinco mil trescientas setenta y seis (105.376) acciones, todos hechos por **PACÍFICO COMPAÑÍA DE INVERSIONES S.A.**, hoy **INVERSIONES INCA S.A.** al BANCO ANGLO COLOMBIANO (FIDUANGLO) entre Julio y Noviembre de 1998. Debe tenerse en cuenta de manera primordial que el principio de onerosidad, propio del Derecho Mercantil, hace que, en todo lo lícito, las consecuencias de derecho sigan al hecho del pago.

13. A partir del cuatro (4) de Mayo de 1999, cuando **TERMOEMCALI I S. C. A. E. S. P.** fue enterada de las dos negociaciones sustanciales, es que podría asegurarse que el contrato de suscripción de acciones de veinticuatro (24) de Julio de 1998 vincula a la sociedad emisora con **INVERSIONES INCA S.A.**, antes **PACÍFICO COMPAÑÍA DE INVERSIONES S.A.**, la cual, por

la vía de la cesión de posición contractual, había ocupado el lugar de la **CORPORACIÓN FINANCIERA DEL PACÍFICO S.A., CORFIPACÍFICO**, hoy en liquidación.

14. La sociedad **TERMOEMCALI** dio trámite legal y estatutario a la negociación celebrada entre **CORFIPACÍFICO** e **INVERSIONES INCA S.A.** el treinta (30) de Junio de 1998, referente a las setenta y ocho mil cuatrocientas siete (78.407) acciones. En efecto, solicitó a **INVERSIONES INCA S.A.** los títulos representativos de ese número de acciones y, tras recibirlos, procedió a expedir el día veinte (20) de Septiembre de 1999 el título No. 041 a favor de **INVERSIONES INCA S.A.**

15. **TERMOEMCALI** procedió de manera similar en el caso de las ciento cinco mil trescientas setenta y seis (105.376) acciones. Con miras a la expedición de un nuevo título, solicitó a **INVERSIONES INCA S.A.** el título representativo de esa cantidad de acciones, para entrar a cancelarlo y expedir otro a nombre del nuevo titular. **TERMOEMCALI** obró en el convencimiento de que el título 036, que había sido remitido a Cali a la dirección que **INCA** tenía registrada en la sociedad (y que en realidad correspondía a las oficinas de **EL PAÍS S.A.**) se encontraba en poder de los directivos de **CORFIPACÍFICO** y/o **INVERSIONES INCA S.A.,**

muchos de los cuales eran los mismos por la situación de imbricación existente en ese entonces entre las dos compañías.

16. Los hechos en la realidad sucedieron de manera diferente. La persona que recibió el título 036 en las oficinas de EL PAÍS S.A. procedió a remitirlo a la sede de **CORFIPACÍFICO**, pocos días antes de la toma de posesión de los negocios de esta entidad financiera por parte del Gobierno Nacional. De los documentos allegados al expediente, y de las declaraciones de DIANA YOUNG TORRES y ALMEIRO ARIZA, se adquiere la certeza de que ni en la contabilidad ni en el inventario inicial de activos de la **CORPORACIÓN** figuró el título 036 por ciento cinco mil trescientas setenta y seis (105.376) acciones. Cuando, ya en curso la intervención, **INVERSIONES INCA S.A.** se dirigió a la **CORPORACIÓN FINANCIERA DEL PACÍFICO S.A., CORFIPACÍFICO**, hoy en liquidación, reclamando el título 036, por cuanto, según afirmó **INCA**, era esta sociedad y no la **CORPORACIÓN** quien había pagado el precio de esas acciones, los agentes interventores se dieron a la labor de buscar el título en arqueos de documentos. En efecto, lo hallaron, y previo concepto de al menos dos abogados, decidieron incorporar el título 036 en el inventario de la **CORPORACIÓN** en liquidación.

