

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

JOHN JAIRO REYES LONDOÑO y DESARROLLOS INMOBILIARIOS DE COLOMBIA S.A.
Vs.

**ESTRUMETAL S.A., INVERPRIMOS CAICEDO DOUAT Y CIA S.EN.C., SAINC INGENIEROS
CONSTRUCTORES S.A Y SKEMA PROMOTORA S.A.**

LAUDO ARBITRAL

Santiago de Cali, 20 de marzo de 2014

El Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir, en derecho, las diferencias presentadas entre **JOHN JAIRO REYES LONDOÑO y DESARROLLOS INMOBILIARIOS DE COLOMBIA S.A.**, en adelante “los convocantes” o “JOHN JAIRO REYES y otro” y **ESTRUMETAL S.A., INVERPRIMOS CAICEDO DOUAT Y CIA S.EN.C., SAINC INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A Y SKEMA PROMOTORA S.A.**, en adelante “ESTRUMETAL y otros” o “las convocadas”, por haberse cumplido y agotado las etapas procesales previstas en las normas que regulan el arbitramento, en especial la Ley 1563 de 2.012 y demás normas concordantes, no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, procede el Tribunal a proferir el presente laudo arbitral, por medio del cual se pone fin al proceso objeto de estas diligencias.

I. ANTECEDENTES DEL TRÁMITE ARBITRAL

Solicitan los convocantes se declare que las convocadas incumplieron: a) el contrato de sociedad que dio origen a la sociedad GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A., b) el acuerdo de accionistas suscrito entre DESARROLLOS INMOBILIARIOS DE COLOMBIA S.A. y LAS CONVOCADAS y c) el convenio de inversión suscritos entre JOHN JAIRO REYES LONDOÑO, DESARROLLOS INMOBILIARIOS DE COLOMBIA S.A. y LAS CONVOCADAS, lo que a juicio de los convocantes les causó los perjuicios reclamados.

1.1. PARTES PROCESALES:

Las partes son personas jurídicas, regularmente constituidas y han acreditado en legal forma su existencia y representación, mediante los documentos que, en relación con cada una, obran en el expediente:

1.1.1. LOS CONVOCANTES

JOHN JAIRO REYES LONDOÑO, varón, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Cali, identificado con la cédula de ciudadanía No. 94.313.087 de Palmira.

DESARROLLOS INMOBILIARIOS DE COLOMBIA S.A., sociedad con domicilio principal en la ciudad de Cali constituida y existente de conformidad con las leyes de la República de Colombia, mediante escritura pública número 5077 del 22 de octubre de 2.008 de la Notaría Segunda de Cali, inscrita en la Cámara de Comercio de Cali, el 27 de octubre de 2008, bajo el registro mercantil No. 751624-4. NIT.900.248.926-5, representada legalmente por el señor JOHN JAIRO REYES LONDOÑO.

1.1.2. LAS CONVOCADAS:

ESTRUMETAL S.A.: sociedad del tipo de las anónimas, con domicilio principal en la ciudad de Cali- Valle, constituida y existente de conformidad con las leyes de la República de Colombia, mediante escritura pública N° 1093 del 17 de marzo de 1997 de la Notaría Séptima de Cali, inscrita en la Cámara de Comercio de Cali el 16 de mayo de 1997 bajo el No. 3473 del Libro IX. Nit. 805.007.674-6. Representada legalmente por el señor PABLO ANDRÈS TASCÓN ECHEVERRY.

INVERPRIMOS CAICEDO DOUAT & CIA S.EN.C.: identificada con el NIT.800 149.371-0, legalmente constituida por medio de la escritura NO. 5813 de fecha 23 de diciembre de 1991 otorgada en la Notaría Novena de Cali, inscrita en la Cámara de Comercio de Cali el 24 de diciembre de 1991 bajo el No. 1505 el libro XIII. Representada legalmente por el señor CARLOS ALBERTO CAICEDO DOUAT.

SKEMA PROMOTORA S.A.: identificada con el Nit. 900.180.277-9 sociedad legalmente constituida por medio de la escritura No. 3741 de fecha 14 de septiembre de 2007 otorgada en la Notaría Veintiuno de Cali, inscrita en la Cámara de Comercio de Cali el 23 de octubre de 2007 bajo el No. 11269 del libro IX. Representada legalmente por el señor DANIEL ANDRES GALVIS RUGELES.

SAINC INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A. Identificada con el NIT. 890.311.243-7 sociedad legalmente constituida por medio de la escritura No. 3636 del 22 de noviembre de 1976 otorgada en la Notaría Cuarta de Cali, inscrita en la Cámara de Comercio de Cali el 18 de enero de 1977 bajo el No. 20260 del libro IX. Representada legalmente por el señor FRANCISCO JOSE DE ANGULO ANGULO.

1.2. LITIS CONSORCIO

En el presente proceso se observa que tanto en la parte Convocante, como la parte Convocada, existe pluralidad de integrantes en cada una de ellas.

Así las cosas, corresponde a este tribunal para efectos de proceder a decidir sobre las pretensiones y la responsabilidad de los convocantes y convocados determinar la condición de Litisconsorcio necesario, facultativo o cuasi –necesario, que tenga la parte convocante o convocada.

El Código de Procedimiento Civil en los artículos 50, 51 y 83, establece:

“Artículo 50.- Litisconsortes facultativos. Salvo disposición en contrario, los litisconsortes facultativos serán considerados en sus relaciones con la contraparte, como litigantes separados. Los actos de cada uno de ellos no redundarán en provecho ni en perjuicio de los otros, sin que por ello se afecte la unidad del proceso.

Artículo 51.- Litisconsortes necesarios. Cuando la cuestión litigiosa haya de resolverse de manera uniforme para todos los litisconsortes, los recursos y en general las actuaciones de cada cual favorecerá a los demás. Sin embargo, los

actos que impliquen disposición del derecho en litigio sólo tendrán eficacia si emanan de todos.

(...)

Artículo 83.- Modificado. Decreto 2282 de 1989, Art. 1. Num. 35. Litisconsorcio necesario e integración del contradictorio. Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, no fuere posible resolver de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciere así, el juez en el auto que admite la demanda ordenará dar traslado de ésta a quienes faltan para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado.

En caso de no haberse ordenado el traslado al admitirse la demanda, el juez dispondrá la citación de las mencionadas personas, de oficio o a petición de parte, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia, y concederá a los citados el mismo término para que comparezcan. El proceso se suspenderá durante el término para comparecer los citados.

Si alguno de los citados solicitare pruebas en el escrito de intervención, el juez resolverá sobre ellas; si las decretare, concederá para practicarlas un término que no podrá exceder del previsto para el proceso, o señalará día y hora para audiencia, según el caso.

Cuando alguno de los litisconsortes necesarios del demandante no figure en la demanda, podrá pedirse su citación acompañando la prueba de dicho litisconsorcio, efectuada la cual, quedará vinculado al proceso.”

La Corte Suprema de Justicia ha interpretado, las normas en comento, en el siguiente sentido:

“Al respecto, la Corte ha señalado que “visto como queda al tenor de los artículos 51 y 83 del Código de Procedimiento Civil el litisconsorcio necesario se presenta, no solamente en los casos que de modo expreso la ley lo prescribe, sino también siempre que se propongan acciones encaminadas a la mutación de una relación jurídica que por su naturaleza se manifieste como única para varias personas” donde la “relación (...) por su propia estructura jurídica no puede desplegar sus efectos frente a algunos de los sujetos a quienes vincula y dejar hacerlo para otros”, por lo que resulta “inoficioso pedir en justicia una decisión que ha dicha relación le concierna[,] si al respectivo proceso no concurren la totalidad de esos sujetos, toda vez que por fuerza de tal circunstancia, se

configura entre ellos un supuesto de legitimación conjunta obligatoria” (cas. civ. Sentencia de 28 de octubre de 1993, expediente 3892).”¹

En el presente caso, el Tribunal de Arbitramento observa que la parte convocante se encuentra integrada por el señor John Jairo Reyes Londoño y la sociedad Desarrollos Inmobiliarios de Colombia S.A., quienes reclaman indemnización de perjuicios basados en un presunto incumplimiento de los siguientes convenios o contratos: i. Convenio de inversión, suscrito por John Jairo Reyes Londoño, Desarrollos Inmobiliarios de Colombia S.A., Skema Promotora S.A., Sainc Ingenieros Constructores S.A., fechado el 17 de diciembre de 2008, pero autenticado por quienes suscriben el documento el 10 de febrero de 2009; ii. Acuerdo de accionistas, suscrito por Desarrollos Inmobiliarios de Colombia S.A., Skema Promotora S.A., Sainc Ingenieros Constructores S.A., Estrumetal S.A. e Inverprimos Caicedo Douat & Cia S. en C, documento que tiene como fecha de suscripción el 17 de diciembre de 2008, pero con fecha de autenticación el 10 de febrero de 2009; iii. Contrato de constitución de la sociedad Gestión Administración y Renta S.A., (GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A.) mediante escritura pública No. 4557 del 17 de diciembre de 2008, de la Notaria Primera del Círculo de Cali, firmada por Desarrollos Inmobiliarios de Colombia S.A., Skema Promotora S.A., Sainc Ingenieros Constructores S.A., Estrumetal S.A. e Inverprimos Caicedo Douat & Cia S. en C.

Así las cosas, si bien en las pretensiones de la demanda no se discrimina una Pretensión de indemnización individual para cada uno de los convocantes miembros de esta parte o de la convocada, lo cierto es que se solicita se declare el incumplimiento por parte de las convocadas de un convenio de inversión, un acuerdo de accionistas y el contrato societario de Gestión Administración y Renta S.A.

Ahora bien, lo cierto es que tanto el señor John Jairo Reyes como la sociedad Desarrollos Inmobiliarios de Colombia S.A., ostentan unas condiciones jurídicas concretas dentro de cada uno de los acuerdos de voluntades que los haría eventualmente acreedores de una indemnización claramente diferenciada, de hecho el señor Reyes suscribió en su propio nombre el convenio de inversiones pero no el acuerdo de accionistas, ni la escritura de constitución de la sociedad GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A., mientras Desarrollos Inmobiliarios de Colombia S.A., suscribió los tres contratos.

Así las cosas, es forzoso concluir que entre las personas que conforman la parte convocante, señor John Jairo Reyes Londoño y la sociedad Desarrollos Inmobiliarios de Colombia S.A., existe un litis consorcio facultativo por activa, toda vez que los derechos y obligaciones de cada uno de ellos en cada uno de los contratos mencionados tienen alcances distintos y en consecuencia el alcance del laudo será individual.

Otro tanto ocurre, con las personas jurídicas que integran la parte convocada: Skema Promotora S.A., Sainc Ingenieros Constructores S.A., Estrumetal S.A. e Inverprimos

¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL, 13 de diciembre de dos mil once (2011), Ref.: 11001-02-03-000-2011-01367-00

Caicedo Douat & Cia S. en C., donde existe un litis consorcio facultativo por pasiva, por cuanto los derechos y obligaciones de ellos en los tres contratos tienen alcances distintos, por ejemplo la sociedades Estrumetal S.A. y la sociedad Inverprimos Caicedo Douat & Cia S. en C., no suscribieron el convenio de inversión, mientras que Skema Promotora S.A. y Sainc Ingeniero Constructores S.A., suscribieron los tres documentos, cada uno con derechos y obligaciones distintas y no vinculantes entre sí; y para todos los integrantes de la parte Convocada el laudo eventualmente derivará derechos y obligaciones de carácter individual y eventualmente distintas porque así actuaron al suscribir los documentos objeto de estudio.

1.3. CAPACIDAD Y REPRESENTACIÓN:

Quienes conforman la parte convocante y convocada, en su condición de persona natural plenamente capaz y personas jurídicas válidamente constituidas y debidamente representadas, tienen capacidad para transigir.

Las partes comparecen al proceso arbitral representadas por abogados, según poderes especiales conferidos por las partes y que obran en el expediente.

1.4. PACTO ARBITRAL:

Como se mencionó la parte convocante alega el incumplimiento de tres contratos en los cuales se pactaron cláusulas compromisorias en los siguientes términos:

- 1.4.1. En el Convenio de inversión suscrito entre John Jairo Reyes en su propio nombre y en nombre y representación de Desarrollos inmobiliarios; Estrumetal S.A., Inverprimos Caicedo Douat y Cia. S.en C., Skema Promotora S.A., y Sainc Ingenieros Constructores S.A., en el punto (4.3.) se pactó la siguiente cláusula compromisoria: *“Arbitramento. Las diferencias que surjan entre las partes relacionadas con la celebración, ejecución, existencia, validez, eficacia, cumplimiento y cualquier otro aspecto relacionado con este Acuerdo, cuando no pudieran ser resueltas directamente por ellas, serán sometidas a la decisión de un tribunal de Arbitramento que sesionará en Cali y fallará en derecho. El Tribunal estará conformado por tres (3) árbitros que serán designados de común acuerdo por la partes o en su defecto por la Cámara de Comercio de Cali. El Tribunal se sujetará a las normas que sobre conciliación y arbitramento tiene establecido el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cali, sesionará en su sede y decidirá en derecho.”*
- 1.4.2. En el Acuerdo de Accionistas Gestión Administración y Renta S.A. en el punto (8.2) se acordó la siguiente clausula arbitral: *“Arbitramento: Las diferencias que surjan entre las partes relacionadas con la celebración, ejecución, existencia, validez, eficacia, cumplimiento y cualquier otro aspecto relacionado con este “Acuerdo”, cuando no pudieren ser resueltas directamente por ellas, serán sometidas a la decisión de un Tribunal de Arbitramento que sesionará en Cali y fallará en derecho. El Tribunal estará conformado por tres (3) árbitros que serán designados de común “Acuerdo” por la partes o en su defecto por la Cámara de Comercio de Cali. El Tribunal se sujetará a las normas que sobre conciliación y arbitramento tiene*

establecido el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cali.”

- 1.4.3. En el contrato de sociedad de GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA (E.P. No: 4551 del 16 de diciembre de 2008) en el artículo 49 se estipuló la siguiente cláusula compromisoria: *“Toda diferencia o controversia relativa a este contrato y a su ejecución y liquida a la diferencias entre la sociedad y los socios, se resolverá, inicialmente mediante conciliación realizada ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali a petición de cualquiera de las partes. Si la conciliación no fuere posible la controversia será definida por un Tribunal de Arbitramento designado por la Cámara de Comercio de Cali, que se sujetará a la legislación vigente de conformidad con las siguientes reglas especiales: 1. El tribunal estará integrado por res (3) árbitros elegidos por la Cámara de Comercio de Cali. 2. La organización interna del tribunal se sujetará a las reglas previstas para el efecto por el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantil de la Cámara de Comercio de Cali. 3. El tribunal decidirá en derecho. 4. El tribunal funcionará en los sitios dispuestos por Cámara de Comercio de Cali.”*

Mediante Auto No. 14 del 13 de junio de 2013, el Tribunal se pronunció sobre la cláusula compromisoria al resolver un recurso de reposición contra el Auto No. 13 del 13 de junio de 2.013 por medio del cual se declaró competente para conocer las controversias entre las partes.

1.5. **DESIGNACIÓN DE LOS ÁRBITROS E INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL:**

El 26 de diciembre de 2.012, el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cali, recibió solicitud para convocatoria e integración del Tribunal de Arbitramento del proceso en referencia.

De común acuerdo el día 14 de enero de 2013, las partes designaron a los doctores FERNANDO PUERTA CASTRILLÓN, OMAR ALBERTO CARRILLO MARTINEZ Y FRANCISCO CHAVES CAJIAO², quienes aceptaron el nombramiento y cumplieron el deber legal de información establecido en la ley.

El 07 de Febrero de 2013, tal como aparece en el Acta No. 01³, se instaló el Tribunal de Arbitramento, habiendo sido designado como presidente el doctor Omar Alberto Carrillo Martínez y como secretaria la doctora María Fernanda Cardona Mejía. Se fijó como lugar de funcionamiento del Tribunal y de la secretaría, el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali.

En ese mismo acto se reconoció personería al apoderado principal y suplente de LOS CONVOCANTES y al apoderado común de LAS CONVOCADAS.

En audiencia celebrada el día 11 de marzo de 2011, (Acta No.03)⁴, el Tribunal puso en conocimiento de las partes la aceptación de la secretaria que fuera designada por el

² Folios 043 y 044 de Cuaderno No. 2

³ Folios 01 y siguientes Cuaderno No. 3

⁴ Folios 027 al 029 Cuaderno No. 3

Tribunal así como el escrito del deber de información de ella previsto en el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012 sin que las partes lo objetaran.

II. ADMISIÓN DE LA DEMANDA Y TRÁMITES POSTERIORES

2.1. ACTUACIONES INICIALES

Mediante Auto No. 2 del 7 de febrero de 2013, el Tribunal inadmitió la demanda, la cual fue subsanada el 14 de febrero de 2013.

Mediante Auto No. 4 del 18 de febrero de 2013⁵, el Tribunal admitió la demanda arbitral y se pronunció respecto de varias peticiones presentadas por las partes así:

- Negó la solicitud de relevo del árbitro FERNANDO PUERTA, presentada por LAS CONVOCADAS.
- Negó por improcedente la medida cautelar solicitada por LOS CONVOCANTES.
- Aplazó la decisión sobre amparo de pobreza presentado por LOS CONVOCANTES.

El 20 de febrero de 2013 las Convocadas presentaron recurso de reposición contra el Auto Admisorio de la demanda, el cual fue decidido mediante Auto No. 5 del 11 de marzo de 2013, siendo confirmando el Auto No. 4 del 18 de febrero de 2013.

Las convocadas contestaron oportunamente la demanda, propusieron excepciones de mérito y solicitaron la práctica de pruebas.

De la contestación de la demanda y de las excepciones de mérito se corrió traslado a la parte convocante, quien recorrió oportunamente el traslado y el 19 de abril de 2013 presentó reforma de la demanda vinculando como convocada a la sociedad GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A., demanda que fue adicionada el 24 de abril de 2013 y luego integrada en un solo documento el 25 de abril de 2013, adicionándole en este último escrito una solicitud de prueba adicional.

El 25 de abril de 2013 con el Auto No. 6, el Tribunal admitió la reforma y adición a la demanda inicial, Auto que fue recurrido por la parte Convocada. En la misma audiencia y mediante Auto No. 7, el Tribunal revocó el Auto No. 6 y en su lugar dispuso inadmitir la reforma de la demanda, concediendo cinco días a la convocante para subsanar.

La convocante subsanó presentando memorial el 3 de mayo de 2013, escrito que fue rechazado mediante Auto No. 8 del 10 de mayo de 2013 y por medio del cual el Tribunal decidió continuar con la demanda admitida el 18 de febrero de 2013, Auto No. 4 del 18 de febrero de 2013. En esta misma audiencia el Tribunal concedió amparo de pobreza al señor John Jairo Reyes en el 50% de los gastos que le pudieren llegar a corresponder en el proceso arbitral.

⁵ Acta No. 2. Folios 8 y ss del Cuaderno No.3

2.2. AUDIENCIA DE CONCILIACION

El 16 de mayo de 2013 se llevó a cabo la audiencia de conciliación a la cual asistieron los representantes legales de las partes acompañados por sus apoderados, conciliación que se declaró fallida por falta de ánimo conciliatorio entre las partes.⁶

2.3. FIJACION DE HONORARIOS Y GASTOS DEL TRIBUNAL

Fracasada la audiencia de conciliación y de acuerdo al artículo 25 de la Ley 1563 de 2012, se fijaron las sumas por concepto de honorarios de los árbitros, de la secretaria y de los gastos de administración y funcionamiento del Tribunal.⁷

Dentro de la oportunidad legal, el 29 de mayo de 2013, la convocada consignó la porción de honorarios y gastos que le correspondía y ante la no consignación por parte de la convocante, la convocada ejerció la opción prevista en el artículo 27 de la Ley 1563 de 2012, procediendo a consignar lo correspondiente a la parte convocante.⁸

2.4. PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE Y DECRETO DE PRUEBAS

El día 13 de junio de 2013 siendo las 3:00 p.m. se dio inicio a la primera audiencia de trámite, declarándose el Tribunal competente para conocer en derecho las diferencias entre las partes, planteadas tanto en la demanda como en las excepciones de mérito.⁹ La audiencia fue reanudada como da cuenta el acta No.8 de la misma fecha y por lo avanzado de la hora y por solicitud conjunta de los apoderados de las partes la misma fue suspendida para ser reanudada el día 17 de junio de 2013, pero por motivos de salud de uno de las apoderados, la misma se reanudó finalmente el día 21 de junio de 2013 tal y como dan cuenta las actas Nos. 8, 9 y 10¹⁰.

En el curso de la Primera Audiencia de Trámite¹¹, el Tribunal se pronunció respecto de las pruebas solicitadas por las partes, decretando algunas y negando otras como quedó consignado en los Autos No. 17 y 18 del 21 de junio de 2013¹².

Finalmente, el 21 de junio de 2013 se declaró concluida la primera audiencia de trámite y se dio inicio al cómputo del término de seis meses de duración del proceso, haciéndose la salvedad de la posibilidad de las prórrogas o suspensiones permitidas por la ley.

Se practicaron las pruebas decretadas tal y como se detalla más adelante en el acápite “Actuaciones Probatorias surtidas en el proceso”.

Concluido el debate probatorio y habiendo finalizado la instrucción del proceso, mediante Auto No. 51 dictado el día 13 de febrero de 2014¹³, se fijó para el día 5 de marzo de 2014 la audiencia de Alegatos de Conclusión.

