

LAUDO ARBITRAL

Santiago de Cali, 11 de diciembre de 2018

Tabla de contenido

I. CAPÍTULO : ANTECEDENTES	1
1. SOLICITUD DE CONVOCATORIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAJE Y PARTES DEL PROCESO	1
2. EL PACTO ARBITRAL.....	2
3. LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA	4
4. TRÁMITE INICIAL.....	5
4.1. Nombramiento del Tribunal.....	5
4.2. Instalación del Tribunal, admisión y traslado de la demanda.....	6
4.3. Contestación de la demanda, excepciones y traslado de las mismas.....	6
4.4. Audiencia de conciliación	7
4.5. Honorarios y gastos del proceso	7
5. PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE.....	8
6. LAS PRUEBAS DEL PROCESO	9
7. ALEGACIONES DE LAS PARTES	16
8. TÉRMINO DEL PROCESO	16
II. CAPÍTULO : CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL	17
1. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES	17
1.1. Demanda en forma.....	17
1.2. Capacidad	22
1.3. Jurisdicción y Competencia	22
1.4. Legitimación	22
2. ANALISIS DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA	22
2.1. Consideración Preliminar	22
2.2. Primera Pretensión	23
2.2.1. Posiciones de las partes	23
2.2.1.1. Posición de la parte demandante	23
2.2.1.2. Posición de la parte demandada	25
2.2.2. Consideraciones del Tribunal	26
2.2.2.1. Generalidades sobre el abuso de la posición dominante	26
2.2.2.2. La ruta de gestación del Acuerdo de Accionistas	29
2.2.2.3. Ausencia de configuración del abuso en la celebración del Acuerdo de Accionistas	34
2.2.2.4. Ausencia de abuso derivado de algunas cláusulas del Acuerdo de Accionistas	34
2.2.2.4.1. La integración de la junta directiva de Git Masivo	34
2.2.2.4.2. La prevalencia de las disposiciones del Acuerdo de Accionistas respecto de los estatutos de Git Masivo	35

2.2.2.5. Ausencia de prueba de un detrimento patrimonial de las sociedades demandantes derivado de los términos del Acuerdo	37
2.3. Segunda Pretensión de la demanda	39
2.3.1. Posiciones de las partes	39
2.3.1.1. Posición de la parte demandante	39
2.3.1.2. Posición de la parte demandada	41
2.3.2. Consideraciones del Tribunal	42
2.4. Pretensión Tercera	46
2.4.1. Posiciones de las partes	47
2.4.2. Consideraciones del Tribunal	48
3. LAS EXCEPCIONES FORMULADAS EN LA CONTESTACION A LA DEMANDA REFORMADA	48
3.1. Improcedencia de declarar un abuso del derecho de voto	48
3.2. Improcedencia del "abuso de la posición dominante"	48
3.3. Inexistencia de ventaja injustificada y omisión de acciones por la parte Demandante de carácter societario	49
3.4. El Acuerdo de Accionistas ha sido cumplido por parte de SOMOS K	50
3.5. Inexistencia de nexo causal entre el incumplimiento del Acuerdo de Accionistas y el supuesto daño	50
3.6. Cobro de lo no debido	51
3.7. Cláusula Penal enorme	51
3.8. Improcedencia del levantamiento del velo corporativo	52
3.9. Excepción genérica	52
4. LA VALORACION PROBATORIA DE LOS DICTAMENES PERICIALES	52
5. LA OBJECION AL JURAMENTO ESTIMATORIO	54
6. LAS COSTAS DEL PROCESO	54
III. CAPÍTULO : DECISION	55

LAUDO ARBITRAL

Santiago de Cali, 11 de diciembre de 2018

I. CAPÍTULO: ANTECEDENTES

1. SOLICITUD DE CONVOCATORIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAJE Y PARTES DEL PROCESO

Mediante escrito presentado el diez (10) de febrero de 2017 ante el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cali, Empresa de Transportes Crema y Rojo S.A., Sociedad de Propietarios Crema y Rojo S.A. "Procrea S.A.", Transportadores Unidos Crema y Rojo Ltda. "Unirojo Ltda." e Inversiones y Transportes Crema y Rojo S.A, a través de apoderado, formularon demanda arbitral contra Grupo Integrado de Transporte Masivo S.A. y Sistemas Operativos Móviles S.A.¹.

La Demanda Arbitral fue reformada mediante escrito presentado el veinticinco (25) de julio de 2017 ante el mismo Centro, por parte de Empresa de Transportes Crema y Rojo S.A., Sociedad de Propietarios Crema y Rojo S.A. "Procrea S.A.", Transportadores Unidos Crema y Rojo Ltda. "Unirojo Ltda." e Inversiones y Transportes Crema y Rojo S.A (en adelante EMPRESAS CREMA Y ROJO, o las Demandantes o las Convocantes), a través de apoderado, contra Sistemas Operativos Móviles S.A. (en adelante SOMOS K, o la Demandada o la Convocada)² y Grupo Integrado de Transporte Masivo S.A. (en adelante GIT Masivo)

Las partes se enunciaron en la reforma de la demanda como sigue:

Parte convocante:

EMPRESA DE TRANSPORTES CREMA Y ROJO S.A., con Nit N° 890.301.776-8, SOCIEDAD DE PROPIETARIOS CREMA Y ROJO S.A. "PROCRESA S.A", con Nit. N°

¹ Cuaderno principal No.1 Tomo 1, folios 1 a 90.