17. ¿Procedieron acertadamente los agentes interventores de **CORFIPACÍFICO** al haber incluido el título 036 dentro del inventario de la liquidación? Conviene citar en este punto al profesor GABINO PINZÓN: “La importancia de las funciones que cumple el título de la acción ha hecho que en la vida corriente se dé el nombre de acción al título mismo; pero esta es, en realidad, una simple metonimia, pues que el título es apenas el documento que comprueba la celebración del contrato de suscripción y la consiguiente calidad de accionista del suscriptor. Porque esta calidad no se subordina a la expedición del título, sino que es esta la que se subordina a aquélla. (“SOCIEDADES COMERCIALES” – VOLUMEN II, TEMIS – 1983 - PÁGINA 225) (Subraya el Tribunal).

Considera el Tribunal que los agentes interventores de **CORFIPACÍFICO** procedieron de manera equivocada al incorporar en el inventario de activos de la entidad intervenida un título de acciones, de cuya existencia solamente tuvieron noticia cuando quien se presentó como dueña de las acciones (**INVERSIONES INCA S.A.**) lo reclamó.

De igual manera, su proceder fue equivocado cuando rechazaron una y otra vez las reiteradas solicitudes de devolución del título formuladas a partir del segundo semestre de 1999 por

**INVERSIONES INCA S.A.**, por el Dr. JAIME HERRERA RODRÍGUEZ, secretario de **TERMOEMCALI**, al igual que de manera directa por la sociedad **TERMOEMCALI I S. C. A. E. S. P.** De acuerdo con la cita del profesor GABINO PINZÓN, los agentes interventores de la **CORPORACIÓN** tomaron el título como constitutivo, cuando tan sólo era representativo del derecho. Consta en el expediente que **INVERSIONES INCA S.A.** solicitó por primera vez a **TERMOEMCALI** que se emitiera a su favor un nuevo título por ciento ochenta y tres mil setecientos ochenta y tres (183.783) acciones el cuatro (4) de Mayo de 1999, poco antes de que se produjera la intervención de **CORFIPACÍFICO** por parte del Gobierno Nacional. Dentro de ese total de acciones se encontraban tanto las setenta y ocho mil cuatrocientas siete (78.407) acciones compradas por **INVERSIONES INCA S.A.** el treinta (30) de Junio de 1998, como las ciento cinco mil trescientas setenta y seis (105.376) acciones negociadas el veintiocho (28) de Julio de 1998.

La actitud de los agentes interventores de **CORFIPACÍFICO**, una vez irrumpió a la realidad jurídica formal la negociación del paquete de ciento cinco mil trescientas setenta y seis (105.376) acciones ocurrida con fecha veintiocho (28) de Julio de 1998, en vez de consistir en no honrar la negociación celebrada, ha debido ser consecuente con la conducta que asumió la sociedad emisora,

**TERMOEMCALI I S. C. A. E. S. P.**, la cual, como hemos analizado, no impugnó la validez ni la legalidad de la negociación celebrada entre **CORFIPACÍFICO** e **INVERSIONES INCA** el veintiocho (28) de Julio de 1998, sino que procedió a exigir la devolución del título 036 por ciento cinco mil trescientas setenta y seis (105.376) acciones, emitido a nombre de **CORFIPACÍFICO** el treinta (30) de Noviembre de 1998, para entrar a cancelarlo y a librar el nuevo título a nombre de quien pagó por las acciones, o sea, a nombre de **INVERSIONES INCA S.A.**

Las solicitudes de devolución del título formuladas por **TERMOEMCALI** estuvieron incluidas dentro de dos importantes comunicaciones, a saber: (a) La enviada el 20 de Diciembre de 1999 por JAIME HERRERA RODRÍGUEZ, secretario de **TERMOEMCALI**, a la Dra. DIANA YOUNG, Liquidadora de **CORFIPACÍFICO**, en la cual se explica con todo detalle la negociación celebrada entre la **CORPORACIÓN FINANCIERA DEL PACÍFICO S.A.**, **CORFIPACÍFICO**, hoy en liquidación, e **INVERSIONES INCA S.A.** por las ciento cinco mil trescientas setenta y seis (105.376) acciones, se afirma que “dichas acciones son de propiedad de **INVERSIONES INCA S.A.**” y se solicita la devolución del título 036; (b) La enviada el 3 de Marzo de 2000 por la Dra. PIEDAD SAAVEDRA, representante legal de