⁶ Acta No. 6 Folios 081 y siguientes Cuaderno No. 3.

⁷ Acta No. 6 Folios 81 y siguientes Cuaderno No. 3

⁸ Acta No. 7 del 13 de junio de 2013, obrante a folios 97 y ss. del Cuaderno No. 3

⁹ Acta No. 7 del 13 de junio de 2013, obrante a folios 97 y ss. del Cuaderno No. 3

¹⁰ Actas Nos. 8,9, y 10 Cuaderno No. 3

¹¹ Acta No. 10 del 21 de junio de 2013 obrante a folios 108 y ss del cuaderno No. 3

¹² Acta No. 10 Cuaderno No. 3

En audiencia realizada el día 5 de marzo de 2014, los apoderados de las partes presentaron sus alegaciones finales aportando escritos de las mismas para su incorporación al expediente. Mediante Auto No. 53 del 5 de marzo de 2.014 se fijó como fecha y hora para la audiencia de fallo, el día 20 de marzo de 2014 a las 3:00 p.m. en la sede del Tribunal. Por solicitud de las partes el proceso fue suspendido desde el 6 de marzo de 2.014 y hasta el 10 de marzo de 2.014, ambas fechas inclusive.

2.5. LAS PRUEBAS PRACTICADAS EN EL PROCESO

En el presente proceso se decretaron y practicaron las siguientes pruebas así:

2.5.1. Documentales:

El Tribunal ordenó tener como pruebas documentales, con el mérito que a cada una corresponda, los documentos relacionados como pruebas a folio 10 del cuaderno No. 1; los documentos aportados en la subsanación de la demanda y en el escrito presentado al descorrer las excepciones de mérito a folios 12 al 25 y 033 al 69 del cuaderno No. 3 y los relacionados como pruebas documentales a folio 51 del cuaderno No. 4.

2.5.2. Testimonios:

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

TESTIGO	FECHA DILIGENCIA	ACTA No.	Cuaderno/ folios
Nercin López De Gómez	04/07/13	12	No. 7 (060-073)
Alejandro Reyes Londoño	16/07/13	14	No. 7(131-146)
Rodolfo Barón Castrillón	17/073/13	15	No. 8 (001-033)
Isabel Cristina Ocampo Suárez	23/07/13	16	No. 8 (034-057)
Carlos Alberto Caicedo Douat	23/07/13	16	No. 8 (106-139)
Luis Eduardo Gómez Cadavid	14/08/13	18	No. 7.1. (001-019)
Juan José Uribe De Francisco	20/08/13	20	No. 7.1. (375-397)
Alvaro Enrique Gaviria Mora	09/09/13	23	No.7 (537-544)
Alejandro Caicedo Jordán	09/09/13 y 01/10/13	23 y 26	No.8 (224-258)
Jose Fabián Herrera	30/09/13	25	No. 8 (310-330)

2.5.3. Interrogatorios de parte:

Interrogado	Fecha diligencia:	Acta No.	Cuaderno No. a folios
-------------	-------------------	----------	--------------------------

¹³ Acta No. 33 folios 295 y siguientes Cuaderno No. 3

Francisco José de Angulo Angulo- Representante Legal SAINC INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A.	02/07/13	11	No. 7 (010-036)
PABLO ANDRES TASCON ECHEVERRY - Representante Legal ESTRUMETAL S.A.	02/07/13	11	(No. 7 (037-059)
DANIEL ANDRES GALVIS RUGLES- Representante legal SKEMA PROMOTORA S.A.	04/07/13	12	No. 7 (110-130)
JOHN JAIRO REYES LONDOÑO –en su propio nombre y en nombre y representación de DESARROLLOS INMOBILIARIOS DE COLOMBIA S.A.	21/08/13	20	No. 9 (001-044)
SEBASTIAN CAICEDO ECHEVERRI- Representante Legal INVERPRIMOS CAICEDO DOUAT Y CIA S.EN C.	19/06/13	23	No. 7 (537-544)

Las transcripciones de las anteriores declaraciones fueron puestas en conocimiento de las partes en virtud de lo previsto por el artículo 109 del Código de Procedimiento Civil.

2.5.4. Inspección Judicial:

Se decretó y practicó inspección judicial con exhibición de documentos e intervención de perito contadora, Dra. Miryam Caicedo Rosas a las Oficinas de Gestión Administración y Renta S.A. ubicadas en la Calle 10 No. 28-90 de Yumbo. De esta inspección da cuenta el Acta No. 21 del 03/09/13

Los documentos obtenidos en la inspección judicial a Gestión Administración y Renta S.A. se encuentran en los cuadernos Nos 10.1 y 13 y 13.1

2.5.5. Dictámenes Periciales:

2.5.5.1. Dictamen contable:

El Tribunal, designó como perito contadora a la señora MIRYAM CAICEDO ROSAS, quien rindió el correspondiente dictamen y del cual se corrió traslado a las partes los días 17,18, 21, 22 y 23 de octubre de 2.013. Dentro de ese término las partes presentaron solicitudes de aclaraciones y complementaciones, las cuales fueron decretadas y rendidas también oportunamente y puestas en conocimiento de las partes.¹⁴

2.5.5.2. Dictamen financiero

El Tribunal designó como perito financiero al señor CARLOS ALFONSO BERMUDEZ LAFAURIE, quien rindió dictamen y se corrió traslado a las partes los días 7, 8, 12, 13, 14, 15, 18, 19, 20 y 21 de noviembre de 2.013. Dentro del término las partes presentaron solicitud de aclaración y complementación, las cuales fueron decretadas y rendidas

¹⁴ Acta No. 14, 15 y 16 Cuaderno No. 3/Dictamen contable Dra. Miryam Caicedo Rosas Cuaderno No. 10 y 10.1

oportunamente. El apoderado de los convocantes presentó experticia elaborada por la Dra. Sandra Milena Serna Jaramillo para controvertir el dictamen financiero.

2.5.5.3. Avalúo de inmuebles

El Tribunal designó a la Lonja de Propiedad Raíz de Cali y del Valle del Cauca, quien presentó avalúo y del que se corrió traslado a las partes los días 4, 5, 6, 9, 10, 11, 12, 13, 16 y 17 de diciembre de 2.013. Dentro del término del traslado los apoderados de las partes presentaron solicitud de aclaración y complementación el cual fue rendido y puesto en conocimiento de los apoderados.

2.5.5.4. Oficios:

En desarrollo de las pruebas decretadas durante el proceso, se ofició a la DIAN a fin de que expidiera copia auténtica de la declaración de renta presentada por GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. correspondiente al año 2012. Esta entidad no ordenó el envío¹⁵, argumentando que gozaba de reserva legal, sin embargo copia de la declaración de renta año 2.012 y sus anexos hizo parte de los anexos del dictamen pericial contable.¹⁶

III. TÉRMINO DEL PROCESO ARBITRAL

Por cuanto las partes no fijaron término de duración del proceso, el mismo sería de seis meses contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite que se surtió el día 21 de junio de 2.013. Es decir que los seis (6) meses de duración del proceso finalizarían el 21 de diciembre de 2.013, en razón de la solicitud de los apoderados de las parte el término legal se suspendió durante 120 días como se reseña a continuación, al término del proceso arbitral habrá de adicionársele esos días venciéndose el mismo el día 19 de abril de 2.014 y; en consecuencia, el Tribunal se encuentra dentro de los términos de Ley para proferir el presente Laudo. Las suspensiones fueron las siguientes:

Suspensiones	No. de Acta	Suspensiones	Días suspendidos
No. 1	No. 13	Del 11 de julio al 15 de julio de 2013 ambas fechas inclusive	5 días
No. 2	No. 15	Del 18 de julio al 22 de julio de 2013 ambas fechas inclusive	5 días
No. 3	No. 16	Del 24 de julio al 30 de julio de 2013 ambas fechas inclusive	7 días
No. 4	No. 17	Del 1 de agosto al 13 de agosto de 2.013 ambas fechas inclusive	13 días
No. 5	No. 18	Del 15 de agosto al 19 de agosto de 2013 ambas fechas inclusive.	5 días
No. 6	No. 20	Del 22 de agosto al 1 de septiembre de 2013	11 días
No. 7	No. 24	Del 18 de septiembre al 29 de septiembre	12 días

¹⁵ Acta No. 18 Cuaderno No. 3

¹⁶ Cuaderno No. 10.1

		de 2013	
No. 8	No. 26	Del 2 de octubre al 14 de octubre de 2013	13 días
No. 9	No. 29	Del 22 de noviembre al 2 de diciembre de 2.013	11 días
No. 10	No. 31	Del 19 de diciembre de 2013 al 13 de enero de 2.014	26 días
No. 11	No. 33	Del 14 de febrero de 2014 al 20 de febrero de 2014	7 días
No. 12	No. 34	Del 6 de marzo de 2014 al 10 de marzo de 2.014	5 días
		Total días suspendidos	120

IV. LA CONTROVERSIA

El Tribunal con el fin de guardar la fidelidad debida, procede a resumir los hechos de la demanda y a transcribir las pretensiones, así como a resumir las excepciones de mérito propuestas contra la misma, en la forma en que fueron planteadas por las partes.

4.1. LA DEMANDA DE JOHN JAIRO REYES Y DESARROLLOS INMOBILIARIOS DE COLOMBIA S.A.

4.1.1. Hechos de la demanda:

La Convocante fundamentó sus pretensiones en los hechos que se sintetizan así:

1. John Jairo Reyes, Estrumetal S.A., Inverprimos Caicedo Douat y Cia. S.en C., Skema Promotora S.A., y Sainc Ingenieros Constructores S.A suscribieron el 17 de diciembre de 2008, un acuerdo de inversión que tenía como propósito establecer las bases para desarrollar conjuntamente el plan de negocios estructurado por el señor John Jairo Reyes, quien lo aportaría a la sociedad en su propio nombre y en nombre y representación de Desarrollos Inmobiliarios de Colombia S.A. para ser implementado en el negocio inmobiliario a desarrollar por GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. (GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A.) Este documento fue autenticado el día 10 de febrero de 2.009
2. Desarrollos Inmobiliarios de Colombia S.A, Estrumetal S.A., Inverprimos Caicedo Douat y Cia. S.en C., Skema Promotora S.A., y Sainc Ingenieros Constructores S.A. constituyeron formalmente la sociedad GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. (GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A.) el 16 de diciembre de 2.008.
3. John Jairo Reyes, Estrumetal S.A., Inverprimos Caicedo Douat y Cia. S.en C., Skema Promotora S.A., y Sainc Ingenieros Constructores S.A. suscribieron el 17 de diciembre de 2008 un acuerdo de accionistas, mediante el cual el señor John Jairo Reyes en su propio nombre y en nombre y representación de Desarrollos Inmobiliarios de Colombia S.A. haría un aporte en especie al capital social de Gestión Administración y Renta S.A. mediante la transferencia del “Plan de Negocios” y un método (Know how) a la empresa GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A.

4. El plan de negocios y know how consistían en un método para la estructuración de proyectos inmobiliarios de centros comerciales tipo “strip center” (centros comerciales de conveniencia) basándose en la experiencia de este tipo de negocios en el mercado chileno, mediante la detección de sectores con oferta de servicios y productos restringida, el descubrimiento de mercados potenciales sin atención adecuada y la implementación y desarrollo de diseños arquitectónicos y urbanísticos de proyectos inmobiliarios, para satisfacer las necesidades finales de los clientes. El aporte en especie implicaba transmitir todo el conocimiento, experiencia, procedimientos, información financiera, técnica, comercial y en general todos los discernimientos necesarios para la estructuración.

Para la implementación de estas actividades en Colombia, se diseñó un modelo financiero según el cual GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. estructuraba cada proyecto inmobiliario, los socios de GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. efectuaban la construcción y apalancaban la financiación del proyecto. GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. buscaría un sistema de financiación que se pagaría con el arrendamiento de los locales y se encargaría de la operación y administración del proyecto inmobiliario.

5. El aporte en especie correspondiente a John Jairo Reyes y Desarrollos Inmobiliarios de Colombia S.A. fue valorado por la asamblea en SETENTA Y CINCO MILLONES DE PESOS (\$75.000.000.00). Los demás inversionistas aportarían el dinero de acuerdo a lo pactado en el convenio de inversión y acuerdo de accionistas.
6. En desarrollo del contrato de sociedad, el acuerdo de accionistas y el convenio de inversión, GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. desarrolló su objeto social a través de diversas oportunidades de negocios y proyectos inmobiliarios que generaron renta y plusvalía para la compañía, administrando para la fecha de la presentación de la demanda cerca de 196 unidades inmobiliarias entre las que se encuentran:
 - Un centro comercial de barrio con 47 locales comerciales denominado “Small Center Dapa”.
 - Un pasaje comercial en el centro de Cali, con 50 locales comerciales y 70 mini bodegas, denominado “San Telmo Plaza”
 - Una sociedad dedicada a la explotación de Centro de Negocios y Oficinas Virtuales con una sede propia y tres franquiciadas en las ciudades de Cali, Bogotá y Medellín, bajo la marca: “Xeo Centro de Negocios.”
 - 22 Aparta-estudios en arrendamiento en el condominio remansos de Arroyohondo.
 - Un proyecto en fase final de estructuración para el desarrollo de un centro comercial de 37.000 m2 sobre un lote de terreno negociado por la sociedad, cuya inversión ascenderá a ciento cuarenta y tres mil millones de pesos (\$143.000.000.000.00).
 - Un macro proyecto en fase inicial de estructuración para el desarrollo de un hotel contiguo al centro comercial Small Center Dapa, que en etapas posteriores involucrará el desarrollo de un eco parque y una ciudadela residencial para adultos mayores.

7. El patrimonio contable de GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. a octubre 31 de 2.012 ascendía a la suma de SIETE MIL QUINIENTOS DIECISEIS MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS SESENTA Y UN PESOS (\$7.516.637.361.00).
8. El valor estimado de los activos tangibles contabilizados al 31 de octubre de 2.012 ascendían a la suma de VEINTIÚN MIL DIECINUEVE MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS VEINTINÚN PESOS (\$21.019.638.421.00). El valor estimado de activos intangibles, correspondientes al valor de los derechos y beneficios al 31 de octubre de 2.012 que se derivarán de los proyectos en ejecución, ascienden a la suma de \$50.334.433.606, por lo que la estimación del valor total de activos de GESTION ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. asciende a la suma de SETENTA Y UN MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MILLONES SETENTA Y DOS MIL VEINTISEIS PESOS (M/CTE) \$71.354.072.026.00)
9. En desarrollo del plan de negocios, el señor John Jairo Reyes, encontró la posibilidad de negocio sobre un lote de terreno ubicado en la Calle 14 No. 49-20, con un área de 19.879.44 m2 e identificado con el folio de matrícula inmobiliaria No. 370-24095 de propiedad del Fideicomiso CENPROES S.A. (beneficiaria del 100% de los derechos fiduciarios) y representado legalmente por Fiduciaria Alianza.
10. En reunión de Junta Directiva, como da cuenta el Acta No. 14 del 30 de enero de 2010, se definió claramente un mecanismo para la financiación de los proyectos de la empresa incluida la adquisición de los derechos fiduciarios del lote CENPROES que sería adquirido con dineros de los socios capitalistas de la sociedad, siendo aportado al costo tal y como se había definido en las políticas de la sociedad para que GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. desarrollara el proyecto inmobiliario, avalando al representante legal para formalizar los actos pertinentes.
11. El 3 de junio de 2010, John Jairo Reyes, representante legal de GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. formalizó el documento de promesa de compraventa de los derechos fiduciarios con la representante legal de CENPROES S.A. por la suma de SIETE MIL TRESCIENTOS SETENTA Y CINCO MILLONES DOSCIENTOS SETENTA Y DOS MIL DOSCIENTOS CUARENTA PESOS (\$7.375.272.240.00), asumiendo GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. todos los riesgos inherentes a la negociación.
12. Celebrado el contrato de promesa de compraventa de derechos fiduciarios del lote Cenproes, el gerente de GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. inició una serie de estudios de mercado, actuaciones urbanísticas, prediseños y sondeos que dieron como resultado el proyecto del centro comercial PUERTA DEL SUR, que fue ofertado a diferentes marcas, inversionistas y operadores de centros comerciales, los cuales fueron mostrando un gran interés por el proyecto. Fue así como se logró adelantar negociaciones para asociarse con la empresa PARQUE ARAUCO S.A. con quien se estaba formalizando un acuerdo para vender el 51% del terreno, con el objetivo de ejecutar en conjunto el desarrollo del proyecto, donde se valoraba el terreno en la suma de VEINTIÚN MIL

OCHOCIENTOS SESENTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS MILLONES DE PESOS (\$21.866.900.000.00), negociaciones que fueron avaladas por la Junta Directiva en el acta No. 41 y mediante varias comunicaciones de confirmación enviadas entre los socios por correo electrónico.

13. Las sociedades INVERPRIMOS CAICEDO DOUAT & CIA S.EN. C, SKEMA PROMOTORA S.A. Y SAINC INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A. incumplieron el contrato de sociedad, acuerdo de inversión y de accionistas por las siguientes razones:

- I. ABUSO DEL DERECHO Y POSICIÓN DOMINANTE, DETRIMENTO PATRIMONIAL DEL ACCIONISTA MINORITARIO E INCUMPLIMIENTO DEL PUNTO 4.4. DEL ACUERDO DE ACCIONISTAS:

Previo a la asamblea general de accionistas del 31 de marzo de 2.009, en la que se decidiría sobre la capitalización y continuidad de la sociedad GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A., John Jairo Reyes recibió una llamada de uno de los socios que le pidió que aceptara la dilución de su participación en la sociedad so pena de que no continuarían con la sociedad. Teniendo en cuenta el hecho coercitivo, en dicha reunión se aprobó la capitalización disminuyendo la participación de la sociedad DESARROLLOS INMOBILIARIOS DE COLOMBIA S.A del 33% inicial al 26.32%, yendo en contra a lo establecido en el numeral 4.4. del acuerdo de accionistas. Esta decisión conllevó a la pérdida de derechos económicos en la sociedad y a perder su derecho a vetar las decisiones que requieren aprobación del 70% de las acciones representadas.

Siempre que el Gerente de GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. ha demostrado la necesidad de capitalizar la empresa en los términos previstos en el acuerdo de accionistas, la propuesta ha sido rechazada, aduciendo que no lo harán si DESARROLLOS INMOBILIARIOS DE COLOMBIA S.A. no diluye su participación en la sociedad. Esta situación ha obligado a que GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. acepte préstamos de los accionistas, que consume la mayor parte de los ingresos de la empresa poniéndola en situación de iliquidez permanente.

- II. ABUSO DEL DERECHO Y POSICIÓN DOMINANTE, DETRIMENTO PATRIMONIAL DEL ACCIONISTA MINORITARIO E INCUMPLIMIENTO DEL PUNTO 4.3. DEL ACUERDO DE ACCIONISTAS.

Ante el interés demostrado por las diferentes marcas, inversionistas y operadores de centros comerciales respecto del proyecto PUERTA DEL SUR, los accionistas mayoritarios convocaron al gerente de la sociedad en el mes de noviembre de 2011 y le solicitaron que cambiaran las condiciones en las que se aportaría dicho terreno a GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. para el desarrollo del lote o de lo contrario disolverían la sociedad. Teniendo en cuenta ese nuevo hecho coercitivo, en la junta No. 33 se aprobó que el lote fuera aportado por GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. por 1.5. veces su costo de adquisición o el 15% del valor de las ventas, lo que genera un deterioro ostensible en la rentabilidad del negocio para la sociedad y

beneficia solamente a los accionistas mayoritarios, vulnerando el interés del socio minoritario generando importante detrimento patrimonial y siendo contrario al punto 4.3. del acuerdo de accionistas.

III. INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE SOCIEDAD MEDIANTE ACTUACIONES ILEGALES HACIENDO USO DE UN REPRESENTANTE LEGAL SUPLENTE, USURPANDO LAS FUNCIONES DEL REPRESENTANTE LEGAL PRINCIPAL.

El 4 de septiembre de 2012, ante la necesidad de formalizar los derechos que GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. había adquirido en el desarrollo del proyecto dada la inminente firma de la opción de compra con PARQUE ARAUCO S.A. empresa que pagaría el equivalente al 51% del terreno y aportaría gran parte del capital para el desarrollo del proyecto, los socios mayoritarios abusivamente ordenaron al representante legal suplente que traspasara el 31,17% de los derechos fiduciarios del patrimonio autónomo CENPROES a sus empresas, sin que hubiese constancia de ausencia del representante legal principal y sin que existiera un acuerdo de junta directiva que le diera poder para ejecutar dicho acto.

El 26 de septiembre de 2012, las empresas SAINC S.A., ESTRUMETAL enviaron una comunicación conjunta a PARQUE ARAUCO S.A. mencionando que no existía ningún tipo de acuerdo o negociación con terceros (GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A.) referente al terreno en mención. Esta carta desconoció toda la gestión de GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. y los acuerdos hechos al interior de la Junta Directiva de GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A., demostrando la intención de los socios de dañar una negociación que le beneficiaría a GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. y a los demás socios en general.