² Cuaderno principal No.1 Tomo 3, folios 665 a 685.

900.097.508-0, TRANSPORTADORES UNIDOS CREMA Y ROJO LTDA. "UNIROJO LTDA.", con Nit N° 805.017.780-1, e INVERSIONES Y TRANSPORTES CREMA Y ROJO S.A., con Nit No. 805.000.474-8, todas con domicilio principal en la ciudad de Santiago de Cali, ubicadas en la Diagonal 23 N° 12 – 25 de Cali, y dirección de correo electrónico: cremavrojo@hotmail.com;

Parte convocada:

GRUPO INTEGRADO DE TRANSPORTE MASIVO S.A., "GIT MASIVO S.A.", con Nit N° 900.099.310-9, domicilio en el Kilómetro 1 vía Comfenalco Valle del Lili de la Ciudad de Santiago de Cali, con dirección de correo electrónico: gerencia@gitmasivo.com.

SISTEMAS OPERATIVOS MÓVILES S.A., "SOMOS K S.A.", con Nit N° 830.111.317-7, domicilio en la Carrera 86 Bis N° 45 – 57 sur en Bogotá D.C., con dirección de correo electrónico: gforero@somos.co.

2. EL PACTO ARBITRAL

En la reforma a la demanda se citan tres cláusulas compromisorias: la contenida en los contratos de compraventa de acciones, de fecha 06 de febrero de 2015 celebrados entre Sistemas Operativos Móviles S.A. en calidad de compradora, y Empresa de Transportes Crema y Rojo S.A., Sociedad de Propietarios Crema y Rojo S.A. Procrea S.A., Transportadores Unidos Crema y Rojo S.A. Unirojo Ltda. e Inversiones y Transportes Crema y Rojo S.A., en calidad de vendedoras; la pactada en el acuerdo de accionistas de Git Masivo y la estipulada en el artículo 52 de los estatutos de la sociedad Git Masivo S.A.

El texto de dichas cláusulas es el siguiente:

- En el Contrato de Compraventa de Acciones se pactó en el artículo séptimo: *"LEY Y JURISDICCIÓN: "El presente contrato estará sujeto a la ley colombiana. Todas las divergencias que se susciten con ocasión del presente contrato y que no sean resueltas directamente por las partes, serán sometidas a la decisión de un Tribunal de Arbitramento bajo las Reglas de Conciliación y Arbitraje del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cali. El Tribunal estará compuesto por tres (3) árbitros, los cuales serán nombrados de común acuerdo por las partes o, a falta de acuerdo, por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cali. El arbitraje será en derecho y se sujetará a la legislación colombiana vigente al momento de presentarse la controversia."*

- En el Acuerdo de Accionistas de GIT MASIVO S.A., se determinó en la cláusula 17. 2: *"Salvo por el cobro de la cláusula penal por intermedio del proceso ejecutivo o de cualquier otro título ejecutivo derivado del presente Acuerdo (en cuyo caso se podrá acudir a la jurisdicción ordinaria), las Partes acuerdan expresamente que toda controversia o diferencia relativa a este Acuerdo o que tenga relación con el mismo, se resolverá por un Tribunal de Arbitramento ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cali de acuerdo con las siguientes reglas:*
 - (A) *El Tribunal estará integrado por tres (3) árbitros, de los cuales cada Parte designará uno, quedando el tercero bajo la modalidad de sorteo, dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha en que cualquiera de ellas solicite por escrito a la otra tal designación.*
 - (B) *El Tribunal decidirá en derecho.*
 - (C) *El Tribunal sesionará en las instalaciones del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cali y de acuerdo con el reglamento de dicho centro.*
 - (D) *La organización interna, tarifas y honorarios del tribunal se sujetarán a las reglas previstas para el efecto por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cali.*
 - (E) *Cada parte asumirá los costos y gastos que demande su representación ante el tribunal arbitral que se conforme para la solución de la correspondiente disputa."*
- En los estatutos de la sociedad GRUPO INTEGRADO DE TRANSPORTE MASIVO S.A., GIT MASIVO S.A., constituida mediante Escritura Pública No.2638 de agosto 04 de 2006, de la Notaría Octava del Círculo de Cali, en la cláusula numero 52: *"ARTÍCULO QUINCUGÉSIMO SEGUNDO: Cláusula Compromisoria: Toda diferencia o controversia que ocurra entre las partes de éste contrato social, derivadas o con ocasión del presente instrumento, que no puedan resolverse directamente entre las mismas, a menos que consten en títulos ejecutivos o que no sean susceptibles de transacción, se resolverán por un Tribunal de Arbitramento. El Tribunal se sujetará a lo dispuesto en las normas vigentes sobre arbitramento y de acuerdo con las siguientes provisiones. A) El Tribunal estará integrado por tres (3) árbitros designados por las partes de común acuerdo. Si las partes no llegaren a un acuerdo en cuanto a su designación, estos serán designados por la Cámara de Comercio de la lista de árbitros que lleva el Centro de Arbitraje*

y Conciliación de dicha entidad; b) Los árbitros serán ciudadanos colombianos y abogados en ejercicio; c) La organización interna del Tribunal se sujetará a las reglas previstas para tal efecto por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cali, incluyendo las relativas a la fijación de honorarios de los árbitros; d) El Tribunal decidirá en derecho; y e) El Tribunal funcionará en la ciudad de Cali, en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de esta ciudad."