**TERMOEMCALI**, a la Dra. DIANA YOUNG, Liquidadora de la Corporación intervenida, en la que la sociedad emisora manifiesta que “no ha encontrado objeción alguna a la cesión del derecho de suscripción de 105.376 acciones de la sociedad, efectuada por **Corporación Financiera del Pacífico S.A. a INVERSIONES INCA S.A.**, según consta en comunicación del 28 de Julio de 1998”.

18. En cuanto a la responsabilidad de **TERMOEMCALI I S. C. A. E. S. P.**, es preciso tener en cuenta la comunicación de fecha cuatro (4) de Mayo de 1999, enviada por **CORFIPACÍFICO** a la sociedad **TERMOEMCALI**, y recibida en las oficinas del secretario JAIME HERRERA el seis (6) de Mayo de 1999. En dicha comunicación se informó a la sociedad **TERMOEMCALI** sobre los negocios celebrados entre **CORFIPACÍFICO** e **INVERSIONES INCA** primero por setenta y ocho mil cuatrocientas siete (78.407) acciones y después por ciento cinco mil trescientas setenta y seis (105.376) acciones. Y se solicita “proceder a registrar en el libro de accionistas las transacciones antes citadas y a expedir nuevos títulos por las 183.783 acciones en cabeza del nuevo inversionista”. A partir de esa comunicación, y en razón a que la sociedad emisora no objetó ni impugnó las transacciones, **TERMOEMCALI I S. C. A. E. S. P.** se colocó en la obligación derivada del artículo 399 del Código de Comercio, consistente en expedir dentro de los treinta

(30) días siguientes los títulos a nombre de **INVERSIONES INCA S.A.**, siempre que el nuevo inversionista pusiera a disposición de **TERMOEMCALI** los títulos expedidos a **CORFIPACÍFICO**, la sociedad tradente.

19. Tal como varias veces se ha analizado, la negociación de las setenta y ocho mil cuatrocientas siete (78.407) acciones culminó satisfactoriamente cuando, tras haber enviado **INVERSIONES INCA S.A.** a **TERMOEMCALI** los títulos endosados por **CORFIPACÍFICO**, se inscribió la negociación en el Libro de Registro de Accionistas, y se expidió el veinte (20) de Septiembre de 1999 el título 041, por la cantidad de acciones mencionada, a nombre de **INVERSIONES INCA S.A.**

20. En relación con la otra negociación, la de las ciento cinco mil trescientas setenta y seis (105.376) acciones, subsiste en cabeza de **TERMOEMCALI** la obligación de expedir el nuevo título, teniendo en cuenta que la circunstancia imprevista de la intervención de los negocios de **CORFIPACÍFICO** se constituye, para la sociedad emisora, en un auténtico evento de fuerza mayor, que la exime de cualquier responsabilidad por su evidente tardanza. La sociedad **INVERSIONES INCA S.A.**, por su parte, también se ha visto en la imposibilidad de cumplir con su obligación de enviar

el título expedido a favor de su tradente, ante la decisión de los agentes interventores de **CORFIPACÍFICO** de incluir el título 036 dentro del inventario de la **CORPORACIÓN**.

Por lo anteriormente visto, el Tribunal despachará favorablemente la primera pretensión principal, aceptando el argumento de que **INVERSIONES INCA S.A.** adhirió al contrato de suscripción de acciones.

Declarará probada igualmente la segunda pretensión principal, pues está demostrado en el expediente que el pago de las ciento cinco mil trescientas setenta y seis (105.376) acciones lo hizo **INVERSIONES INCA S.A.**

Tendrá como no probadas las pretensiones tercera, cuarta, quinta, sexta, séptima y octava propuestas como principales.