14. El 24 de octubre de 2012 el señor John Jairo Reyes Londoño representante legal de DESARROLLOS INMOBILIARIOS DE COLOMBIA S.A., envió un comunicado a los socios de GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. invocando el incumplimiento del acuerdo de accionistas y los perjuicios derivados de este, solicitó que en consecuencia actuaran conforme a la cláusula sexta numeral 6.2. en aras de que lo subsanaran.
15. Configurándose un abuso de los socios mayoritarios se convocó a asamblea extraordinaria de accionistas y se propuso la disolución y liquidación de GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. a lo que John Jairo Reyes en representación de DESARROLLOS INMOBILIARIOS DE COLOMBIA S.A. se opuso en debida y legal forma.
16. El 31 de octubre de 2012, el señor JOHN JAIRO REYES, en su calidad de gerente de GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. envió un comunicado a los socios constituyéndolos por segunda vez en mora frente a las obligaciones incumplidas en el acuerdo de accionistas, reiterándoles su obligación de poner en venta las acciones de los socios incumplidos.
17. A la fecha de presentación de la demanda, GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. se encuentra en proceso de liquidación voluntaria por decisión de los socios

mayoritarios, contraviniendo los acuerdos de sociedad. Inversionistas y de accionistas, perjudicando gravemente los derechos, bienes y honra del señor John Jairo Reyes y de la sociedad Desarrollos Inmobiliarios de Colombia S.A.

4.1.2. PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Solicita la parte convocante en su escrito de demanda las siguientes pretensiones:

“PRIMERA.- Que se declare por parte del tribunal de arbitramento que las empresas ESTRUMETAL S.A, INVERPRIMOS CAICEDO DOUAT & CIA S.EN.C., SKEMA PROMOTORA S.A., SAINC INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A., quienes conformaron la sociedad GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. incumplieron el contrato de sociedad, acuerdo de inversión y accionistas suscrito con JOHN JAIRO REYES LONDOÑO y la sociedad GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A.

SEGUNDA: Que igualmente y a consecuencia del incumplimiento se condene a las empresas ESTRUMETAL S.A, INVERPRIMOS CAICEDO DOUAT & CIA S.EN.C., SKEMA PROMOTORA S.A., SAINC INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A. al pago de los perjuicios materiales daño emergente, lucro cesante y a los perjuicios morales equivalentes a la suma de MIL NOVECIENTOS SETENTA Y OCHO MILLONES TRESCIENTOS SETENTA Y OCHO MIL NOVECIENTO CINCUENTA Y TRES PESOS (\$1.978.378.953) por daño emergente, ONCE MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y CINCO MILLONES NOVECIENTOS DIECINUEVE MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y TRES PESOS M/CTE (\$11.485.919.753.00), por lucro cesante QUINIENTOS SESENTA Y SEIS MILLONES SETECIENTOS MIL PESOS (\$566.700.000.) O MIL (1000 SMMLV) por perjuicios morales.

TERCERA.- Que se condene en costas del proceso y agencias en derecho a ESTRUMETAL S.A, INVERPRIMOS CAICEDO DOUAT & CIA S.EN.C., SKEMA PROMOTORA S.A., SAINC INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A.”

4.2. CONTESTACIÓN DE ESTRUMETAL S.A, INVERPRIMOS CAICEDO DOUAT & CIA S.EN.C., SKEMA PROMOTORA S.A., SAINC INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A A LA DEMANDA:

ESTRUMETAL S.A, INVERPRIMOS CAICEDO DOUAT & CIA S.EN.C., SKEMA PROMOTORA S.A., SAINC INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A. contestaron oportunamente¹⁷ la demanda, solicitando desestimar y denegar la totalidad de las pretensiones; se pronunciaron sobre los hechos expuestos por LA CONVOCANTE, negando unos, aceptando otros total o parcialmente y formulando aclaraciones o pronunciamientos relativos a ellos y planteando excepciones que se resumen de la siguiente manera:

1. Las decisiones de GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. no pueden obligar a las sociedades que la integran:

En una reunión de Junta directiva de GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A., los miembros de la misma determinaron estar de acuerdo en que los accionistas ESTRUMETAL y SAINC aportaran el lote CENPROES al proyecto, sin embargo, no puede establecerse que por una decisión interna, de la junta directiva de GESTIÓN

¹⁷ Cuaderno No. 4.

ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A., resulten obligados ESTRUMETAL y SAINC por el solo hecho de ser sus accionistas, a aportar el lote al proyecto, pues esta decisión solo sería posible si estas compañías hubieran contado con la autorización de su junta directiva como lo establecen los estatutos sociales de cada sociedad.

2. Falta de Legitimación en la Causa por Activa

Como GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. no ha resultado perjudicada por las actuaciones de sus socios hoy demandados, no ha iniciado acciones contra los mismos. Al no tener GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. ningún tipo de acción, tampoco lo tienen sus accionistas como DICO y menos el señor REYES que no es accionista.

3. Falta de Legitimación en la causa por pasiva respecto de las sociedades Inverprimos y Skema.

Como quiera que es fácil advertir que las pretensiones de los convocantes tienen su mayor representación con el tema del lote Cenproes, al quedar demostrado que éste es de propiedad de SAINC y ESTRUMETAL y que solo ellos en su condición de propietarios podrían disponer del mismo, ningún tipo de responsabilidad puede endilgársele a INVERPRIMOS y SKEMA en razón a que las mismas no tienen ningún poder de disposición sobre el aludido inmueble.

4. Excepción de contrato no cumplido.

Las convocadas han cumplido con todas y cada una de las obligaciones a que se comprometieron, tanto en los estatutos, como en los acuerdos de inversionistas y de accionistas.

Por el contrario, quien incumplió los acuerdos de inversionistas, de accionistas y los estatutos sociales fue DESARROLLOS INMOBILIARIOS DE COLOMBIA S.A. en razón a que nunca se cumplió el PLAN DE NEGOCIOS, la construcción de 16 “Strip centers” en los primeros cinco años de vigencia de la sociedad GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. no se cumplió, ante la necesidad de generar recursos para la sociedad, ésta incurrió en otros negocios que si bien estaban enmarcados dentro del objeto social de GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A., violaban flagrantemente los acuerdos de inversionistas y el plan de negocios. Tampoco se cumplió con la estructura de financiación consistente en la adquisición de préstamos por parte de GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. del sector financiero sin que los accionistas tuvieran que hacer erogación de recursos, sino limitarse a servir como avalista hasta unos montos determinados. Los accionistas tuvieron que avalar montos superiores a los comprometidos e incluso tuvieron que hacer préstamos a GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. para que pudiera cumplir con sus obligaciones. GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. no ha producido ni siquiera para pagar las deudas.

5. Responsabilidad de Desarrollos Inmobiliarios de Colombia S.A. (DICO) por sus actos propios.

DICO tanto en los acuerdos de inversión y de accionistas, aceptó de manera expresa la capitalización de la empresa, ratificándolo en las reuniones de Asamblea de Accionistas (acta de fecha 02 de febrero de 2009) y de Junta Directiva (acta 001 de 2 de febrero de

2009) y en las cuales se autorizó que dicha capitalización y la emisión de acciones fuera dirigida únicamente a los inversionistas.

Mal puede entonces ahora DICO S.A., pretender el pago de unos perjuicios con fundamento en el incumplimiento de las convocadas frente a la mencionada capitalización cuando ésta fue consentida aprobada y votada por la ahora demandante. No es cierto que el señor John Jairo Reyes, haya sido presionado, por alguno de los accionistas, para que aceptará la dilución de su participación en GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A., so pretexto de no continuar con la sociedad, puesto que las capitalizaciones se dieron en cumplimiento de lo convenido previamente en los acuerdos de inversionistas y de accionistas.

No puede pretender la convocante una indemnización por sus propios actos, pues es evidente la incompatibilidad de su conducta anterior (aceptación de la capitalización de la empresa) con la de ahora, consistente en alegar el incumplimiento de los acuerdos de accionistas y de inversionistas por las convocadas para presentar una reclamación de perjuicios por tal situación. Si en gracia de discusión se hubiere presentado un hecho coercitivo, debió proceder a impugnar la decisión en los términos de ley, pero no lo hizo.

6. Nadie puede alegar su propia culpa

Frente a la decisión de disolver y liquidar la compañía, la sociedad DICO S.A., manifestó formalmente su oposición, en la Asamblea extraordinaria de accionistas celebrada el día 31 de octubre de 2012, lo que le daba pleno derecho a impugnar esa decisión, en razón a los posibles perjuicios que se le pudieran causar. Sin embargo asumió una conducta pasiva al no haber ejercido la acción correspondiente, para anular la decisión de disolver y liquidar la compañía e incluso de suspender provisionalmente los efectos de la misma, por lo que no es lo indicado que si por propia negligencia no atacó la disolución o liquidación de GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A., venga ahora a manifestar que los accionistas mayoritarios abusaron de sus derechos y le causaron algún perjuicio.

7. El representante legal suplente estaba plenamente facultado para transferir los derechos fiduciarios sobre el Lote CENPROES a sus legítimos propietarios

Mientras los nombres de una persona figuren inscritos en el correspondiente registro mercantil como gerente principal o suplente de una sociedad, serán los representantes legales para todos los efectos legales, mientras no se cancele su inscripción, luego el señor Rodolfo Barón tenía tal calidad y podía atender las instrucciones de la Junta Directiva de traspasar los derechos fiduciarios del Patrimonio Autónomo (PA) CENPROES a SAINC y ESTRUMETAL como eran la decisión de la Junta Directiva y ante la negativa del representante legal principal, señor John Jairo Reyes.

8. Simulación – Mandato Verbal Sin Representación.

A pesar de que la promesa de venta de los derechos fiduciarios del lote Cenproes, fue suscrita por GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. y por CENPROES S.A., donde la primera actuó como promitente compradora lo que en realidad existió fue un contrato verbal de mandato sin representación entre SAINC y ESTRUMETAL como mandantes y GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. como mandataria a fin de que ésta última

adquiriera dicho predio, por lo que no es cierto que GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. haya asumido algún riesgo en dicha negociación.

La razón de ser del mandato verbal sin representación, era que los verdaderos compradores (Sainc y Estrumetal), ante terceros, no fueran identificados para efectos de evitar que la vendedora del lote al conocer la capacidad económica de estos pretendiera aumentar su valor. Adicionalmente GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. no tenía la capacidad económica ni la liquidez para obligarse al pago del valor del lote, ni era propietario de los inmuebles entregados en parte de pago según lo establecido en la cláusula QUINTA de dicha promesa.

En el Acta No. 17 de junta directiva de GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. de fecha 31 de mayo de 2010, se dejó constando: “9. ACUERDO ENTRE SOCIOS PARA LA COMPRA DEL TERRENO “CENPROES” expresamente se manifiesta que “GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. deberá solicitar que los derechos fiduciarios o certificados de garantía que serán emitidos, cada vez que se realicen pagos, serán emitidos a nombre de Sainc S.A. o Estrumetal S.A. en la misma proporción y cuantía que estas empresas hayan realizado el pago”. Adicionalmente esto fue previsto en el contrato de promesa de venta de derechos fiduciarios celebrado entre GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. y CENPROES S.A. más exactamente en la cláusula tercera, donde se pactó “y registrará los derechos fiduciarios correspondientes a favor de EL PROMITENTE COMPRADOR o a quien éste indique en la proporción de los abonos debidamente realizados....”.(resaltado fuera de texto).

9. Sainc Ingenieros Constructores S.A. y Estrumetal S.A. son los propietarios de los derechos fiduciarios sobre el lote CENPROES, no GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A.

Siendo SAINC y ESTRUMETAL los propietarios de los derechos fiduciarios sobre el lote CENPROES y no GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A., mal podría esta darle la interpretación amañada que ahora le está dando el señor Reyes a lo decidido en el acta de junta No. 33 en relación a que “El lote será aportado a GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. para que desarrolle el proyecto denominado “Puerta del Sur” por un valor equivalente al 1.5 veces el valor invertido o el 15% de las ventas”. Dice el apoderado de las convocadas que esta interpretación más que equivocada es acomodada y amañada, pues resulta entonces que sin poner un peso, el señor Reyes quiere que GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. se vuelva propietaria del inmueble a fin de aportarlo a un proyecto en un porcentaje superior al que tienen sus verdaderos dueños. GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. recibió la comisión por la compra del lote y que no la recibió por la estructuración del proyecto o venta del inmueble en razón a que ninguno de estos eventos se dio.

10. GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. no logró vender el lote a un tercero ni aportarlo a un proyecto por los valores acordados en el Acta No. 33

Una de las posibilidades de negocio era aliarse estratégicamente con grandes operadores de centros comerciales como Parque Arauco, Mall Plaza y Grupo Poma y se gestó la idea de que GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. tuviera la posibilidad de obtener una comisión por la venta del lote CENPROES siempre y cuando lograra venderlo a Parque Arauco por un valor superior al 1.5 veces del valor adquirido por sus

propietarios en aras de que ese mayor valor fuera la comisión para GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A., o en su defecto lograra aportarlo a un proyecto con Parque Arauco por un valor superior al 15% de las ventas de tal forma que el excedente a este porcentaje sería la comisión para GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A..

Sin embargo GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. no logró ni lo uno ni lo otro, por el contrario, logró que Parque Arauco se interesara en el negocio pero aceptando que el lote fuera aportado (mas no vendido) por el equivalente al 9.4% sobre el valor de las ventas de la totalidad del proyecto, es decir por \$21.867'384.000, pues el valor estimado de las ventas era de \$230.000'000.000 aproximadamente esto es por un valor muy inferior al 15% mencionado anteriormente que sería \$34.500'000.000.

En estas condiciones SAINC y ESTRUMETAL no iban a recibir ningún dinero por concepto de venta del inmueble sino que quedaban sometidos a la suerte de un proyecto que dependía de que el mismo fuera viable ya que solo así las propietarias del predio podrían llegar a recuperar el valor invertido y la ganancia correspondiente, pero así mismo, en caso de no ser viable el proyecto, SAINC y ESTRUMETAL terminarían perdiendo su inversión.

Fue así como en el Acta No. 33 de junta directiva (8 de noviembre de 2011) se dispuso: "El lote será aportado a GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. para que desarrolle el proyecto denominado "Puerta del Sur" por un valor equivalente a 1,5 veces el valor invertido o el 15% de las ventas.

GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. recibirá una comisión equivalente al 3% sobre el valor de compra del lote y una comisión por la estructuración del proyecto o venta del lote".

Nótese como el segundo ítem transcrito se refiere a una comisión por estructuración del proyecto o venta del lote, y no a reconocer a GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. el excedente al 1.5 veces del valor de adquisición por el solo hecho de aportar el inmueble a un proyecto.

Es bueno aclarar que esa oferta que logró GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. con Parque Arauco del 9.5% del valor de las ventas no se logró finiquitar y adicionalmente se condicionó a que el proyecto fuera desarrollado por Parque Arauco y no por GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A..

11. GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. no iba ni a estructurar ni a desarrollar el Proyecto Puerta del Sur

Si bien la idea inicial era que GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. estructurara y desarrollara el Proyecto Puerta del Sur en el Lote Cenproes, una vez apareció Parque Arauco como interesado en participar en el proyecto, esta sociedad por tener una amplia y reconocida experiencia en el desarrollo de este tipo de proyectos (la que GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. no tenía) exigió que fuera ella misma la encargada de desarrollar y de estructurar el proyecto lo que dejaba sin posibilidades a GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. de hacerlo.

Adicionalmente no existía estipulación contractual que obligara a los aquí demandados a mantener a GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. como estructurador y desarrollador del proyecto en razón a que de conformidad con la cláusula 3.3. del Convenio de inversión y 5.3 del Acuerdo de Accionistas, el compromiso en ese sentido era para aquellos "proyectos de centro comercial con una superficie inferior a 6.000 m²".

En otras palabras, cuando se pactó que el lote iba a ser aportado al proyecto, en la suma de \$21.867.384.000 se estaba planteando que fuera PARQUE ARAUCO S.A. y no GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. quien estructurara y desarrollara el proyecto.

12. Pago de lo convenido a GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A.:

En el acta No. 33 de la junta directiva se estipuló en cuanto al lote CENPROES:

“-. GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. recibirá una comisión equivalente al 3% sobre el valor de compra del lote y una comisión por la estructuración del proyecto o venta del lote”.

Este fue el único beneficio pactado en favor de GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A., puesto que no era la propietaria del lote; todo lo contrario, este lo compraron SAINC y ESTRUMETAL, quienes en cumplimiento de dicho pacto le cancelaron la suma de \$256'659.475 a GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A.. Luego en cuanto a la comisión por la estructuración del proyecto o venta del lote no se generó dicha obligación en razón a que GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. ni estructuró el proyecto ni vendió el lote. Por ello no tenía derecho a nada diferente a la comisión pactada, equivalente al 3% sobre el valor de compra del lote. (Facturas 1273 y 1274 y comprobantes de egreso).

13. Inexistencia de negocio jurídico alguno de GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. con Parque Arauco S.A.

GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. no ha celebrado ningún negocio con PARQUE ARAUCO, luego resulta absurda la reclamación del demandante.

En la actualidad no hay contrato con PARQUE ARAUCO S.A. sobre el LOTE CENPROES. Existió simplemente un memorando de exclusividad y confidencialidad para estudiar la posibilidad de firmar una OPCIÓN DE COMPRA.

14. Ausencia de Buena Fe de los demandantes

Según los representados de la parte Convocada, el señor Reyes pretendió que la diferencia entre el valor en que se iba a aportar el lote al proyecto “Puerta del Sur”, es decir, \$21.867'384.000 y los \$10.359'631.485 correspondientes al 1.5 veces del valor invertido, se contabilizara en el haber de GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. para que a DICO le correspondiera el 26.32% de este valor, acto contrario a la buena fe.

En correo del 19 de agosto de 2012 el señor John Jairo Reyes expone faltando a la buena fe sus argumentos para no traspasar los derechos fiduciarios sobre el lote de GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. a sus legítimos propietarios, SAINC y ESTRUMETAL, en los siguientes términos:

“2- En consideración a los acuerdos establecidos en junta directiva No. 33 y al negocio que está a punto de cerrarse con Parque Arauco, no será necesario ceder más derechos a SAINC y ESTRUMETAL.

Como podrán observar en la hoja “Liquidación entre socios” del libro adjunto, teniendo en cuenta que el acuerdo realizado en la junta directiva No. 33, en la cual redefinimos de común acuerdo las condiciones en las que SAINC y ESTRUMETAL aportaban a

GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. sus derechos sobre el terreno, para el desarrollo del proyecto puerta del sur por 1.5 veces el valor de compra del mismo y teniendo en cuenta que GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. ha negociado con Parque Arauco S.A. el lote en 3,17 veces su valor de compra, correspondería entonces a GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. en el momento de hacer la transacción del lote, el 52,63% de los derechos en el fideicomiso”.

Las convocadas advierten la ausencia de buena fe del señor John Jairo Reyes al radicar en cabeza de GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. los derechos fiduciarios sin autorización alguna, y lo peor con la orden de traspasarlos directamente a sus directos propietarios (Acta No. 17), lo cual se traduce en una clara extralimitación de sus funciones como representante legal de GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A., lo cual solo muestra su intención premeditada de querer apropiarse de unos derechos que no le correspondían y obtener un provecho económico en perjuicio de SAINC y ESTRUMETAL.

GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. para lograr una comisión por la estructuración del proyecto o venta del lote debía lograr que el mismo fuera aportado a un proyecto por más del 15% de las ventas o vendido por un valor superior al 1.5 veces el valor invertido por los dueños, el que fuera mayor de manera tal que esa diferencia y solo esa fuera la que le correspondería por comisión a GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A..

15. Disolución y Liquidación de GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A.

Teniendo en cuenta que la sociedad GESTIÓN ADMINISTRACION Y RENTA S.A. está disuelta y en estado de liquidación desde octubre 31 de 2012, por voluntad de sus accionistas, ésta sociedad no tiene derecho a ninguna participación en el negocio del lote Cenproes con Parque Arauco o con quien finalmente se haga negocio, si es que se hace, diferente a la comisión del 3% que ya se le pagó por haber conseguido el lote para que SAINC y ESTRUMETAL lo compraran.

El negocio con PARQUE ARAUCO S.A. ya no se puede hacer con GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. disuelta, por cuanto conforme al artículo 222 del Código de Comercio una sociedad disuelta solo puede ejecutar actos tendientes a su inmediata liquidación y no puede seguir desarrollando su objeto social.

16. Falsedad en los valores determinados como bienes tangibles e intangibles de la sociedad GESTION, ADMINISTRACION Y RENTA S.A. EN LIQUIDACION

La parte actora al descorrer el traslado del recurso de reposición formulado contra el auto admisorio de la demanda aportó como prueba documental un cuadro explicativo de la determinación de los perjuicios reclamados cuyos valores se sustentan en la estimación de unos bienes tangibles y de unos bienes intangibles (no contabilizados) que no se ajustan a la realidad.

Tal y como se puede apreciar en los Estados Financieros de la sociedad debidamente certificados por el Representante Legal de la sociedad de ese entonces (Parte actora), así como por el Contador de la Compañía y debidamente dictaminados por su Revisor Fiscal, durante los periodos 2.010, 2.011 y 2.012 las cifras societarias de GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. son totalmente disimiles a las presentadas por el demandante como prueba documental.

Esta situación se corrobora al observar las declaraciones tributarias presentadas por la sociedad GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. al Estado Colombiano por los periodos 2.010 y 2.011 (Declaración de Renta) en las que queda fácticamente evidenciada la enorme diferencia entre los valores presentados por el demandante en sus documentos probatorios, con respecto a las cifras fidedignas arrojadas por los Estados Financieros Sociales debidamente certificados y dictaminados y con las declaraciones tributarias de la compañía.

17. Ausencia de los elementos que configuran los elementos de la responsabilidad civil contractual

En el presente asunto la parte convocante pretende el reconocimiento de unos perjuicios derivados del incumplimiento de un contrato de sociedad y de los acuerdos de inversionistas y de accionistas, lo cual se traduce en una responsabilidad civil contractual, acción que para su prosperidad implica necesariamente el cumplimiento de tres requisitos a saber:

- 1.- Culpa: que se traduce en el incumplimiento del contrato por parte de uno de los contratantes.
- 2.- Daño: que se traduce en el verdadero perjuicio causado al contratante cumplido, y que debe ser demostrado.
- 3.- Nexo causal entre las dos anteriores.

Ante la inexistencia de una culpa y de un daño, salta a la vista la ausencia del nexo causal de ambas figuras, lo que impide que se configure la responsabilidad civil contractual.

18.- Innominada

Conforme al artículo 306 del Código de Procedimiento Civil, solicitó declarar probada cualquier otra excepción que resultara probada a lo largo del proceso arbitral.

V. CONSIDERACIONES GENERALES

Teniendo en cuenta que el Tribunal considera que se encuentran plenamente cumplidos en este proceso los presupuestos procesales para laudar a saber: capacidad para ser parte, capacidad procesal, demanda en debida forma y competencia del juez, procede a exponer las consideraciones que anteceden la decisión del Tribunal.

5.1. ANÁLISIS DE LOS CONTRATOS OBJETO DE LA CONTROVERSIA

Pretenden los convocantes en el presente Tribunal de Arbitramento obtener una indemnización por una eventual responsabilidad civil contractual derivada del incumplimiento de las obligaciones surgidas de los contratos, que para el caso particular se trata de un convenio de inversión, un acuerdo de accionistas y un contrato social, por lo anterior, previo a la determinación de la mencionada responsabilidad, se hace necesario realizar una aproximación a los conceptos teóricos del contrato mercantil, los convenios de accionistas y / o de inversionistas, y del contrato social, para luego

determinar la existencia o no de la responsabilidad contractual alegada por la parte convocante.

5.1.1. CONTRATO MERCANTIL.

De conformidad con el artículo 100 del Código de Comercio, modificado por el artículo 1 de la Ley 222 de 1995, se tendrán como comerciantes, para todos los efectos legales, las sociedades que se formen para la ejecución de actos o empresas mercantiles. Si la empresa social comprende actos mercantiles y actos que no tienen esta calidad, la sociedad será comercial.

El Contrato mercantil de conformidad con el artículo 864 del Código de Comercio se define como:

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

Este tribunal se encuentra frente a tres contratos que producen efectos jurídicos distintos, como son: el convenio de inversión, autenticado por las partes el 10 de febrero de 2.009, el acuerdo de accionistas suscrito el 17 de diciembre de 2.008 y el contrato de sociedad de Gestión Administración y Renta S.A. de fecha 16 de diciembre de 2.008.

Estos contratos se caracterizan por ser contratos típicos, plurilaterales¹⁸, consensuales y onerosos. Todos estos acuerdos o contratos implican obligaciones para cada una de las partes, obligaciones que el Tribunal entrará a estudiar para determinar si existió un eventual incumplimiento por parte de todos o alguno de las convocadas como lo afirma la parte convocante. Es decir, la responsabilidad contractual reclamada por la parte convocante a la parte convocada, derivada de contratos mercantiles.

5.1.2. EFFECTO DE LOS ACUERDOS DE INVERSIONISTAS Y DE ACCIONISTAS

Para precisar los efectos tanto del convenio de inversión como del acuerdo de accionistas, es preciso estudiar si éstos se sujetaron a las normas del ordenamiento jurídico colombiano que rige la materia, para efectos de establecer si resultan o no oponibles a la sociedad Gestión Administración y Renta S.A., o si por el contrario su órbita de responsabilidad se circunscribe únicamente a los accionistas que los suscribieron.

¹⁸ Contrato Plurilateral: Cada contratante tiene entre sí, simultáneamente, tantas partes cuantas personas concurren independientemente a concertar sus voluntades. El número de contratantes es ilimitado. José Ignacio Narváez G., Obligaciones y Contratos Mercantiles, Pag 34.

La suscripción de acuerdos privados entre accionistas busca satisfacer necesidades de eminente contenido económico. En la doctrina especializada se ha dicho que tales convenios pueden servir de aliciente para efectuar inversiones en sociedades de capital, en la medida en que le confiere solidez a los compromisos adquiridos ex ante por los asociados¹⁹.

A pesar de la importante función económica que cumplen los acuerdos de accionistas, el legislador colombiano se había mostrado reacio a darles plenos efectos a estos convenios frente a la sociedad.

De conformidad con el artículo 70 de la Ley 222 de 1995²⁰, se reconoció, por primera vez en nuestro ordenamiento legal, que los acuerdos de accionistas podían surtir efectos vinculantes frente a la sociedad que regula, previo el cumplimiento de ciertos requisitos.

Según la Sentencia proferida por la Superintendencia de Sociedades, Expediente 73.138, dentro del proceso Verbal Sumario Proedinsa Calle & Cia S en C., contra Inversiones Vermont Uno S. en C. y Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A., se expresa lo siguiente:

“En el artículo 70 de la Ley 222 se consagró una excepción legal al postulado de la relatividad de los acuerdos jurídicos, por cuya virtud, las estipulaciones contenidas en un convenio parasocial, es decir, aquellos acuerdos que se realizan por fuera del Acuerdo o estatuto social, producirán efectos respecto de la sociedad. Se trata de requisitos sustanciales de índole subjetiva y objetiva y de condiciones de forma cuyo cumplimiento se exige de modo imperativo²¹. La restricción subjetiva consiste en que los accionistas suscriptores no ostenten la calidad de administradores, al paso que la de naturaleza objetiva tiene que ver con las materias sobre las cuales puede versar el acuerdo, vale decir, el sentido en que los suscriptores deberán votar en las reuniones de la asamblea o la representación de tales accionistas en las sesiones del máximo órgano social. Además debe cumplirse con las formalidades consistentes en que el acuerdo conste por escrito y que se entregue al representante legal para su depósito en las oficinas donde funcione la administración de la sociedad. De no cumplirse con alguna de las exigencias mencionadas, parece suficientemente claro que el respectivo acuerdo solo tendrá efectos entre los accionistas que lo celebraron.

¹⁹ C Chemla, MA Habib y A Ljungqvist, An Analysis of Shareholder Agreements (2007) 5 J EUR ECON ASSOC 1.

²⁰ Artículo 70 de la Ley 222 de 1995 “Dos o más accionistas que no sean administradores de la sociedad, podrán celebrar acuerdos en virtud de los cuales se comprometan a votar en igual o determinado sentido en las asambleas de accionistas. Dicho acuerdo podrá comprender la estipulación que permita a uno o más de ellos o a un tercero, llevar la representación de todos en la reunión o reuniones de la asamblea. Esta estipulación producirá efectos respecto de la sociedad siempre que el acuerdo conste por escrito y que se entregue al representante legal para su depósito en las oficinas donde funcione la administración de la sociedad. En lo demás, ni la sociedad ni los demás accionistas, responderán por el incumplimiento a los términos del acuerdo”.

²¹ FH Reyes Villamizar (2006) 544-545

Solo podrá predicarse efectos vinculantes respecto de la compañía en la medida en que se cumplan los requisitos del artículo 70 de la Ley 222 de 1995.

1. Restricción Subjetiva:

Los efectos descritos en el artículo 70 de la Ley 222 de 1995 solo se producirán cuando un acuerdo parasocial sea celebrado por dos o más accionistas que no sean administradores de la sociedad. La redacción de la norma deja claro que la restricción aludida solo recae sobre sujetos que detentan de manera simultánea, la calidad de accionistas y administradores de una compañía.

2. Restricción Objetiva:

El segundo de los requisitos establecidos en el artículo 70 de la Ley 222 de 1995 alude a las materias sobre las que pueden versar los convenios allí regulados. Se trata de acuerdos en virtud de los cuales los suscriptores se comprometen a votar en igual o determinado sentido en las asambleas de accionistas, en los que podrán pactarse reglas acerca de la representación de todos en la reunión o reuniones de la asamblea.

3. Depósito del Acuerdo:

En el artículo 70 de la Ley 222 de 1995 se exige, por último, que el acuerdo de accionistas conste por escrito y que se entregue al representante legal para su depósito en las oficinas donde funcione la administración de la sociedad. Además de asegurar que tanto la compañía como los accionistas no suscriptores conozcan el contenido y los alcances del acuerdo, el requisito de depósito apunta, en criterio de la doctrina, a determinar el momento desde el cual el convenio resultará oponible a la sociedad”.

Al revisar el acuerdo de accionistas y de inversionistas el Tribunal concluye lo siguiente:

- **No todos los convocantes y convocados suscribieron el convenio de inversión y el acuerdo de accionistas.**

Este Tribunal encuentra que dentro del Convenio de inversión autenticado el 10 de febrero de 2009 no está firmado por todas las convocadas, pero si por todos los convocantes. Dicho acuerdo solamente fue firmado por: **John Jairo Reyes Londoño, Desarrollos Inmobiliarios de Colombia S.A., Skema Promotora S.A. y Sainc Ingenieros Constructores S.A.**

El acuerdo de accionistas de fecha 17 de diciembre de 2.008 fue suscrito por: **DESARROLLOS INMOBILIARIOS DE COLOMBIA S.A., ESTRUMETAL S.A, INVERPRIMOS CAICEDO DOUAT & CIA S en C, SKEMA PROMOTORA S.A. y SAINC INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A.**

John Jairo Reyes suscribió el convenio de inversión y fue administrador de la sociedad Gestión Administración y Renta S.A., es decir que frente a este convenio se cumplió la restricción subjetiva antes explicada.

- **No se probó que el convenio de inversión ni el acuerdo de accionistas, hubieren sido depositado en las oficinas de la Sociedad Gestión Administración y Renta S.A.**

Es requisito para que tenga el carácter de vinculante frente a la sociedad, que los acuerdos de accionistas consten por escrito y que dichos documentos se hayan entregado al representante legal de la Sociedad para su respectivo depósito en las oficinas donde funcione la administración de la sociedad. En este caso, este Tribunal revisando la totalidad de las pruebas aportadas a este proceso, no encuentra que el acuerdo de accionistas o el convenio de inversión, hubieren sido depositados en las oficinas de la sociedad Gestión Administración y Renta S.A.

Por lo anterior tanto el acuerdo de accionistas como el convenio de inversión no resultan oponibles a Gestión Administración y Renta S.A por no cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 70 de la Ley 222 de 1995.

Lo anterior refuerza lo dicho sobre la no necesidad de vincular a Gestión Administración y Renta S.A. al proceso como Litis consorte necesario pasivo.

5.1.3. CONSENSUALIDAD FRENTE A LOS ACUERDOS DE INVERSIONISTAS Y DE ACCIONISTAS.

Este principio se encuentra extensamente aplicado a los contratos mercantiles puesto que es un lineamiento general de todos los contratos. Es la simple manifestación inequívoca de la intención de contratar efectuada por las partes. Ahora bien en cuanto a los contratos mercantiles este principio rige como regla general y lo podemos evidenciar claramente en el artículo 824 del Código de Comercio:

“Los comerciantes podrán expresar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente, por escrito o por cualquier modo inequívoco. Cuando una norma exija determinada solemnidad como requisito esencial del negocio jurídico. Esta no se formará mientras no se llene tal solemnidad”.

De manera similar, el artículo 864 ídem, como ya se dijo, indica que un contrato mercantil, es un acuerdo de dos o más partes, reiterando la noción de consensualidad al momento de convenir un contrato.

Este Tribunal de arbitramento encuentra que el convenio de inversión autenticado el 10 febrero de 2009, no se encuentra firmado por todas las convocadas, pero si por todos los convocantes. Dicho acuerdo solamente fue firmado por:

1. **JOHN JAIRO REYES LONDOÑO.**
2. **DESARROLLOS INMOBILIARIOS DE COLOMBIA S.A.**

3. SKEMA PROMOTORA S.A (INVERSIONISTA)

4. SAINC INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A (INVERSIONISTA)

En cuanto a Estrumetal S.A e Inverprimos Caicedo Douat & Cia S en C, partes convocadas en este Tribunal de Arbitramento, estos no suscribieron el convenio de inversión por lo que no se les puede exigir las obligaciones establecidas en dicho convenio, ya que no existe el principio de consensualidad y no encuadra en lo dispuesto por el artículo 824 del Código de Comercio, pues no se evidencia su voluntad de obligarse verbal o por escrito o por cualquier otro medio inequívoco, en relación con este convenio.

Por otro lado, El Tribunal de arbitramento encuentra que el acuerdo de accionistas de fecha 17 de diciembre de 2.008, fue suscrito por:

1. DESARROLLOS INMOBILIARIOS DE COLOMBIA S.A.

2. ESTRUMETAL S.A

3. INVERPRIMOS CAICEDO DOUAT & CIA S en C

4. SKEMA PROMOTORA S.A (INVERSIONISTA)

5. SAINC INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A (INVERSIONISTA)

Ahora bien frente a la parte convocante, se evidencia que dicho instrumento no fue suscrito por el señor John Jairo Reyes Londoño.

Por lo anterior se puede determinar que dichos acuerdos pueden ser exigibles a todos los que suscribieron dicho acuerdo, más no a quienes no lo hicieron.

5.1.4. CARÁCTER ONEROSO DE LOS ACUERDOS DE INVERSIONISTAS Y DE ACCIONISTAS.

Los contratos del orden mercantil tienen implícito el carácter económico en las relaciones contractuales entre las partes, es decir, son onerosos.²²

Cabe señalar que en los contratos mercantiles la onerosidad es una característica común, inseparable de su naturaleza jurídica pues convergen los patrimonios de ambas partes. Todas las relaciones comerciales derivadas de ellos tienen una connotación patrimonial, según el artículo 864 del Código de Comercio.²³

En el caso en cuestión, nos encontramos frente a un acuerdo de accionistas y un convenio de inversión que pretende regular el comportamiento de las partes ante un contrato de sociedad anónima que según el artículo 373 del Código de Comercio “*se forma por la reunión de un fondo social suministrado por accionistas responsables hasta el monto de sus respectivos aportes*”.

²² El código civil en el artículo 1497, define el contrato oneroso al que tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro

²³ “El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir regular o extinguir entre ellas una **relación jurídica patrimonial** y salvo estipulación en contrario”.

Dentro de la Sociedad Gestión Administración y Renta S.A., existen dos clases de aportes, según el acuerdo de accionistas y de inversionistas, a saber:

A. APOORTE DE LOS SOCIOS INVERSIONISTAS - APOORTE EN DINERO.

Dentro de la Cláusula 2.1 numeral (VII) del Convenio de inversión, se establece en relación al aporte, lo siguiente:

“Los inversionistas se **OBLIGAN** a realizar un aporte en dinero de \$150.000.000 (Ciento Cincuenta Millones de Pesos) y \$68.000.000 (Sesenta y Ocho Millones de Pesos) al momento de constituirse la sociedad. Posteriormente realizarán una capitalización de \$82.000.000. (Ochenta y Dos Millones de Pesos) (*Refiriéndose a los inversionistas **SKEMA PROMOTORA S.A y SAINC INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A.** nota fuera del texto)*

*La sociedad Desarrollos Inmobiliarios., no estará **OBLIGADA** a realizar el aporte inicial, ni los aportes descritos en el numeral 2.3., en contrapartida Desarrollos Inmobiliarios, aportará en especie el plan de negocios. Las partes de común acuerdo han determinado que el valor que le han asignado a este plan de negocios es el valor de \$75.000.000, suma que se hará constar en escritura de constitución”.*

B. APOORTE EN ESPECIE.

Dentro de la Cláusula 3.1 del Convenio de inversión este Tribunal de Arbitramento da cuenta que Desarrollos Inmobiliarios de Colombia S.A y John Jairo Reyes Londoño, hacen un aporte en especie según lo estipulado por el artículo 136 del Código de Comercio, que establece que entre otros los derechos sobre la propiedad industrial, se consideran aportes en especie.

- Transferencia del know How e implementación del plan de negocios.

Desarrollos Inmobiliarios de Colombia S.A. y John Jairo Reyes Londoño en su propio nombre se comprometen a transferir a Gestión Administración y Renta S.A., todos los conocimientos, experiencia, procedimientos, información financiera, técnica comercial y en general todos los conocimientos necesarios para implementar el plan de negocios a fin de que este pueda ser ejecutado. Esta Obligación es de medio y no de resultado y por lo tanto, Desarrollos Inmobiliarios de Colombia S.A., y John Jairo Reyes Londoño se comprometen a realizar sus mejores esfuerzos en la implementación del plan de negocios pero no garantizan la obtención de una rentabilidad determinada, hecho que conocen y aceptan los inversionistas.

5.2. DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

Una vez vistos el convenio de inversión, el acuerdo de accionistas y el contrato de sociedad, este Tribunal de Arbitramento debe determinar si los integrantes de la parte

convocada en esta demanda incumplieron dichos acuerdos tal como lo asegura en sus pretensiones la parte convocante.

De conformidad con el artículo 1602 del Código Civil, “Todo contrato legalmente celebrado es ley para las partes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.”

El artículo 63 íbidem distingue tres especies de culpa y descuido de la siguiente manera:

“Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra clasificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre o familia, es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia de otro.

“El dolo consiste en la atención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”. (Resaltado fuera del texto)

De igual manera el artículo 1604 íbidem, establece:

“El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor, es responsable de la leve en los contratos que se hace para beneficio recíproco de las partes, y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio”.

La Corte Constitucional en sentencia C-1008 del 9 de diciembre de 2010, Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva, establece que:

“La responsabilidad civil contractual ha sido definida por la doctrina especializada como aquella que resulta de la inejecución o ejecución imperfecta o tardía de una obligación estipulada en un contrato válido. De este modo, el concepto de responsabilidad civil contractual se ubica en el contexto de un derecho de crédito de orden privado, que solo obra en un campo exclusivo y limitado, vale decir, entre las partes del contrato y únicamente respecto de los perjuicios nacidos de ese negocio jurídico.”^[5]

4.2. En materia de responsabilidad civil contractual, ámbito al que pertenece la norma acusada, el elemento subjetivo continúa siendo un criterio determinante para la definición y el alcance de la responsabilidad, comoquiera que el contrato es un acto que se mueve por excelencia en el terreno de la previsibilidad, está regido por la autonomía de la voluntad, de manera que la reparación del perjuicio está atada al grado de culpabilidad del deudor.

4.3. El artículo 63 del Código Civil contempla un sistema de graduación de la culpabilidad civil: (i) culpa grave, negligencia grave o culpa lata, que en materia civil equivale al dolo; (ii) culpa leve, descuido leve o descuido ligero (iii) culpa o descuido levísimo; y (iv) dolo. En tanto que el artículo 1604 ibídem señala los casos en que el deudor es responsable por la culpa lata o por la culpa leve, o por la levísima. Esta regulación, según lo ha destacado la jurisprudencia, se refiere exclusivamente a las culpas contractuales y no a la extra contrato, y constituye parámetro para la graduación de la responsabilidad:

“La graduación de culpas contemplada por el artículo 63, se refiere a contratos y cuasi contratos, más no a delitos y cuasi delitos, de los cuales esa clasificación está excluida. La disposición define el alcance de las tres nociones de culpa, cuando la ley, regulando relaciones contractuales, acude a alguna de ellas graduando la responsabilidad del deudor según la gravedad de la culpa cometida”

*“Las voces utilizadas por la ley (Art. 63 C.C.) para definir el dolo concuerdan con la noción doctrinaria que lo sitúa y destaca en cualquier pretensión de alcanzar un resultado contrario al derecho, **caracterizada por la conciencia de quebrantar una obligación o de vulnerar un interés jurídico ajeno; el dolo se constituye pues, por la intención maliciosa, al paso que la culpa, según el mismo precepto y la concepción universal acerca de ella, se configura sobre la falta de diligencia o de cuidado, la imprevisión, la negligencia, la imprudencia.***

De esas características sustanciales surgen, como es obvio, las consecuencias legales respectivas; el dolo generalmente no se presume (artículo 1516 C.C.) ni su tratamiento legal puede ser modificado por la voluntad individual (...) acarrea en todos los casos sanciones civiles de igual intensidad y agrava la posición del deudor aún en frente de eventos imprevisibles (artículo 1616 C.C.); la culpa, por el contrario, se presume en el incumplimiento contractual (...) las parte pueden alterar libremente las regulaciones legales respecto de ella, y su intensidad se gradúa para asignar diferentes efectos a sus diversos grados (artículo 1604), y por último no agrava la posición del deudor sino ante los que se previó o pudo preverse al tiempo del contrato (artículo 1616 C.C.)”

Ellas las anteriores consideraciones, el Tribunal procederá a determinar si efectivamente existió una responsabilidad contractual de las convocadas por su actuar en relación con los contratos mencionados.

5.3. DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL EN EL CASO CONCRETO

5.3.1. LAS OBLIGACIONES DE LAS PARTES EN LOS CONTRATOS

Una obligación es un vínculo jurídico entre dos o más personas determinadas en virtud del cual una de ellas, ha de dar, hacer o no hacer algo (objeto de la obligación) a favor de la otra parte. Corresponde a este Tribunal definir las obligaciones de las partes y su cumplimiento o no a efectos de establecer si existió un eventual incumplimiento y por parte de quién.

No se desvirtuó dentro del proceso que en desarrollo del convenio de inversión únicamente Skema Promotora S.A. y Sainc Ingenieros Constructores S.A., se obligaron a dar un aporte en dinero por valor de \$150.000.000 y \$68.000.000 al momento de constituirse la sociedad y que así lo hicieron. Posteriormente realizarían una capitalización de \$82.000.000 de pesos, que también se cumplió.