Dado que del material probatorio allegado al proceso se establece que **INVERSIONES INCA S.A.** es la propietaria de las acciones, el Tribunal declarará próspera la primera pretensión subsidiaria, ordenando a **TERMOEMCALI I S. C. A. E. S. P.** la expedición de un nuevo título representativo de las ciento cinco mil trescientas setenta y seis (105.376) acciones cuyo valor fue pagado por

**INVERSIONES INCA S.A.** Finalmente negará la segunda y tercera subsidiarias.

Prosperará parcialmente la novena pretensión principal.

En relación con las excepciones de mérito propuestas por la sociedad **TERMOEMCALI I S. C. A. E. S. P.** y teniendo en cuenta lo expuesto anteriormente, procederá el Tribunal a declararlas infundadas.

Por sustracción de materia y teniendo en cuenta que ninguna de las pretensiones que perseguían una condena en perjuicios ha prosperado, el Tribunal valora la experticia rendida por los señores peritos y declara que ésta no tendrá incidencia en el laudo arbitral, por lo cual no prosperará la objeción propuesta por la convocada **TERMOEMCALI I. S. C. A. E. S. P.** y **CORFIPACÍFICO S.A., EN LIQUIDACIÓN.**

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de arbitramento, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la Constitución y la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO.** Declarar probadas la primera y segunda pretensión principal y la primera pretensión subsidiaria.

**SEGUNDO.** Ordenar a TERMOEMCALI I. S. C. A. E. S. P. la expedición y entrega a INVERSIONES INCA S.A. del título correspondiente a las ciento cinco mil trescientas setenta y seis (105.376) acciones pagadas por PACÍFICO COMPAÑÍA DE INVERSIONES S.A., hoy INVERSIONES INCA S.A. dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al de ejecutoría del presente laudo arbitral.

**TERCERO.** Negar las pretensiones principales tercera, cuarta, quinta, sexta, séptima y octava.

**CUARTO.** Negar la segunda y tercera pretensión subsidiarias.

**QUINTO. Declarar no probadas las excepciones propuestas por la parte convocada TERMOEMCALI I S. C. A. E. S. P.**

**SEXTO. Desestimar las objeciones por error grave propuestas por la parte convocada TERMOEMCALI I. S. C. A. E. S. P. y por la CORPORACIÓN FINANCIERA DEL PACÍFICO S.A., CORFIPACÍFICO S.A., EN LIQUIDACIÓN. En consecuencia ordénase la entrega a los señores peritos de los títulos correspondientes al 50% de los honorarios fijados por el Tribunal.**

**SÉPTIMO. Condenar a la parte convocada TERMOEMCALI I S. C. A. E. S. P. al pago del 50% de las costas del presente proceso, equivalentes a veintidós millones doscientos sesenta y siete mil cuatrocientos veintiún pesos Mcte (\$22.267.421). Cantidad que junto con la condena en agencias en derecho deberá ser pagada dentro de los diez días hábiles siguientes al de ejecutoria del presente laudo.**

**OCTAVO. Condenar a la parte convocada TERMOEMCALI I S. C. A. E. S. P. al pago de agencias en derecho, las que se determinan en la suma de diez millones de pesos (\$10.000.000.oo).**

**NOVENO. Por secretaría, expídanse copias auténticas del presente Laudo con destino a las partes y al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali. En la copia para la parte convocante se hará constar la ejecutoria del Laudo y el mérito ejecutivo que presta dicha copia.**

**DECIMO. Notifíquese, cúmplase y protocolícese el expediente por el Presidente del Tribunal en una de las Notarías del Círculo de Cali, con cargo a la cuenta de gastos.**

**El presente Laudo Arbitral se notifica en audiencia.**

**IVAN RAMÍREZ WURTTENBERGER  
Presidente del Tribunal**

**JOSE FELIX ESCOBAR ESCOBAR**  
**Arbitro**

**FLAVIO DELGADO RIVERA**  
**Arbitro**

**LUIS MIGUEL MONTALVO PONTON**  
**Secretario**