Dentro de los acuerdos de Inversión y de accionistas, Desarrollos Inmobiliarios de Colombia S.A., Estrumetal S.A., Inverprimos Caicedo Douat & Cia S en C, Skema Promotora S.A., y Sainc Ingenieros Constructores S.A., se comprometieron en el evento de que la junta directiva de Gestión Administración y Renta S.A. aprobara el desarrollo de un proyecto y las entidades financieras exigieran garantías de los accionistas, éstas avalarían dichos créditos hasta un valor máximo de \$2.500.000.000 por cada uno de los accionistas.

Igualmente los inversionistas concedieron y aceptaron que la sociedad Desarrollos Inmobiliarios de Colombia S.A., no tenía patrimonio suficiente para avalar este monto y en consecuencia, esta sociedad solo quedó obligada a garantizar hasta una cifra igual a su patrimonio.

Este Tribunal encuentra probado en certificación emitida por el revisor fiscal de la sociedad Gestión Administración y Renta S.A, señor Juan Carlos Moya (prueba No. 10 de la contestación de la demanda y no objetada por la parte convocante²⁴), que los socios aportantes de capital en dinero, además de haber cumplido con la obligación de avalar los créditos por \$2.500.000.000 cada uno, cumplieron su obligación en exceso, avalando créditos hasta por \$9.554.994.792.00 y concediendo préstamos a Gestión Administración y Renta S.A. por \$3.453.894.818.00

En igual forma el Tribunal no encontró probado que Desarrollos Inmobiliarios de Colombia S.A., en el tiempo en que se cumplió el objeto social de Gestión Administración y Renta S.A., avalara crédito alguno.

²⁴ Cuaderno No. 4

Dentro de los acuerdos de Inversionistas y de Accionistas, Desarrollos Inmobiliarios de Colombia S.A. y el señor John Jairo Reyes Londoño, se obligaron a transferir a Gestión Administración y Renta S.A todos los conocimientos, experiencia, procedimientos, información financiera, técnica comercial y en general todos los conocimientos necesarios para implementar el plan de negocios a fin de que este pueda ser ejecutado. Esta obligación se pactó como de medio y no de resultado y por lo tanto, Desarrollos Inmobiliarios de Colombia S.A. y John Jairo Reyes Londoño se comprometieron a realizar sus mejores esfuerzos en la implementación del plan de negocios, pero sin garantizar la obtención de una rentabilidad determinada, hecho que conocieron y aceptaron los socios inversionistas.

El Tribunal encuentra probado que las convocadas avaluaron el aporte en especie del denominado “know how e implementación del plan de negocios” a efectos de conformar el capital social de Gestión Administración y Renta S.A., lo cual evidencia el cumplimiento del aporte en especie y consecuencialmente de las obligaciones de las convocantes.

Dentro del convenio de inversión y el acuerdo de accionistas, Desarrollos Inmobiliarios de Colombia S.A., Estrumetal S.A., Inverprimos Caicedo Douat & Cia S en C., Skema Promotora S.A. y Sainc Ingenieros Constructores S.A., se comprometieron a guardar confidencialidad sobre la información suministrada y se obligaron a “No desarrollar actividades gestión, promoción, ni administración de proyectos inmobiliarios como los que serán desarrollados por Gestión Administración y Renta (centros comerciales con superficies inferiores a 6.000 m2)”

En cuanto a estas obligaciones de no hacer, el Tribunal no encontró probado su incumplimiento.

El convocante dentro del cuerpo de su demanda, manifiesta que Estrumetal S.A., Inverprimos Caicedo Douat & Cia S. en C., Skema Promotora S.A., y Sainc Ingenieros Constructores S.A., incumplieron el acuerdo de accionistas en su numerales 4.3 y 4.4, el convenio de inversión y el contrato de sociedad. Este Tribunal entrará a estudiar si se dieron dichos incumplimientos.

En la medida en que la parte convocante manifiesta que su consentimiento expresado se encuentra viciado en las actas 002 de la Asamblea extraordinaria de accionistas y 33 de la Junta Directiva, que motivan el incumplimiento de los numerales 4.3 y 4.4 del acuerdo de accionistas, se procederá en primera instancia a estudiar, si efectivamente dicho vicio se encuentra probado en el presente proceso.

Luego se procederá a revisar en su orden, si efectivamente se incumplieron las obligaciones de los numerales 4.3 y 4.4 del acuerdo de accionistas, para luego continuar con el estudio de la titularidad de los derechos fiduciarios del lote Cenproes; la legalidad del actuar del representante legal suplente de la sociedad Gestión Administración y Renta S.A., y si con la decisión de disolver la sociedad se vulneraron los derechos societarios de la parte convocante.

5.3.2. VICIOS DEL CONSENTIMIENTO

5.3.2.1. De la Fuerza Dirimente

El artículo 1513 del Código Civil dispone que:

“La fuerza no vicia el consentimiento sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como una fuerza de este género todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes en un mal irreparable y grave”. (Resaltado fuera del texto)

Por lo tanto, para que la **FUERZA** vicie la voluntad se requiere que alcance cierta intensidad y que sea injusta, es lo que la doctrina²⁵ ha denominado fuerza dirimente, por lo tanto, las exigencias se pueden denominar de orden cuantitativo y de orden cualitativo.

a. “Condición Cuantitativa:

La intensidad de la fuerza varía según que se ejerza sobre un hombre o una mujer, sobre un adolescente o sobre un hombre maduro, sobre un enfermo o sobre una persona sana, sobre un ignorante o sobre un sabio. Lo que quiere decir que la edad, la instrucción, la profesión, la práctica en los negocios y las demás circunstancias personales de la víctima son factores que influyen decisivamente en la determinación concreta de la intensidad de la fuerza.

Además, se debe combinar la investigación subjetiva con los hechos constitutivos de la fuerza, porque el artículo 1513 del Código Civil exige que esto sea capaz de producir en la víctima una impresión fuerte, un justo temor de un mal irreparable y grave.

Ahora bien, el artículo 1513 del Código Civil reconoce que también constituye vicio del consentimiento cuando esa amenaza que impresiona o conmueve al agente se dé ante el peligro de otras a quienes se encuentra unida por vínculos de afecto, el legislador ha reconocido expresamente como constitutivo de fuerza todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave.

b. Condición Cualitativa:

Para que la fuerza sea capaz de viciar la voluntad, la doctrina y la jurisprudencia exigen que ella sea injusta y se entiende por tal todo acto de violencia física o moral que no encuentre legitimación en el ordenamiento jurídico. En cambio la fuerza es justa y lícita cuando está autorizada por el ordenamiento jurídico.

5.3.2.2. Fuerza Indiferente

²⁵ Teoría General del Acto o Negocio Jurídico- Mariela González Carvajal en www.teoriasdelnegociojuridico.blogspot.com- Visto el 19 de marzo de 2.014

Cuando no concurren los dos requisitos esenciales mencionados de la fuerza dirimente, es decir, cuando no existen actos capaces de producir en la víctima una fuerte impresión, un justo temor o un mal grave o irreparable y cuando esa fuerza es injusta; o sea, que no está autorizada por la ley; se puede afirmar que se trata de una fuerza indiferente.

Teniendo en cuenta los hechos probados, este Tribunal observa, que el problema jurídico estriba en dilucidar si se presentó el vicio del consentimiento **FUERZA** y además si los hechos irregulares alegados por la parte convocante fueron de tal magnitud para que el señor John Jairo Reyes Londoño, en virtud de la fuerza ejercida, haya aprobado el cambio de la política en el Acta 33 de la Junta Directiva de Gestión Administración y Renta S.A y además que haya renunciado al derecho de preferencia y al de financiación de la capitalización establecido en el punto 4.4 del acuerdo de accionistas.

Este Tribunal advierte que en ninguno de los documentos aportados, ni los testimonios practicados en este proceso, se evidencia la existencia de un vicio del consentimiento por fuerza dirimente o violencia por parte de los accionistas mayoritarios contra el señor John Jairo Reyes Londoño ya que no se encuentra un mecanismo de presión, amenaza o impedimento que se subsuma en la noción de fuerza o violencia, que hubiese impulsado al señor John Jairo Reyes Londoño a aceptar el cambio de la política de aportes contenida en el acta No. 33 de la Junta Directiva de Gestión Administración y Renta S.A, toda vez que la fuerza para que vicie el consentimiento, como ya se dijo, debe ser injusta y de tal intensidad y grado que coarte la libertad de elección o el riesgo de sufrir un grave e irreparable daño.

Por otro lado se observa en el Acta 002 del 31 de marzo de 2009 de la Asamblea de Accionistas, tanto el convocante, como las convocadas aprobaron unánimemente dicho aumento de capital.

Se debe advertir que el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, manifiesta:

“incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”.

Tampoco se prueba la existencia de un vicio de fuerza o violencia contra el convocante, que haya llevado al señor John Jairo Reyes Londoño a aprobar el aumento de capital, producto de la presión e intimidación por parte de las convocadas

Además, para que las circunstancias esgrimidas por el convocante configuren un vicio de fuerza, es necesario que sean de tal intensidad que conduzca a la merma de la libertad de la parte que lo soporta, en cuanto le provocan un temor de sufrir un mal grave e irreparable que no le deja otra alternativa u opción razonable para evitarlo que votar afirmativamente en pro de aumentar el capital de la sociedad Gestión Administración y Renta S.A.

Así las cosas, los hechos señalados por el convocante, específicamente, recibir una llamada por parte de uno de los socios inversionistas en que se incitó para que aceptara la dilución de su participación en Gestión Administración y Renta S.A., bajo la advertencia, que si no era aceptada, los socios no continuarían con la sociedad, para este Tribunal no puede ser considerado como mecanismo suficiente de presión, amenaza o intimidación que se subsuma en la noción de fuerza dirimente o violencia, y que por ende, haya impulsado al señor John Jairo Reyes Londoño a aceptar diluir su

participación y a aprobar el aumento de capital, toda vez, que como ya se dijo, la fuerza para que vicié el consentimiento, debe ser injusta y de tal intensidad y grado que coarte la libertad de elección o el riesgo de sufrir un mal irreparable.

Adicionalmente, si el objeto de la coacción era la disolución y liquidación anticipada de la sociedad Gestión Administración y Renta S.A, el señor John Jairo Reyes Londoño, debió informar a los demás accionistas que se estaba incumpliendo el Acuerdo de Accionistas en su literal 4.4. y si continuaba la eventual coacción por parte de los socios inversionistas de disolver la sociedad Gestión Administración y Renta S.A., para esa fecha, Desarrollos Inmobiliarios de Colombia S.A., podría comprar la participación accionaria de todos los accionistas a \$0,01 centavo por acción, como así lo establece el numeral 3.5 del Acuerdo de Accionistas:

*“En la Asamblea Ordinaria de Accionistas a celebrarse en el año 2009, antes del 31 de marzo, los accionistas evaluarán la conveniencia de continuar con el desarrollo societario, lo anterior basado en los resultados de la gestión y en las expectativas realizables de negocios. **Si la determinación es disolver anticipadamente la sociedad y liquidar su patrimonio se procederá así: I. Desarrollos Inmobiliarios de Colombia S.A., se compromete de manera irrevocable a adquirir la participación accionaria de todos los accionistas por un valor de 0,01 centavos por acción...**” (resaltado fuera del texto)*

En conclusión para este Tribunal no se acreditó una fuerza suficiente que haya viciado el consentimiento del convocante al momento de aprobar el cambio de la política de aporte contenida en el acta 33 de la Junta Directiva y de igual manera el aumento de capital que se encuentra en el Acta No. 002 de la Asamblea de Accionistas de la sociedad Gestión Administración y Renta.

5.3.3. ABUSO DE DERECHO Y POSICIÓN DOMINANTE, DETRIMENTO PATRIMONIAL DEL ACCIONISTA MINORITARIO E INCUMPLIMIENTO DEL PUNTO 4.4 DEL ACUERDO DE ACCIONISTAS.

El numeral 4.4 del Acuerdo de Accionistas, referente al aumento del capital estableció:

“Los aumentos de capital autorizados están regidos por lo establecido en los estatutos sociales. La emisión de acciones y en consecuencia las nuevas capitalizaciones se regirán por las siguientes reglas:

- i. El órgano competente de la sociedad solo aprobará capitalizaciones cuando se requieran recursos para cubrir déficit de flujo de caja siempre que los mismos no se puedan solventar mediante otros mecanismos de financiación, o cuando se modifique el plan de negocios en lo relacionado con la financiación del mismo y se determine que la financiación del plan de negocios se realizará con recursos de los accionistas.*
- ii. Las partes no aprobarán capitalización sin que previamente a la misma no se haya establecido un mecanismo en que los demás accionistas financien a la sociedad Desarrollos Inmobiliarios de Colombia S.A., el monto del aporte que le corresponde realizar. En*

todo caso se deberá establecer que el pago de este préstamo se hará con las utilidades que genere GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A..

- iii. *Cuando se apruebe realizar una capitalización, según las reglas anteriores, el valor de las acciones a emitir deberán ser como mínimo el valor patrimonial de las acciones de acuerdo con el último balance aprobado”.*

El Convocante basa sus pretensiones en la siguiente afirmación:

“Previo a la reunión de asamblea general de accionistas celebrada el día 31 de marzo de 2009, en la que se decidiría sobre la capitalización y continuidad de la sociedad, John Jairo Reyes, recibió una llamada de parte de unos de los socios en la cual se incitó que aceptara la dilución de su participación en GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. yendo en contra de lo establecido en el artículo 4.4 del acuerdo de accionistas. La solicitud fue hecha mediando la advertencia de que si no era aceptada, los socios no continuarían con la sociedad. Teniendo en cuenta ese hecho coercitivo en dicha reunión se aprobó por unanimidad el aumento de capital, se renunció al derecho de preferencia y a lo establecido en el acuerdo de accionistas para capitalizaciones. En dicha ocasión se disminuyó la participación de la sociedad Desarrollos Inmobiliarios de Colombia S.A. del 33% inicial al 26.33%.

Posterior a esta situación, en todas las ocasiones que el Gerente General ha demostrado que es necesaria la capitalización de la empresa haciendo uso del mecanismo de capitalización de la empresa, ha sido rechazada aduciendo que no harán capitalización, si la Empresa Desarrollos Inmobiliarios de Colombia S.A., no diluye su patrimonio en la sociedad, por lo que GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. ha debido aceptar prestamos de los accionistas y buscar créditos con entidades financieras y están consumiendo la mayor parte de los ingresos de la empresa y la han puesto en una situación de iliquidez permanente”.

Una vez desvirtuada la fuerza como vicio del consentimiento, este Tribunal haciendo un estudio detallado del Acta No. 002 del 31 marzo de 2009 de la Asamblea Extraordinaria de Accionistas de la sociedad Gestión Administración y Renta S.A., observa que Desarrollos Inmobiliarios de Colombia S.A e Inverprimos Caicedo Douat & Cia S. en C., renuncian a su derecho de preferencia para suscribir en la emisión de acciones.

De igual forma se observa en el resuelve de dicha acta, que se aprueba la capitalización de la empresa bajo los presupuestos consagrados en el documento denominado “convenio de Inversión”, bajo las siguientes consideraciones:

- a. “Valor total de la emisión: \$60.000.000
- b. Acciones a emitir: 60.000

- c. Valor de cada acción: \$1.000
- d. La forma de suscribir será proporcional en relación a las acciones que posea cada socio al momento del aviso de la oferta, mediante aceptación explícita y escrita.
- e. El plazo de la oferta será de 15 días.
- f. Naturaleza de las acciones: acciones nominativas, ordinarias y de capital.
- g. El plazo para el pago de las acciones serán 5 días hábiles”.

También se destaca que en el acta No. 002 del 31 de marzo de 2009 de la Asamblea Extraordinaria de Accionistas, no se encuentra oposición por parte del señor John Jairo Reyes Londoño a las decisiones tomadas por esa asamblea, especialmente en lo referente al sexto punto denominado “Capitalización de la Empresa.”

Este Tribunal concluye que como no existió la fuerza alegada, que las decisiones fueron tomadas con las mayorías estatutarias y que la parte convocante no las objetó, las mismas se ajustan a derecho.

5.3.4. ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE

Para determinar si existió “abuso de la posición dominante”, este Tribunal de Arbitramento entrará a estudiar, si los actos realizados por las convocadas se pueden calificar como tales, como lo manifiesta el convocante.

La Constitución Política de Colombia en el artículo 333, establece:

“...El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional...”

Igualmente el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, establece:

“DEFINICIONES. Para cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo anterior se observarán las siguientes definiciones:

(...)5. Posición Dominante: La posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado...”.

Según el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992, complementado por el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009, establece, que:

“Las disposiciones sobre protección de la competencia abarcan lo relativo a prácticas comerciales restrictivas, esto es acuerdos, actos y abusos de posición de dominio, y el régimen de integraciones empresariales. Lo dispuesto en las normas sobre protección de la competencia se aplicará respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica y en relación con las conductas que tengan o puedan

tener efectos total o parcialmente en los mercados nacionales, cualquiera sea la actividad o sector económico”.

Las conductas constitutivas de abuso de la posición dominante se establecen en el Artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, que consagra:

“Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente Decreto, se tendrá en cuenta que, cuando exista posición dominante constituye abuso de la misma las siguientes conductas:

- 1. La disminución de precios por debajo, de los costos cuando tenga por objeto eliminar uno o varios competidores o prevenir la entrada o expansión de estos.*
- 2. La aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor de condiciones análogas.*
- 3. Los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constituían el objeto de negocios, sin perjuicios de lo establecido por otras disposiciones.*
- 4. La venta a un comprador en condiciones diferentes de las que ofrecen a otro comprador cuando sea con la intención de disminuir o eliminar la competencia en el mercado.*
- 5. Vender o prestar servicios en algunas de las partes del territorio Colombiano a un precio diferente a aquél al que se ofrece en otra parte del territorio colombiano, cuando la intención o el efecto de la práctica sea disminuir o eliminar la competencia en esa parte del país y el precio no corresponda a la estructura de costos de la transacción.*
- 6. Artículo 16 de la Ley 590 de 2000: Obstruir o impedir a terceros, el acceso a los mercados o a los canales de comercialización.”*

Según Sentencia C-1041 del 4 de diciembre 1997 proferida por la Corte Constitucional, Magistrado ponente Humberto Antonio Sierra Porto, expresó:

*“La posición dominante, consiste en una sustracción de la competencia efectiva, en una situación de fortaleza en la cual se encuentra una determinada empresa, la cual le permite evitar que **en un mercado determinado se mantenga una competencia real por conferirle el poder de conducirse en buena medida con independencia de sus competidores, clientes y, en últimas, de los consumidores.** La existencia de una posición dominante se determina con ayuda de indicadores económicos, de los cuales el principal es estar en posesión de una gran cuota de mercado. También es necesario tomar en consideración la debilidad económica de los*

competidores, la ausencia de competencia latente o el dominio del acceso al recurso o a la tecnología...”. (negritas fuera del texto)

Ahora bien, ninguno de los hechos presentados por la parte convocante se encuadran dentro de los seis numerales que componen el *Artículo 50 del Decreto 2153 de 1992*, por lo tanto este Tribunal de Arbitramento no encuentra ajustada la manifestación del convocante en cuanto a la existencia de “abuso de la posición dominante” por parte de los socios mayoritarios toda vez que el abuso de la posición dominante se refiere a la competencia efectiva al interior de un mercado específico, o la situación de fortaleza que tiene una empresa dentro de un mercado determinado, la cual mediante maniobras evita la competencia real afectando a sus competidores, clientes y consumidores y no a las situaciones particulares, como en el presente caso referida a la ejecución de los contratos objeto de controversia, que por su naturaleza, efectos y dimensión no tienen la capacidad de afectar la situación del mercado.

Lo anterior conlleva a la necesidad de evaluar por parte del Tribunal la figura del “abuso del derecho” y sus efectos en el presente asunto, para determinar si los accionistas mayoritarios pudieron o no incurrir en ella al momento de la segunda capitalización de la Sociedad Gestión Administración y Renta S.A.

5.3.5. ABUSO DEL DERECHO DENTRO DEL CONTRATO DE SOCIEDAD- ABUSO DE LA MAYORÍA.

De conformidad con el artículo 95 de la Constitución Política de Colombia dispone:

*“...Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes. Son deberes de las personas y los ciudadanos: **1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios**”.*

A su vez, el Artículo 830 del Código de Comercio establece:

“El que abuse de sus derechos, estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause.”

Y de la misma manera, el Artículo 43 de la Ley 1258 de 2008 estableció lo siguiente:

“Los accionistas deberán ejercer el derecho de voto en interés de la compañía. Se considera abusivo el voto con interés de causar daño a la compañía o a otro accionista o de obtener para sí o para un tercero, ventaja injustificada, así como de aquel voto del que pueda resultar un perjuicio para la compañía o para los otros accionistas. Quien abuse del derecho de accionistas en las determinaciones adoptadas en la asamblea, responderá por los daños que ocasione, sin perjuicio que la Superintendencia de Sociedades pueda declarar la nulidad absoluta de la determinación adoptada, por la ilicitud del objeto...”

El abuso del derecho se configura cuando el titular de un derecho subjetivo, actúa en ejercicio del mismo, pero contrariando de paso la buena fe, la moral, las buenas costumbres o los fines sociales y económicos buscados por el derecho.

De igual forma, una persona actúa abusando del derecho, cuando con culpa o dolo, causa un daño a otro, sin importar que obtenga o no utilidad alguna para sí.

El abuso se puede dar con el ejercicio de un derecho en el campo contractual, como en el extra-contractual. La Corte Suprema de Justicia aplicó la teoría del Abuso del Derecho a asuntos de naturaleza contractual, pues consideró que:

“Tratándose de la autonomía de la voluntad privada y el conjunto de facultades que se condensan en la de celebrar un determinado negocio jurídico o dejar de hacerlo, en la de elegir con quien realizarlo y en la de estipular las cláusulas llamadas a regular la relación así creada, pueden darse conductas abusivas que en cuanto ocasionen agravio a intereses legítimos no amparados por una prerrogativa específica distinta, dan lugar a que el damnificado, aun encontrándose vinculado por el negocio y por la fuerza precisamente de las consecuencias que para él acarrea la eficacia que de este último es propia, pueda exigir la correspondiente indemnización”²⁶.

El catedrático Dr. Esteban Jaramillo ha expresado sobre el particular: *“La doctrina elaboró otras formas posibles de Abuso del Derecho, sobre todo en el plano contractual: cláusulas abusivas en la predisposición unilateral del contrato (contratos de adhesión), terminación anticipada del contrato; no renovación del contrato; abstención a contratar; abuso en la ejecución del contrato”²⁷.*

El profesor Ernesto Rengifo sobre este particular ha manifestado: *“Modernamente se han expuesto las siguientes formas de Abuso del Derecho: En el Derecho de la Competencia, el abuso de posición dominante. En el derecho societario, el abuso del derecho de voto y el abuso del derecho de retiro. En el campo de la propiedad intelectual puede resultar del ejercicio abusivo de un derecho”²⁸.*

Al respecto Reyes Villamizar, manifiesta:

“...Una de las principales circunstancias que podría configurar un abuso de mayoría, se plantea, por ejemplo, cuando en lugar de repartir utilidades, se decide sistemáticamente destinar tales recursos a la constitución de reservas injustificadas. Lo propio ocurriría entorno a las hipótesis relativas a la aprobación de remuneraciones excesivas para los administradores sociales, en caso de ser

²⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 19 de octubre de 1994, Magistrado Ponente: Carlos Esteban Jaramillo.

²⁷ Casación de 19 de octubre de 1994, M.P.: Carlos esteban Jaramillo, CCXXXI, segundo semestre, 709 a 777.

²⁸ Abuso del Derecho, Ernesto Rengifo García, Pag 32.

ellos también asociados mayoritarios, o cuando se adopta una determinación de capitalizar la sociedad, con el propósito subyacente de diluir la participación en el capital de los socios o accionistas minoritarios.”²⁹

Y el Dr. Carlos Alberto Velásquez Restrepo opina:³⁰

“El abuso del poder mayoritario se encuentra en tres categorías de comportamiento, que, como quedó dicho, difiere del objeto, espíritu y finalidad de la sociedad. Veamos:

- 1. Decisiones contrarias al interés social motivado por razones extrasocietarias:*** Una decisión que se adopte por parte de la mayoría contrariando el interés social, sin que sea necesario que se actúe en beneficio propio, sino más bien conforme a valoraciones extrasocietarias, es una decisión que debe ser anulada.
- 2. Decisiones que rompen con la igualdad de los accionistas en beneficio de la mayoría:*** Dominique define el abuso de la mayoría como el abuso del poder mayoritario en un fin extraño al interés de la colectividad de los asociados. Es importante destacar que no puede haber abuso del poder mayoritario en los casos en que, aún con el rompimiento de la igualdad entre los accionistas, con las decisiones adoptadas se logra el beneficio para la sociedad.
- 3. Decisiones que encubren la lesión de derechos esenciales de los accionistas y cuyo fin es lograr el “estancamiento de la minoría”:*** Las situaciones que se pueden citar son la no distribución sistemática de dividendos y la constitución de reservas irrazonables que no respondan a una política de inversiones sobre la base del autofinanciamiento que los justifique o explique”.

Este tribunal de Arbitramento, haciendo una revisión del Acta No. 2 de la Asamblea Extraordinaria de Accionistas de Gestión Administración y Renta S.A, realizada el 31 de marzo de 2009, concluye que en la proposición No. 3, referente a la capitalización de la empresa, los accionistas luego de presentados los estados financieros de la sociedad al 28 de febrero de 2009 y teniendo en cuenta los requerimientos de capital consignados en el presupuesto aprobado para el año 2009, propone realizar la plurimencionada capitalización de la empresa por valor de \$60.000.000 de pesos.

Por lo tanto no encuentra este Tribunal un abuso de las mayorías ante la decisión de capitalizar la empresa Gestión Administración y Renta S.A, ya que como se puede observar, éste no se ejerce en contravía del objeto de la sociedad, de su espíritu o de su finalidad, pues es evidente que dicha capitalización tiene como finalidad atender los requerimientos del presupuesto para el año 2009 de la sociedad Gestión Administración y Renta S.A.

²⁹ Reyes Villamizar, Francisco. La Sociedad por Acciones Simplificada. Primera Edición. Bogotá: Legis 2009. P 68

³⁰ Carlos Alberto Velásquez Restrepo. Sobre el Abuso del Derecho en materia de Sociedades P.g. 11 y 12

Además se observa que ante la discusión de dicha proposición, la Asamblea General Extraordinaria de Accionistas de Gestión Administración y Renta S.A., en uso de sus facultades legales y estatutarias, aprobó la proposición No. 3 por decisión del 100% de las acciones suscritas que componen el capital social y que representa a su vez, el ciento por ciento (100%) de las acciones presentes en dicha reunión. Lo que demuestra que hubo unanimidad para aprobar la capitalización de la empresa

Adicionalmente, dentro del contrato de sociedad en el párrafo del artículo 5 referente al aumento del capital, se expresa que: *“la Asamblea general de Accionistas podrá, en cualquier tiempo y con el pleno cumplimiento de los requisitos legales y estatutarios, decretar el aumento o la disminución del capital social, siempre y cuando la aprobación correspondiente cuente por lo menos con el cincuenta y uno por ciento (51%) de las acciones suscritas y pagadas en la correspondiente reunión del órgano máximo”*.

Así las cosas se encuentra plenamente acreditado que el aumento de capital se cumplió de conformidad con lo estatutos sociales y que, como ya quedó dicho, no se evidenció, una fuerza suficiente que haya viciado el consentimiento del convocante al momento de aprobar el aumento de capital, ni existió abuso del derecho, este Tribunal no encuentra evidencia que las convocadas hayan incumplido el punto 4.4 del acuerdo de accionistas. Adicional a todo lo expuesto, si el representante de Desarrollos Inmobiliarios de Colombia S.A. consideró haber sido coaccionado por parte de los accionistas mayoritarios de la sociedad Gestión Administración y Renta S.A., tenía la facultad de demandar las decisiones contenidas en el acta 002 de la asamblea de accionistas, dentro de los dos meses previstos en la ley, derecho que el accionista no ejerció.

5.3.6. ABUSO DE DERECHO Y POSICIÓN DOMINANTE, DETRIMENTO PATRIMONIAL DEL ACCIONISTA MINORITARIO E INCUMPLIMIENTO DEL PUNTO 4.3 DEL ACUERDO DE ACCIONISTAS.

El Numeral 4.3 del acuerdo de accionistas establece:

“Todas las decisiones de la junta directiva se tomarán consultando los intereses de la sociedad antes que los accionistas individualmente considerados”.

Afirma la convocante como sustento de sus pretensiones que:

“En todas las actas de la Junta Directiva de la Sociedad se evidencia que el Gerente General cumpliendo con la ejecución de su plan de negocios, encontró un lote de terreno perteneciente al Colegio Cenproes.

Según consta en el acta de Junta Directiva No. 14 se definió claramente un mecanismo para la financiación de los proyectos de la empresa, la compra de terrenos con dineros de los socios capitalistas y la forma en la cual estos

serían aportados para que GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. los desarrolle.

En la misma junta se aprobó la firma por parte del Gerente General de un documento para formalizar la compra de derechos fiduciarios sobre el denominado terreno Cenproes.

Una vez perfeccionada la firma de documentos, GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. inició una serie de estudios de mercado, actuaciones urbanísticas, prediseños y sondeos con diferentes marcas, inversionistas y operadores de centros comerciales, que fueron mostrando un gran interés por dicha ubicación, con lo que fue demostrando que este es uno de los terrenos ubicando es uno de los mejores lugares para construir un centro comercial en Cali.

En vista de esta situación los accionistas mayoritarios convocaron al gerente de la sociedad en el mes de noviembre de 2011 y le solicitaron que cambiaran las condiciones en que se aportaría dicho terreno a GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. para el desarrollo del lote o de lo contrario disolverían la sociedad.

Teniendo en cuenta ese nuevo hecho coercitivo en la junta No. 33 se aprobó que el lote fuera aportado a GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. por 1.5 veces su costo de adquisición o el 15% del valor de la venta. Como es evidente, dicha decisión genera un deterioro ostensible en la rentabilidad de este negocio para la sociedad y beneficia solamente a los accionistas mayoritarios, vulnerando el interés de los socios minoritarios”.

La definición de mandato, la encontramos en el artículo 2142 del Código Civil y en el artículo 1262 del Código de Comercio, éste último de la siguiente manera:

“El mandato comercial es un contrato por el cual una parte se obliga a celebrar o ejecutar uno o más actos de comercio por cuenta de otra. El mandato puede conllevar o no la representación del mandante”.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en Sentencia del 17 de abril de 2007, Expediente 00645, Magistrado Ponente Pedro Octavio Munar Cadena, manifiesta lo siguiente:

*“El mandato es **no representativo**, según terminología ampliamente aceptada en nuestro medio, cuando, como ya ha quedado señalado, no exterioriza a los destinatarios de sus declaraciones que obra por cuenta y riesgo de otro, inadvertencia que, como es apenas obvio, y dado el carácter relativo de los contratos, apareja que entre mandante y terceros no surjan vínculos jurídicos y carezcan, por ende, de legitimación para emprender acciones judiciales entre sí. Es diáfano, por el contrario, que frente a esos terceros con quienes contrata, el mandatario aparece como titular de los*

derechos que agencia, así como de las acciones derivadas del contrato. No obstante, esto no quiere decir que el sustituido se mantenga totalmente al margen de la situación y que los resultados del negocio no lo alcancen: por supuesto que el intermediario, aunque obra frente a terceros en nombre propio, sigue haciéndolo por cuenta ajena, la del mandante, y a riesgo de éste, cual lo define el reseñado artículo 1262 del Código de Comercio, de modo que sobre su patrimonio habrán de recaer, en últimas, los resultados del acto”.

“Significa lo anterior, en resumen, tiene dicho la Corte, que el carácter del mandato no representativo estriba en que, interiormente, entre mandante y mandatario existe por hipótesis un contrato de mandato civil o mercantil llamado a gobernarse por sus propias reglas, mientras que en el plano exterior no se da esa percepción jurídica del mandato pues la representación –se repite– no existe ya que el mandatario obra en su propio nombre, no en el de su mandante. Por lo tanto, forzoso es diferenciar la relación entre aquél y los terceros, de un lado, y del otro la relación entre el mandante y el mismo mandatario que fungió como gestor de sus intereses; no existe, pues, vínculo directo del mandante y los terceros como sí se presenta en el mandato común, lo que en materia de obligaciones lleva a sostener que, en tesis general, tratándose del mandato no representativo no hay un deber, espontáneo e inmediato, de prestación a favor del tercero contra el mandante o viceversa, postulado este cuya razón de ser se halla en que, dadas las particulares características de esta forma de contratación, los terceros y el propio mandante la usan porque abrigan confianza en el proceder del mandatario en cuanto hace con el cumplimiento de su cometido y por eso, enseñan autorizados expositores, lo hacen funcionar como una especie de ‘órgano conmutador’ en el sentido de que siendo dueño del negocio, en él está la titularidad de derechos y obligaciones, pero obviamente los riesgos que a éstas son inherentes y por cuanto desde un punto de vista preponderantemente económico ellas van a redundar en provecho del mandante, tendrán que gravitar –dichos riesgos – sobre el patrimonio de este último y no sobre el que quien fuera su mandatario, concepto del que con facilidad se comprende, se siguen consecuencias de notable importancia para el estudio del caso sub lite..”³¹

Después de haber definido el concepto de mandato, este tribunal tomará como soporte para establecer la existencia de un mandato sin representación para la compra de los derechos fiduciarios sobre el denominado “Lote Cenproes”, lo estipulado en:

- i) el acta 17 de la Junta Directiva del 31 de mayo de 2010,
- ii) el Dictamen Pericial rendido por la Perito Contador Miryam Caicedo Rosa y

³¹ Corte suprema de Justicia Sala de Casación Civil, sentencia del 11 de Octubre de 1991

- iii) las notas a los estados financieros a octubre 31 de 2012 de la sociedad Gestión Administración y Renta S.A., las cuales expondremos a continuación:

5.3.6.1. COMPRA DE LOS DERECHOS FIDUCIARIOS DEL DENOMINADO LOTE CENPROES.

Así las cosas, este Tribunal para determinar la condición en que GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. adquiere los derechos fiduciarios sobre el lote Cenproes, le da plena validez al dictamen de la Perito Contador Miryam Caicedo Rosas, con Tarjeta Profesional 5651-T, quien ante la pregunta No. 2: **¿Si se encuentra contabilizada la compra del lote CENPROES?**, manifestó lo siguiente:

*“En el acta No. 17 de Junta Directiva de Gestión Administración y Renta S.A., con fecha de mayo 31 de 2010, se autoriza al gerente general de la compañía, para celebrar un contrato de compraventa de Derechos Fiduciarios con la sociedad **CENPROES** S.A., dicho contrato contiene principalmente los siguientes puntos:*

*Área del Lote: **19.879.44 m2***

*Precio M2: **\$371.000***

*Valor Total **\$7.375.272.240***

Forma de pago:

- **Efectivo 25 de junio de 2010: 2.000.000.000**
- **Consultorios en Vida Centro Profesional: \$1.076.000.000**
- **Cuota Semestral: \$1.000.000.000**
- **Cuota Semestral: \$1.000.000.000**
- **Cuota Semestrales: \$1.000.000.000**
- **Cuota Final: \$1.299.232.240**
- **Total Terreno: \$7.375.232.240**

También se estableció en dicha acta, que los fondos para la compra del terreno serían aportados por la empresa Estrumetal S.A y Sainc Ingenieros Constructores S.A. en partes iguales, además Gestión Administración y Renta, debería solicitar que los derechos fiduciarios fueran emitidos a nombre de Sainc Ingenieros Constructores S.A y Estrumetal S.A.

Después de verificar lo establecido en el acta de Junta Directiva, se solicitaron los libros auxiliares de las cuentas Propiedad Planta y Equipo al igual que la cuenta contable de intangibles, y se pudo observar que en abril del año 2011, en la nota de contabilidad No. 562, la cual se anexa al presente informe, la compañía Gestión Administración y Renta S.A., registró en la cuenta Fidecomisos Inmobiliarios – Patrimonio Autónomo CENPROES

(Cuenta Contable 16251501) la suma de \$4.076.000.000; como contabilización de inversión en fidecomiso CENPROES, contra la cuenta por pagar a Sainc Ingenieros S.A y a Estrumetal S.A.

En el mismo análisis realizado a la cuenta de intangibles, se pudo observar que en noviembre de 2011, la compañía Gestión Administración y Renta S.A, contabilizó mediante nota de contabilidad No. 878 (la cual se anexa al presente informe) la Cesión de los derechos fiduciarios a los accionistas Sainc Ingenieros Constructores S.A y Estrumetal S.A., por el Lote CENPROES, dando da baja de su cuenta de intangibles – Patrimonio Autónomo CENPROES (Cuenta Contable 162515) la suma de \$4.076.000.000, con cruce a la cuenta por pagar a Accionistas.

De acuerdo a lo anterior, podemos concluir que a octubre 31 de 2012, no se encontraba contabilizada la compra del Lote Cenproes en la contabilidad de la sociedad GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A.; además de lo anterior, se validó con el Certificado de Tradición de fecha agosto 2 de 2013, que la Sociedad Cenproes S.A constituyó un fidecomiso con Alianza Fiduciaria, y posteriormente estos derechos fiduciarios fueron cedidos a GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. y esta a su vez lo cedió a SAINC INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A y ESTRUMETAL INVERSORES S.A.S, para constancia de lo mencionado, anexo certificado de tradición y contrato de cesión del fidecomiso”.

Este Tribunal encuentra que en ningún momento Sainc Ingenieros Constructores S.A., y Estrumetal S.A, aportaron en forma de cesión de derechos el denominado lote Cenproes a la sociedad Gestión Administración y Renta S.A. Se observa de igual forma por este Tribunal, que lo que existió fue un mandato sin representación, donde los mandantes, es decir Sainc Ingenieros Constructores S.A y Estrumetal S.A., ordenaron al mandatario, es decir, Gestión Administración y Renta S.A., comprar los derechos fiduciarios radicados sobre el Lote Cenproes y además ordenaron que Gestión Administración y Renta S.A debía solicitar que los derechos fiduciarios o certificados de garantía fueran traspasados a nombre de Sainc Ingenieros Constructores S.A. y Estrumetal S.A., gradualmente y en proporción a los montos pagados.

Adicionalmente en el dictamen anterior, no se evidencia que el saldo pendiente de pago por la adquisición de los derechos fiduciarios sobre el lote Cenproes, se hubieren registrado en la contabilidad de GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. como un bien propio o en cabeza de terceros, lo cual confirma la existencia de un mandato sin representación ya que si el negocio jurídico nació bajo esta modalidad, este Tribunal no encuentra ninguna justificación para que variara su naturaleza jurídica.

5.3.6.2 PAGO DE LA COMISIÓN A GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A POR LA COMPRA DE LOS DERECHOS FIDUCIARIOS DEL DENOMINADO LOTE CENPROES.

Este Tribunal le da plena validez al dictamen de la Perito Contador Miryam Caicedo Rosas en el punto 3, pag 13, quien ante la pregunta “**¿Si encuentra contabilizado el pago de la comisión por parte de los accionistas SAINC Y ESTRUMETAL?**”, respondió:

“Para la verificación de la contabilización del pago de las comisiones por parte de Sainc Ingenieros Constructores S.A y Estrumetal S.A, menciono lo estipulado en el Acta de Junta Directiva No 17 del 31 de mayo de 2010, en su punto 9 (acuerdo entre accionistas para la compra del terreno “CE), en el cual se establece que los fondos para la compra del terreno serán aportados por las Empresas Estrumetal S.A y Sainc Ingenieros Constructores S.A. en partes iguales.

Se solicitaron los soportes contables de la Compañía Gestión Administración y Renta S.A y se pudo observar que mediante factura de venta No. 1273 de diciembre de 2011 por valor de \$128.329.737; se le realizó el cobro a Estrumetal S.A. por concepto de la comisión consecución lote Cenproes, dicho valor fue recaudado en el mismo mes mediante recibo de caja No. 1331.

De la misma manera, mediante factura de venta 1274 de diciembre de 2011, se le facturó a Sainc Ingenieros Constructores S.A. la suma de \$128.329.737; por concepto de comisión consecución lote Cenproes, dicho valor fue recaudado en el mismo mes mediante recibo de caja 1376.

Cabe anotar que dichos recaudos fueron verificados con el extracto bancario del mes de diciembre de 2011, el cual se anexa como soporte al presente dictamen”.

Así las cosas este Tribunal evidencia que Sainc Ingenieros Constructores S.A y Estrumetal S.A. en el mes de noviembre de 2011, efectuaron el pago de la comisión a la Sociedad Gestión Administración y Renta S.A., por la compra del lote Cenproes; que Gestión Administración y Renta S.A., presentó facturas de venta No. 1273 y 1274 de diciembre de 2011 a Sainc Ingenieros Constructores S.A y Estrumetal S.A. respectivamente, por concepto de comisión por la consecución lote Cenproes. De igual forma se observa que cada una de dichas empresas pagaron la suma de \$128.329.737 pesos, lo cual se puede corroborar en los recibos de caja No. 1331 y 1376 del 19 y 26 de diciembre de 2011 respectivamente, así como en los extractos bancarios.³²

Por otro lado, este Tribunal destaca que cuando se pagó la comisión por parte de Sainc Ingenieros Constructores S.A. y Estrumetal S.A a la sociedad Gestión Administración y Renta S.A., si bien es cierto, habían transcurrido dieciocho meses desde la firma del contrato de cesión de los derechos fiduciarios del Lote Cenproes, no es menos cierto, que al momento de efectuarse el pago de dicha comisión, se había realizado el quinto abono de las seis cuotas del pago total del lote Cenproes, lo cual hace del pago de dicha

³² Cuaderno No. 10 folios 113 y siguientes.

comisión, un pago realizado dentro del plazo de ejecución del contrato de cesión suscrito entre Gestión Administración y Renta S.A., y la sociedad Cenproes S.A., y en opinión de este Tribunal no genera ningún tipo de sospecha en cuanto a la veracidad de dicha transacción.

Todo lo anterior se confirma con las notas a los estados financieros a octubre 31 de 2012, específicamente en la nota 20 donde se encuentran unos registros denominados “Reintegros de Cenproes (Sainc y Estrumetal) por \$3.141.544 pesos. “

Adicionalmente en la nota 21 sobre gastos reembolsables, este Tribunal encuentra lo siguiente:

PREDIAL CENPROES	\$ 43.724.526
MEGAOBRAS 2012 CENPROES	\$ 4.548.179
MEGAOBRAS DE CENPROES (ESTRUMETAL Y SAINC)	\$ 50.063.630

En resumen, este Tribunal concluye que efectivamente existió un mandato sin representación, lo cual se reafirma así:

1. No existe manifestación clara y expresa de que los representantes legales de las sociedades Sainc Ingenieros Constructores S.A., y Estrumetal S.A, hubiesen aportado los derechos fiduciarios del denominado lote Cenproes a la sociedad Gestión Administración y Renta S.A.
2. La titularidad temporal de los derechos fiduciarios en cabeza de Gestión Administración y Renta S.A., obedeció a la existencia de un mandato sin representación, donde los mandantes, es decir, Sainc Ingenieros Constructores S.A y Estrumetal S.A., ordenaron al mandatario, Gestión Administración y Renta S.A., comprar los terrenos del Lote Cenproes y además ordenaron que la primera debía solicitar que los derechos fiduciarios o certificados de garantía fueran traspasados a nombre de Sainc Ingenieros Constructores S.A. y Estrumetal S.A., en la misma proporción y cuantía.
3. Se encuentra además, mediante nota de contabilidad No. 878 la Cesión de los derechos fiduciarios a los accionistas Sainc Ingenieros Constructores S.A y Estrumetal S.A., por el Lote CENPROES, dando de baja de su cuenta de intangibles – Patrimonio Autónomo CENPROES (Cuenta Contable 162515) la suma de \$4.076.000.000, con cruce a la cuenta por pagar a Accionistas.
4. Otra prueba inequívoca de la existencia de un mandato sin representación es la factura de venta No. 1273 de diciembre de 2011 por valor de \$128.329.737; se le realizó el cobro a Estrumetal S.A. por concepto de la comisión consecución

lote Cenproes, dicho valor fue recaudado en el mismo mes mediante recibo de caja No. 1331.

Igualmente la factura de venta 1274 de diciembre de 2011, se le facturó a Sainc Ingenieros Constructores S.A. la suma de \$128.329.737; por concepto de comisión consecución lote Cenproes, dicho valor fue recaudado en el mismo mes mediante recibo de caja 1376.

5. De igual forma dentro de las notas a los estados financieros a octubre 31 de 2012 de Gestión Administración y Renta S.A., encontramos pruebas inequívocas que estamos frente a un mandato sin representación, específicamente en la nota 20 en cuanto a reintegros de Cenproes (Sainc y Estrumetal) y 21 frente a pagos de predial y valorización del lote Cenproes, los cuales debían ser reintegrados a Gestión Administración y Renta S.A por parte de Estrumetal S.A y Sainc Ingenieros *Constructores S.A*, dueños de los derechos fiduciarios del Lote Cenproes.

5.3.6.3. POLITICA DE APOORTE DE LOS TERRENOS DE PROPIEDAD DE LOS ACCIONISTAS EN LOS PROYECTOS QUE DESARROLLE GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A..

Debe determinar este Tribunal, si existía alguna obligación en el acuerdo de accionistas o en el convenio de inversión o en los estatutos sociales, para que los accionistas mayoritarios debieran aportar terrenos de su propiedad a Gestión Administración y Renta S.A.

Este Tribunal, haciendo un estudio juicioso de los acuerdos mencionados, no encuentra una obligación determinada para que los accionistas inversionistas debieran aportar terrenos de su propiedad a la Sociedad Gestión Administración y Renta S.A.

Lo que si encontró este Tribunal en el acta No. 14 de la Junta Directiva de Gestión Administración y Renta S.A., es el establecimiento de una “política” de aporte o un mecanismo para la financiación de los proyectos de la empresa, a través de la compra de terrenos con dineros de los socios capitalistas en desarrollo de un mandato sin representación y la forma en la cual estos serían aportados para que GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. los desarrollara.

Al respecto, el acta No. 14 de la Junta Directiva de la Sociedad Gestión Administración y Renta S.A. en su resuelve estipuló:

“Dar instrucción al Gerente General para actuar bajo las siguientes políticas establecidas por la junta Directiva”.

“...Cuando alguno de los socios de la empresa aporten un terreno para un proyecto, se debe estimar el valor del lote en un 14% de sus ventas estimadas para el proyecto. Para estimar las ventas se debe considerar que los costos del proyecto corresponden al 70% de las ventas estimada.

En caso de tratarse de compra anticipada de derechos fiduciarios sobre un patrimonio autónomo ya constituido, los derechos fiduciarios serán vendidos al costo. Esto quiere decir que los socios aportantes de capital tendrán una participación sobre el patrimonio autónomo equivalente a la proporción de los costos totales de construcción del proyecto, que haya aportado.

Se debe dar primera opción para la compra de derechos fiduciarios a los socios de la empresa, cuando se decida poner en venta derechos fiduciarios al público en general”.

Dentro de esta Acta No. 14 de la Junta Directiva de la Sociedad Gestión Administración y Renta S.A., este Tribunal encuentra una política de aporte para el evento en que alguno de los socios decida aportar un terreno a un proyecto aprobado por la empresa por los valores anteriormente establecidos.

Manifiesta la parte convocante que:

“...los accionistas mayoritarios convocaron al gerente de la sociedad en el mes de noviembre de 2011 y le solicitaron que cambiaran las condiciones en que se aportaría dicho terreno a GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. para el desarrollo del lote o de lo contrario disolverían la sociedad”.

Ante dicha afirmación, este Tribunal advierte que en ninguno de los documentos aportados, ni en los testimonios practicados en este proceso, se evidencia la existencia de un vicio del consentimiento por fuerza dirimente, violencia o mecanismo de presión, amenaza o impedimento que se subsuma en la noción de fuerza o violencia por parte de los accionistas mayoritarios contra el señor John Jairo Reyes Londoño que lo haya impulsado a aceptar el cambio de la política de aportes contenida en el acta 33 de la Junta Directiva de Gestión Administración y Renta S.A.

Es más, este Tribunal encuentra que la decisión de cambiar o no la política de aporte de terrenos no estaba en cabeza del señor John Jairo Reyes como Gerente de la Sociedad Gestión Administración y Renta S.A., sino en la Junta Directiva de dicha entidad, quien es el ente facultado para fijar las políticas de la sociedad en los distintos órdenes de su actividad, especialmente en materia financiera, comercial, económica y laboral, como lo establece el numeral 7 del artículo 34 del contrato social de Gestión Administración y Renta S.A. Dicha Junta Directiva se encuentra integrada por tres (3) miembros principales y tres (3) suplentes personales, elegidos por la asamblea general de accionistas. Además el numeral 1 del artículo 33 del Contrato de Constitución, correspondiente al funcionamiento de la Junta Directiva, establece que se “deliberará y se decidirá válidamente con la presencia de votos de la mayoría de sus miembros...” Así las cosas era irrelevante la votación en sentido negativo por parte del señor John Jairo Reyes, porque con dos votos positivos de tres, quedaría aprobada cualquier decisión, porque en ninguno de los contratos se encontraba prevista la forma de aportar derechos sobre terrenos.

Este Tribunal observa que como consta en el acta No. 33 de la Junta Directiva realizada el 8 de noviembre de 2011, se encontraban presentes Rodolfo Barón Castrillón (Principal), Alejandro Caicedo Jordán (Principal), John Jairo Reyes Londoño (Principal), Alejandro de Angulo Losada (Suplente) y Sebastián Caicedo Echeverri (Suplente). Que dentro del punto 11 correspondiente a tema de proposiciones y varios se acordó “que el lote fuera aportado a GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. por 1.5 veces su costo de adquisición o el 15% del valor de la venta, proposición que fue aprobada por la Junta Directiva”.

Por lo anterior, este Tribunal concluye que los derechos fiduciarios que recaían sobre el lote Cenproes de propiedad de Sainc Ingenieros Constructores S.A. y Estrumetal S.A., en ningún momento fueron aportados a la Sociedad Gestión Administración y Renta S.A.

Se evidencia además la existencia de una política mediante la cual los socios comprarían los terrenos en los que se desarrollarían los proyectos aprobados, para posteriormente aportarlos si lo consideraban pertinente, situación que en este caso nunca sucedió por no cumplir con lo acordado en el acta 33 de la junta directiva, es decir que fuera aportado de manera escrita, clara, expresa e inequívoca.

5.3.6.4. PROYECTO PUERTA DEL SUR.

Para establecer el alcance del Proyecto Puerta del Sur, el Tribunal realizó una revisión de todas las actas de la Junta Directiva de la sociedad Gestión Administración y Renta S.A., y encontró que desde el 20 de noviembre de 2.009, acta No. 11, el gerente general de dicha sociedad, manifestó el interés sobre el lote Cenproes e indicó la posibilidad de ejecutar por parte de GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. un desarrollo inmobiliario sobre dicho lote. A partir del acta No. 13 siempre informa sobre los avances para la adquisición del lote y el eventual desarrollo de un proyecto en él.

En el Acta No. 14 del 30 de enero de 2.010 de Junta Directiva, se estableció:

“Dar Instrucción al Gerente General para actuar bajo las siguientes **políticas** establecidas por la Junta Directiva:

Cuando alguno o algunos de los socios de la empresa aporten un terreno para un proyecto, se debe estimar el valor del lote en un 14% de las ventas estimadas para el proyecto. Para estimar las ventas se debe considerar que los costos del proyecto corresponden al 70% de las ventas estimadas.

En caso de tratarse de compra anticipada de derechos fiduciarios sobre un patrimonio autónomo ya constituido, los derechos fiduciarios serán vendidos al costo. Esto quiere decir que los socios aportantes de capital tendrán una participación sobre el patrimonio autónomo, equivalente a la proporción de los costos totales de construcción del proyecto que haya aportado...”

Así las cosas, encuentra el Tribunal, que efectivamente hubo una importante **gestión** adelantada por el Gerente General de la sociedad Gestión Administración y Renta S.A., como fue la de adquirir para un tercero distinto a dicha sociedad, el lote CENPROES (y por lo cual GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. recibió una comisión en el ejercicio del mandato sin representación) y promover un desarrollo en dicho lote.

Ahora bien, sobre el proyecto Puerta del Sur, advierte este Tribunal que se elaboraron dos dictámenes financieros, uno por el perito designado por este Tribunal, Carlos Alfonso Bermúdez Lafaurie y otro el presentado por la parte convocante para controvertirlo. En la medida en que ambos dictámenes son totalmente disímiles, corresponde a este Tribunal escoger uno de los dos teniendo en cuenta las calidades profesionales de cada uno de los peritos que los rindió. El doctor Carlos Alfonso Bermudez Lafaurie, acreditó cinco (5) años de experiencia específica en el sector constructor como Gerente Financiero de la Constructora Parque Central Bavaria (Constructora Bavaria), empresa del Grupo Santo Domingo, demostrando un vasto conocimiento en el sector financiero y de la construcción, mientras que la doctora Sandra no acreditó experiencia específica en el sector de la construcción.

Por lo tanto este Tribunal tomará como prueba el Dictamen rendido por el Perito Financiero Carlos Alfonso Bermúdez Lafaurie del 21 de octubre de 2013, quien en un aparte manifestó:

“Proyecto Portal (sic) del Sur

a) Características del Proyecto:

“El proyecto consiste en la construcción de un centro comercial de la modalidad Strip Center para arrendamiento, en la Calle 14 con carrera 50 esquina noroeste y con una extensión 19.879 M2.

La información suministrada sobre este proyecto fue la siguiente:

a) Estudios Técnicos

- a. Diseño Arquitectónico.*
- b. Cuadro Áreas Planos.*
- c. Concepto de Uso de Suelo Planeación*
- d. Esquema Básico Aprobado*
- e. Licencia de Urbanismo*
- f. Estudio de Suelos*
- g. Fotos Aéreas.*
- h. Levantamiento Topográfico*
- i. Constancia Pago Impuesto Predial.*

b) Estudios Económicos

- a. Presentación GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. proyecto Puerta del sur.*

- b. Estudio de Mercado Inicial.
- c. Estudio de Mercado N.2 Acierto Consultores
- d. Complemento Estudio de mercado N.3
- e. Plano Esquema Básico Aprobado
- f. Flujo de Caja Puerta del Sur.
- g. Mix Comercial Puerta del Sur.
- h. Opción de Compra Parque Arauco.
- i. Anexo Opción de Compra Parque Arauco.
- j. Renders y Video

A octubre de 2.012 esta unidad de negocios mostraba unos gastos operacionales por \$19.3 millones de pesos y gastos diferidos por \$171 millones de pesos.

Los parámetros del proyecto eran los siguientes según el documento Flujo de Caja:

Inversión Total		
Detalle	Costo	Incidencia
Terreno	\$ 21,780,000,000	17.71%
Costos Directos	\$ 89,698,000,000	72.95%
Costos Indirectos	\$ 11,476,954,544	9.33%
Total Inversión	\$ 122,954,954,544	100%
Fuente: Archivo Flujo de Caja Puerta del Sur		

Financiación del Proyecto planteada:

Estructuración Financiera	
Inversión Total	\$ 122,954,954,544
Apalancamiento Máximo	\$ 60,000,000,000
Aporte terreno GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A.	\$ 21,780,000,000
Necesidad Capital por aportar	\$ 41,174,954,544

Fuente: Archivo Flujo de Caja Puerta del Sur
--

b) Estructuración del Proyecto:

En la estructuración del proyecto este se puede financiar a través de dos figuras:

1. **Financiación Tradicional:** En esta modalidad, la consecución de recursos se basa en la Capacidad Crediticia de GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. S.A.

Como se mencionó anteriormente GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. no tenía ni la capacidad financiera ni crediticia para llevar a cabo este proyecto.

A la fecha presentaba un alto nivel de endeudamiento y los indicadores de apalancamiento estaban muy lejos de lo aceptado por las entidades crediticias.

Indicadores de apalancamiento a octubre 31 de 2.012

Apalancamiento (Pasivos / Activos sin Valorización) = 109 %

Deuda / EBITDA = 44 veces, valor máximo aceptado por las entidades 5 veces

EBITDA / Intereses = 0.2 veces, valor mínimo 1 vez.

La empresa no estaba en capacidad de pagar los intereses de la deuda, mientras el EBITDA era de \$266 millones los intereses eran de \$ 860, y con un vencimiento de capital en el corto plazo \$ 1.200 millones de pesos. (Subrayado fuera del texto)

2. **Financiación de Proyectos:** Para valorar este proyecto es necesario determinar el estado de avance y los compromisos o acuerdos suscritos dentro de la estructuración financiera. En este orden de ideas se analizará la estructura básica requerida para que exista una financiación de este tipo:

- **Estudios de Factibilidad Técnicos:** el objetivo principal de este estudio es determinar la tecnología que se va a utilizar en el proyecto y su costo. Con relación a este aspecto no se encontraron detallados, ni soportados los costos directos e indirectos del proyecto.
- **Estudios Económicos:** se relacionó tres estudios de mercadeo y un flujo de caja, en la información suministrada por el Tribunal de Arbitramento. En cualquier estudio de crédito o para la presentación del proyecto a inversionistas, se requiere además del flujo de caja, las proyecciones del Balance General, Estado de resultados, Flujo de Capital y Flujo de Inversionista y explicitar los supuestos utilizados en esta proyección. En mi concepto sin estos documentos no se puede realizar ningún tipo de estructuración financiera.
- **Vinculación de Participantes:** la función más importante de GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. como promotor de proyectos es lograr la vinculación de inversionistas, de

compradores (Off Takers) y de entidades crediticias al proyecto a través de acuerdos escritos.

Dentro de los documentos presentados, no existía ninguna prueba de que existan acuerdos que vinculen tanto a compradores (Off Takers) como a entidades financieras en la financiación del proyecto. Sin estos documentos se puede considerar que no existe una financiación asegurada y por lo tanto no existe una estructuración formal”.

c) **Valoración del Proyecto:**

Debido a que no existe una estructuración de proyecto y su realización es incierta los desembolsados deben ser valorados a costo histórico, en el estado de resultados por un valor de \$ 175 millones de pesos.”(Subrayas fuera del texto)

...

“En resumen GARSA era una empresa que **estaba destruyendo valor** debido a que la rentabilidad de sus activos era menor que el costo de la deuda y que adicionalmente el flujo de caja no alcanzaba a cubrir los costos financieros. La única alternativa para resolver el problema de liquidez sería la capitalización por parte de los accionistas.

Sin embargo, para una empresa que ya tiene un valor patrimonial negativo (\$5.006), no tiene sentido que se siga capitalizando la empresa para resolver problemas de liquidez y seguir destruyendo valor.”³³

Dentro del proceso obra también como prueba, debidamente controvertida, el avalúo preparado por la Lonja de Propiedad Raíz de Cali y Valle del Cauca, y en un aparte del escrito aclaratorio del mismo³⁴ señala:

“Repetimos que lo que se valoró fue un lote de terreno, utilizando para tal fin la metodología mencionada, con base en dos escenarios:

1. Tomando como base el anteproyecto del centro comercial.
2. Tomando como base un ejercicio imaginario basado en la normatividad y el mercado que el Comité de Avalúos de la Lonja de Propiedad Raíz de Cali y Valle del Cauca considera como más intensivo y mejor uso para este lote de terreno.

³³ Cuaderno NO. 11 folio 145.

³⁴ Cuaderno No. 12 folio 85

En consecuencia, no se valoró un proyecto, ni un anteproyecto, lo que se valoró fue un lote de terreno, tomando como base un anteproyecto y un ejercicio de simulación de un proyecto definido por el Comité de Avalúos de la Lonja de Propiedad Raíz de Cali y Valle del Cauca. En ambos casos, los valores que se asignaron, tanto de venta como de renta a las unidades inmobiliarias resultantes de las dos fuentes utilizadas, y como resultado de estos, al lote de terreno, corresponden a cifras reales, pero condicionadas a la viabilidad de desarrollo de cada simulación... (Subrayas fuera del texto)

Por lo anterior este Tribunal llega a la siguiente conclusión:

1. Como quedó dicho en el aparte pertinente, los derechos fiduciarios sobre el denominado lote Cenproes fueron adquiridos por GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. para Estrumetal y Sainc en desarrollo de un mandato sin representación, razón por la cual les fueron transferidos los derechos fiduciarios a estos últimos.
2. Ni los acuerdos, ni los estatutos sociales de GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A., obligaban a las convocadas a aportar terrenos de su propiedad a dicha sociedad.
3. Aunque se haya demostrado una gestión por parte del señor John Jairo Reyes Londoño respecto del lote Cenproes, el proyecto Puerta del Sur no se encontraba plenamente estructurado lo que demuestra que, lo que existía era una expectativa de derecho.
4. Igualmente había una expectativa de recibir una comisión si Gestión Administración y Renta S.A. estructuraba el proyecto Puerta del Sur o la venta del lote Cenproes, condiciones que no se cumplieron pues no se evidencia que se haya estructurado el proyecto Puerta del Sur y por otro lado Parque Arauco, firma que se encontraba interesada en dicho proyecto y con quien tuvieron varios acercamientos, finalmente manifestó la intención de no participar en el proyecto Puerta del Sur.³⁵
5. Tal como lo expresó el perito Carlos Alfonso Bermudez, Gestión Administración y Renta S.A. no tenía la capacidad financiera ni crediticia para desarrollar un proyecto de la magnitud como Puerta del Sur.

5.3.7. INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE SOCIEDAD MEDIANTE ACTUACIONES ILEGALES HACIENDO USO DE UN REPRESENTANTE LEGAL SUPLENTE, POR SUPUESTA USURPACIÓN DE LAS FUNCIONES DEL REPRESENTANTE LEGAL PRINCIPAL.

Este Tribunal ahora entra a determinar, si la actuación del Gerente Suplente en cuanto al traspaso del 31.17 % de los derechos fiduciarios del Lote Cenproes a Sainc Ingenieros Constructores S.A. y Estrumetal S.A, eventualmente haya violado los estatutos sociales

³⁵ Cuaderno No. 8 folio 171

de Gestión Administración y Renta S.A., por usurpación de las funciones del Gerente principal.

Manifiesta el Convocante como soporte de su pretensión:

*“El 4 de septiembre de 2012, ante la necesidad de formalizar los derechos que GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. habían adquirido en el desarrollo del proyecto dada la inminente firma de la opción de compra con Parque Arauco S.A, empresa que pagaría el 51% del valor del terreno y aportaría gran parte del capital para el desarrollo del proyecto, los socios mayoritarios nuevamente han ejercido abusivamente su poder. Han desconocido el derecho que tiene GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. a participar del proyecto y se han valido de la firma del representante legal suplente, para traspasar el 31,17% de los derechos fiduciarios del patrimonio Autónomo Cenproes en sus empresa, **sin que hubiese constancia de ausencia del representante legal principal y sin que existiera un acuerdo de junta directiva que le diera poder para ejecutar dicho acto.***

Adicionalmente el día 26 de septiembre de 2012, las empresas SAINC INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A y ESTRUMETAL INVERSORES S.A, enviaron una comunicación conjunta a Parque Arauco S.A mencionando que no existía ningún tipo de acuerdo o negociación con terceros (GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A.) referente al terreno en mención. Esta carta desconoce abiertamente toda la gestión de GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. y los acuerdos que se han hecho al interior de su junta directiva para el desarrollo de este negocio y demuestra la intención de estas empresas de dañar una negociación que le beneficiaría a GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. y a todos su socios en general”.

En cuanto a la validez de las actuaciones del representante legal suplente, este Tribunal acoge como suyo el concepto proferido por la Superintendencia de Sociedades mediante Oficio 220-18867 del 2011, referente a las actuaciones de los suplentes del representante legal cuando se da la ausencia del titular:

“De acuerdo con el artículo 440 de Código Comercio, “La sociedad anónima tendrá por lo menos un representante legal, con uno o más suplentes, designados por la junta directiva para periodos determinados, quienes podrán ser reelegidos indefinidamente o removidos en cualquier tiempo.”

Es tal la importancia de la representación legal frente a los asociados y frente a los terceros, que la ley, como se observa de la norma en mención, ha dispuesto los mecanismos necesarios para evitar que la sociedad quede sin una persona que la represente en un momento dado, como cuando se da el caso de la falta temporal o absoluta del principal, caso en el cual entra a suplirlo el suplente.

Suplencia, según el diccionario de la Lengua Española, significa “acción y efecto de suplir una persona a otra // tiempo que dura esta acción...”. Es así que, para que el representante legal suplente pueda reemplazar al principal, debe necesariamente darse la ausencia del titular, ausencia que no necesariamente debe darse en forma material, sino que le sea imposible al principal desempeñar sus funciones en un momento dado.

Esto es, que el suplente está en la obligación de una permanente disponibilidad, tal y como lo ha sostenido la superintendencia:

“...el suplente del representante legal tiene una obligación de permanente disponibilidad, pero la capacidad para contratar en nombre de la compañía solo nace para él en el momento en que el titular no pueda ejercer el cargo y por consiguiente, si no se da dicho presupuesto, el suplente actuaría sin poder para ello, lo que lo situaría como deudor de la prestación o de su valor, cuando no sea posible su cumplimiento ante terceros de buena fe con los cuales haya pretendido contratar, de acuerdo con lo establecido en el artículo 841 del Código de Comercio, claro está, que el titular ratifique las actuaciones del mencionado administrador”.

Este Tribunal entra a determinar si el señor Rodolfo Barón, al momento de efectuarse el traspaso de los derechos fiduciarios del lote CENPROES, ostentaba la Calidad de representante legal suplente de la empresa Gestión Administración y Renta S.A.

Por consiguiente, se debe verificar el certificado de existencia y representación legal de la empresa Gestión Administración y Renta S.A, a la fecha de 27 de agosto de 2012, fecha en la cual se cedieron los derechos fiduciarios.

En cuanto a la legalidad del traspaso de los derechos fiduciarios del lote Cenproes, se observa que existe una orden impartida por la Junta Directiva de la empresa Gestión Administración y Renta S.A, de efectuar dicho traspaso a las empresas Estrumetal S.A. y Sainc Ingenieros Constructores S.A.

Que el señor Rodolfo Barón, quine actuaba como Gerente suplente, cumplió con la orden dada por la Junta Directiva el día 31 de mayo de 2010 mediante acta No. 17, por medio del cual Resuelven:

1. “Que los fondos para la compra del terreno serán aportados por las empresas Estrumetal S.A. y Sainc Ingenieros Constructores S.A, en partes iguales.
2. Que GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. deberá solicitar que los derechos fiduciarios o certificados de garantía que serán emitidos, cada vez que se realice pagos, sean emitidos a nombre de Sainc Ingenieros Constructores S.A y Estrumetal S.A en la misma proporción y cuantía que estas empresas hayan realizado el pago...”

Posteriormente, mediante Acta No. 32 del 11 de octubre de 2011 de la Junta Directiva, Francisco Angulo, Rodolfo Barón y Carlos Alberto Caicedo, solicitan que GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A., efectúe el traspaso de los derechos fiduciarios que ésta ha recibido fruto del contrato de compraventa de derechos fiduciarios realizado con Cenproes S.A., pues considera que se está corriendo un riesgo al tener dichos bienes.

Igualmente en esa Acta No 32 del 11 de octubre de 2011, John Jairo Reyes Londoño, ante la solicitud menciona que: “no hay problema en traspasar dichos derechos fiduciarios a Sainc Ingenieros Constructores y Estrumetal, pero que es importante resguardar, mediante un contrato el derecho que tiene GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. de desarrollar el proyecto Puerta del Sur...”

Lo primero que se advierte es que los derechos fiduciarios relacionados con el Lote Cenproes, son de propiedad de Sainc Ingenieros Constructores S.A y Estrumetal S.A. y que lo que tendría GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A., sería una expectativa de derecho en relación con la ejecución del proyecto Puerta del Sur, una vez se concretara éste.

También se evidencia que la Junta Directiva de la sociedad Gestión Administración y Renta S.A., ordenó al señor John Jairo Reyes Londoño quien actuaba en ese momento como Gerente, a hacer el traspaso de los derechos fiduciarios del Lote Cenproes, y que el señor Reyes, ya había cumplido con dicha obligación en el 68.83 % haciendo caso omiso a dicha orden dada por este órgano, siendo que el parágrafo del artículo 34 del Contrato de Sociedad, correspondiente a las funciones de la junta directiva, establece que:

“...La junta directiva, con arreglo a estos estatutos, tiene la atribución suficiente para ordenar que se ejecute o celebre cualquier acto o contrato comprendido dentro del objeto social, igualmente tiene la facultad para ordenar la no ejecución o celebración de los mismos. Además tiene las facultades necesarias para tomar las determinaciones necesarias en orden a que la sociedad cumpla sus fines.”

Por lo tanto, se evidencia que el objeto del traspaso de los derechos fiduciarios del Lote Cenproes efectuado por el señor Rodolfo Barón en su calidad de Gerente Suplente de la Sociedad Gestión Administración y Renta S.A., fue acorde a las órdenes impartidas por la Junta Directiva como se evidencia en las Actas Nos. 17 del 31 de mayo de 2010 y 32 del 11 de octubre de 2011.

Por otro lado, se debe determinar en qué caso y en qué momento el Gerente Suplente de la Sociedad Gestión Administración y Renta S.A, puede suplir al Gerente principal.

Para eso, volvemos al contrato social de Gestión Administración y Renta S.A en el artículo 36 correspondiente a las facultades del Gerente de la sociedad, se expresa:

“...El gerente de la sociedad tendrá un suplente elegido por la Junta Directiva, que tendrá las mismas facultades del Gerente en sus ausencias

temporales y accidentales, incluyendo la representación legal, sin necesidad de tomar posesión del cargo..." (Resaltado fuera del texto)

Al respecto este Tribunal también hace suyo el concepto emitido por la Cámara de Comercio de Bogotá, mediante Oficio 30733 del 11 de junio de 1986, establece las facultades y actuaciones de los suplentes, el cual manifiesta que:

"Para entrar a determinar cuáles son las facultades del suplente de un representante legal se acudirá, en primera instancia, a los estatutos sociales ya que en ellos deberá constar éstas y sus limitaciones, para el caso que ellas existan, de lo contrario, el suplente podrá actuar en la misma forma que el representante legal principal, porque suplir significa poner en lugar de otra persona para hacer sus veces, reemplazar al principal, entrar a ejercer el cargo en lugar del principal.

La única condición en la que pende el ejercicio efectivo de las funciones del suplente como representante legales la ausencia o falta del titular, y nuevamente serán los estatutos sociales los que en primera instancia determinarán en que tipos de faltas el suplente reemplazará al titular, si estos no disponen nada en especial, el suplente ante la sola ausencia podrá entrar a actuar válidamente y los terceros, al verificar que de acuerdo con los certificados del registro público expedidos por la cámara de comercio respectiva, no existen limitaciones a las facultades del suplente, podrán contratar válidamente con la sociedad. Porque si nada se ha previsto en los estatutos sociales el tercero no puede exigir al suplente una prueba especial sobre la ausencia del titular, ya que el hecho de haber sido designado por los asociados para desempeñar dicho cargo es prueba que se confía en él tanto como en el titular y lo único que los terceros tendrían que entrar a establecer es que el acto que el suplente está ejecutando, como representante legal, se encuentre dentro del objeto social de la compañía para que así oblige a la sociedad". (Subrayado fuera del texto)

También se ha interpretado, tanto por la Superintendencia de Sociedades (Supersociedades, Ofi. DAL-15738, julio 29 de 1986) como por las Cámaras de Comercio, que:

"La ley no ha impuesto obligación alguna a los suplentes de entrar a demostrar a los terceros antes de actuar en un momento determinado, la pertinencia o legalidad de su futuro acto, con fundamento en la falta accidental o definitiva del principal, pues se parte del principio de buena fe que pueda traducirse nítidamente así: La suplencia, como su nombre lo indica, se ejerce para suplir o reemplazar al titular en el cargo, pero no, claro está, para suplantarle".

En la Escritura de Constitución de la Sociedad Gestión Administración y Renta S.A., no se encuentra determinada en qué tipo de faltas el Gerente Suplente reemplazará al

gerente titular, situación que le da facultades al señor Rodolfo Barón de suplir en cualquier momento la ausencia del temporal o accidental del gerente titular.

Este Tribunal concluye que:

No encuentra incumplimiento del Contrato social de Gestión Administración y Renta S.A por la supuesta ilegalidad en el traspaso de los Derechos fiduciarios del lote Cenproes S.A por las siguientes razones.

1. El señor Rodolfo Barón en el momento de hacer el traspaso de los derechos fiduciarios del Lote Cenproes, ostentaba la calidad de representante legal suplente.
2. El señor Rodolfo Barón actuó legalmente ya como se evidenció en las pruebas recaudadas, actuó bajo mandato u orden impartida por la Junta Directiva de la Sociedad Gestión Administración y Renta S.A como consta en el Acta No. 33 de traspasar los derechos fiduciarios del Lote Cenproes S.A a Sainc Ingenieros Constructores S.A y Estrumetal S.A.
3. Independientemente de la forma en que se realizó el traspaso de los derechos fiduciarios del Lote Cenproes por parte del el Representante Legal suplente, este Tribunal concluye que el señor Rodolfo Barón, actuó cumpliendo la orden impartida en el Acta 32 de la Junta Directiva de Gestión Administración y Renta S.A., que ordenó el traspaso de la totalidad de los derechos fiduciarios del lote Cenproes a Sainc Ingenieros Constructores S.A y Estrumetal S.A, quienes son los propietarios de dichos derechos fiduciarios.
4. No se encuentra dentro de los estatutos sociales que estuvieran delimitadas cuales eran las funciones del Representante Legal suplente y tampoco en qué momentos el Representante Legal suplente podría intervenir en una eventual falta temporal o accidental del representante legal titular o que requiriera de algún tipo de autorización o acto previo ante los órganos sociales.

Por lo tanto, al no existir dicha delimitación en los estatutos de la sociedad, a juicio de este Tribunal, el Representante legal suplente debe estar en permanente disponibilidad para cumplir con las órdenes de la Junta Directiva, como ocurrió en el presente caso.

5.3.8. LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A.

Manifiesta la parte convocante que:

“A la fecha la Sociedad Gestión Administración y Renta S.A se encuentra inmersa en un proceso de liquidación por decisión de los accionistas mayoritarios en contra a las obligaciones adquiridas por las partes en el contrato de sociedad, los acuerdos de inversionistas y accionistas, razón por la cual se están perjudicando indistintamente de manera grave los derechos,

bienes y honra del señor John Jairo Reyes Londoño, y de la sociedad Desarrollos Inmobiliarios de Colombia S.A”.

Este Tribunal se dispone a determinar la legalidad del Acta No. 06 del 31 de octubre de 2012 de la Asamblea Extraordinaria de Accionistas, mediante la cual se decidió la disolución y liquidación de la Sociedad Gestión Administración y Renta S.A.

De conformidad con el artículo 43 del contrato social de Gestión Administración y Renta S.A., correspondiente a las causales de disolución de la Sociedad se dispone:

“La sociedad se disolverá por las causales expresamente pactadas en estos estatutos y en las consignadas en el artículo 218 del Código de Comercio, sin perjuicio de las especiales de la sociedad anónima según el mismo código. Para disolver anticipadamente con voto favorable del cincuenta y un por ciento (51%) de las acciones en que se encuentre dividido el capital suscrito”.

El artículo 218 del Código de Comercio, establece que:

“La sociedad comercial se disolverá:

*(...)5. **Por decisión de los asociados, adoptada conforme a las leyes y al contrato social”;***

De igual forma el artículo 457 del Código de Comercio, referente a las causales especiales de disolución, establece:

“La sociedad anónima se disolverá:

1. Por las causales indicadas en el artículo 218”

En cuanto al Acta 06 de la asamblea extraordinaria de accionistas, del 31 de octubre de 2012, este Tribunal observa que la Asamblea de Accionistas de la Sociedad Gestión Administración y Renta S.A., dentro del punto 3 del orden del día: “disolución y liquidación anticipada de la compañía”, tomó la decisión de disolverla y liquidarla por 210.000 votos contra 75.000 votos. Esta decisión está acorde con el artículo 43 del contrato social de Gestión Administración y Renta S.A., pues para poder disolver anticipadamente la sociedad se necesitaba el voto favorable del cincuenta y un por ciento de las acciones en que se encuentra dividido el capital de la sociedad.

Adicionalmente, se debe tener en cuenta lo dicho por el perito financiero Carlos Alfonso Bermudez sobre la viabilidad financiera de la sociedad Gestión Administración y Renta quien expresó:

....

*“En resumen GARSa era una empresa que **estaba destruyendo valor** debido a que la rentabilidad de sus activos era menor que el costo de la deuda y que adicionalmente el flujo de caja no alcanzaba a cubrir*

los costos financieros. La única alternativa para resolver el problema de liquidez sería la capitalización por parte de los accionistas.

Sin embargo, para una empresa que ya tiene un valor patrimonial negativo (\$5.006), no tiene sentido que se siga capitalizando la empresa para resolver problemas de liquidez y seguir destruyendo valor.”³⁶

Lo anterior, justifica la decisión adoptada por los accionistas mayoritarios de GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. de disolver y liquidar la sociedad y este Tribunal no encuentra ilegalidad en la decisión de disolver la sociedad, así como tampoco incumplimiento del convenio de inversión y acuerdo de accionistas.

5.4. JURAMENTO ESTIMATORIO

No considera el Tribunal procedente en este caso la aplicación de la sanción a que alude el párrafo del artículo 206 del Código General del Proceso, no obstante no haber prosperado las pretensiones de la Convocante, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Para el Tribunal la actuación de la parte Convocante no puede tildarse de negligente o temeraria, habida cuenta de que en el transcurrir de este trámite arbitral no se observó en la Convocante falta de cuidado, descuido o imprudencia excesiva que pudieran justificar la imposición de la sanción mencionada.

Estima el Tribunal que la Convocante actuó con convicción en sus planteamientos y pretensiones, no habiendo resultado acreditados los perjuicios a pesar de los medios de prueba invocados y valorados. Hubo de parte de la Convocante una juiciosa asistencia a las audiencias, una respetuosa y profesional participación en las mismas, así como una clara y positiva colaboración en procura de que este Tribunal pudiera adelantarse sin contratiempos ni dilaciones. Resultaría en consecuencia excesivo y desproporcionado sancionar a la parte Convocante que actuó en derecho, por lo que el Tribunal se abstendría de aplicar la sanción mencionada.

Lo anterior pues nos lleva al convencimiento de que la parte Convocante si bien no obtuvo el reconocimiento de perjuicios que pretendía, no fue por negligencia o temeridad a ella imputable, sino a que la parte Convocada logró con su prueba controvertir exitosamente lo argumentado y pretendido por la Convocante.

5.5. DE LA CONDENA EN COSTA Y SU LIQUIDACIÓN

Conforme a lo establecido en el artículo 392 numeral 1 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2.010, se condenará en costas a la parte convocante por haber sido vencida en este proceso, condena que se hará en la parte resolutive del laudo.

³⁶ Cuaderno No. 11 folio 145.

Las costas a que se condenará a los convocantes JOHN JAIRO REYES LONDOÑO y DESARROLLOS INMOBILIARIOS DE COLOMBIA S.A., corresponden al cien por cien (100%) del valor total de los honorarios, gastos e impuestos del Tribunal Arbitral, fijados mediante Auto No. 11 del 16 de mayo de 2.013³⁷, así como al 50% de los honorarios pagados a los peritos contadora y financiero, porcentaje que corresponde a las siguientes sumas:

- A. Por concepto de valor total pagado por la parte CONVOCADA por los honorarios de los Árbitros y de la secretaria (IVA incluido), por gastos de funcionamiento del Tribunal y por gastos de administración del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, la suma de CUATROCIENTOS SESENTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS TREINTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS CUARENTA PESOS (\$466.936.640.00)
- B. Por concepto de valor total pagado por ESTRUMETAL S.A y SAINC INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A. a los peritos MIRYAM CAICEDO ROSAS y CARLOS ALFONSO BERMUDEZ LAFAURIE la suma de VEINTIUN MILLONES DE PESOS (\$21.000.000.00)

El valor total de las costas en que se condenará a la demandada es la suma de CUATROCIENTOS OCHENTA Y SIETE MILLONES NOVECIENTOS TREINTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS CUARENTA PESOS (\$487.936.640.00)

El Tribunal fija las agencias en derecho en la cantidad de CIENTO CUARENTA MILLONES DE PESOS (\$140.000.000.00) suma que se reconocerá a favor de la parte convocada

Por concepto de costas y agencias en derecho la parte CONVOCANTE, esto es JOHN JAIRO REYES LONDOÑO y DESARROLLOS INMOBILIARIOS DE COLOMBIA S.A. deberá pagar a la parte CONVOCADA, esto es INVERPRIMOS CAICEDO DOUAT Y CIA S.EN.C., ESTRUMETAL S.A., SAINC INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A. y SKEMA PROMOTORA S.A. la suma total de SEISCIENTOS VEINTISIETE MILLONES NOVECIENTOS TREINTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS CUARENTA PESOS (\$627.936.640.00)

Estas sumas ya tienen descontado el 50% concedido al señor John Jairo Reyes Londoño por concepto de amparo de pobreza.

VI. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERA.- Declarar que las empresas SKEMA PROMOTORA S.A. y SAINC INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A. no incumplieron el convenio de inversión del 17 de diciembre de 2.008 por las razones expuestas en la parte motiva.

³⁷ Cuaderno No.3 folio 82 – Acta No.6

SEGUNDA.- Declarar que las empresas ESTRUMETAL S.A, INVERPRIMOS CAICEDO DOUAT & CIA S.EN.C., SKEMA PROMOTORA S.A., SAINC INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A. no incumplieron el acuerdo de accionistas autenticado el 10 de febrero de 2.009 por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

TERCERA.- Declarar que las empresas ESTRUMETAL S.A, INVERPRIMOS CAICEDO DOUAT & CIA S.EN.C., SKEMA PROMOTORA S.A. y SAINC INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A. no incumplieron el contrato de sociedad de GESTIÓN ADMINISTRACIÓN Y RENTA S.A. por las razones expuestas en la parte motiva.

CUARTA.- Negar por improcedentes las demás pretensiones de la demanda.

QUINTA.- No pronunciarse sobre las excepciones de mérito propuestas por la parte convocada por haber sido negadas las pretensiones de la demanda con fundamento en lo expuesto en la parte considerativa.

SEXTA.- No condenar a la parte convocante a la sanción establecida en el parágrafo del artículo 206 del Código General del Proceso, por los motivos antes expuestos.

SEPTIMA.- Condenar a JOHN JAIRO REYES LONDOÑO y DESARROLLOS INMOBILIARIOS DE COLOMBIA S.A. a pagar a la parte CONVOCADA la suma de SEISCIENTOS VEINTISIETE MILLONES NOVECIENTOS TREINTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS CUARENTA PESOS (\$627.936.640.00) por concepto de condena en costas y agencias en derecho.

OCTAVA.- Las sumas de dinero correspondientes a las condenas anteriores por costas y agencias en derecho, serán pagadas por JOHN JAIRO REYES LONDOÑO y DESARROLLOS INMOBILIARIOS DE COLOMBIA S.A. a la parte CONVOCADA dentro de los 5 días siguientes a la ejecutoria de este laudo.

NOVENA.- Expídase por secretaría copia auténtica de este laudo a cada una de las partes. En la copia auténtica que se expida a favor de la parte CONVOCADA se hará constar el mérito ejecutivo que presta dicha copia.

DÉCIMA.- Ordénese el archivo del expediente de este proceso en el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali.

DÉCIMA PRIMERA.- Procédase por la Presidencia del Tribunal a elaborar y a presentar a las partes cuenta final de gastos, ordenando la restitución de sumas remanentes a que hubiere lugar.

El presente laudo se notifica en Estrados.

Se deja constancia que a los señores apoderados de las partes, a quienes por Secretaría les fue entregada copia auténtica.

El Presidente,

OMAR ALBERTO CARRILLO MARTINEZ

Los árbitros,

FRANCISCO JOAQUIN CHAVES CAJIAO

FERNANDO PUERTA CASTRILLÓN

MARIA FERNANDA CARDONA MEJIA
Secretaria del Tribunal

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

**JOHN JAIRO REYES LONDOÑO y DESARROLLOS INMOBILIARIOS DE COLOMBIA S.A.
Vs.**

**ESTRUMETAL S.A., INVERPRIMOS CAICEDO DOUAT Y CIA S.EN.C., SAINC INGENIEROS
CONSTRUCTORES S.A Y SKEMA PROMOTORA S.A.**

ES FIEL COPIA DEL LAUDO CONSTANTE DE 68 FOLIOS CON DESTINO AL
CENTRO DE CONCILIACION, ARBITRAJE Y AMIGABLE COMPOSICION DE LA
CAMARA DE COMERCIO DE CALI.

SANTIAGO DE CALI, 20 DE MARZO DE 2014.

MARIA FERNANDA CARDONA MEJIA