En vista de que la controversia sometida a consideración del Tribunal está determinada por las pretensiones contenidas en demanda reformada y subsanada y, las excepciones frente a ellas formuladas, tales pretensiones se refieren específicamente al Acuerdo de Accionistas, es así como la cláusula compromisoria con base en la cual se adelanta el presente trámite, como lo resolvió el Tribunal en su momento, es la contenida en el citado Acuerdo de Accionistas.

3. LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

La demanda inicial fue presentada el diez (10) de febrero de 2017, la cual fue subsanada mediante escrito presentado el veinticuatro (24) de abril de 2017.

Posteriormente se presentó reforma a la demanda (versión integrada), el veinticinco (25) de julio de 2017, la cual fue subsanada mediante escrito presentado el quince (15) de agosto de 2017.

Las pretensiones formuladas en la demanda reformada y subsanada, son las siguientes:

"PRIMERA:

Que se declare que las Empresas GRUPO INTEGRADO DE TRANSPORTE MASIVO S.A., y la Empresa SISTEMAS OPERATIVOS MÓVILES S.A. "SOMOS K", abusaron de su posición dominante, través de su Representante Legal señor Enrique Wolff Marulanda, obteniendo ventaja injustificada en la firma del Acuerdo Final de Accionistas, causando un detrimento patrimonial a las Empresas EMPRESA DE TRANSPORTES CREMA Y ROJO S.A., con Nit N° 890.301.776.8, SOCIEDAD DE PROPIETARIOS CREMA Y ROJO S.A. "PROCRESA S.A", con Nit N° 900.097.508.0, TRANSPORTES UNIDOS CREMA Y ROJO LIMITADA "UNIROJO LTDA.", con Nit N° 805.017.780.1, e INVERSIONES Y TRANSPORTES CREMA Y ROJO S.A.

SEGUNDA:

Que se declare que las Empresas GRUPO INTEGRADO DE TRANSPORTE MASIVO S.A., y la Empresa SISTEMAS OPERATIVOS MOVILES S.A. "SOMOS K", en ejercicio de la posición dominante, incumplieron con sus obligaciones contractuales, plasmadas en el Acuerdo Final de Accionistas, causando un perjuicio a las Empresas demandantes, que llevó a la depreciación del valor de la acción de las EMPRESA DE TRANSPORTES CREMA Y ROJO S.A., con Nit N° 890.301.776.8, SOCIEDAD DE PROPIETARIOS CREMA Y ROJO S.A. "PROCRESA S.A", con Nit N° 900.097.508.0, TRANSPORTES UNIDOS CREMA Y ROJO LIMITADA "UNIROJO LTDA.", con Nit N° 805.017.780.1, e INVERSIONES Y TRANSPORTES CREMA Y ROJO S.A., por la suma de Mil Ciento Veintisiete Millones Novecientos Cuarenta y Tres Mil Doce Pesos con Veinticuatro Centavos Moneda Corriente (\$1.127.943.012.24), valor éste que se estipulan bajo la gravedad del juramento y de acuerdo con la prueba documental que para el efecto presenta el Representante Legal Suplente de la parte actora, y que en cinco (5) folios se anexa.

TERCERA:

Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene a las demandadas, Empresas GRUPO INTEGRADO DE TRANSPORTE MASIVO S.A., y la Empresa SISTEMAS OPERATIVOS MÓVILES S.A. "SOMOS K", a pagar a favor de las demandantes, EMPRESA DE TRANSPORTES CREMA Y ROJO S.A., con Nit N° 890.301.776.8, SOCIEDAD DE PROPIETARIOS CREMA Y ROJO S.A. "PROCRESA S.A", con Nit N° 900.097.508.0, TRANSPORTES UNIDOS CREMA Y ROJO LIMITADA "UNIROJO LTDA.", con Nit N° 805.017.780.1, e INVERSIONES Y TRANSPORTES CREMA Y ROJO S.A., la suma de Mil Ciento Veintisiete Millones Novecientos Cuarenta y Tres Mil Doce Pesos con Veinticuatro Centavos Moneda Corriente (\$1.127.943.012.24), suma ésta que deberá atender a los principios de reparación integral y equidad y criterios técnicos actuariales conforme lo ordena el artículo 283 inciso final del Código General del Proceso. "

4. TRÁMITE INICIAL

4.1. Nombramiento del Tribunal

Tras la presentación de la demanda arbitral el diez (10) de febrero de 2017 por parte del apoderado de EMPRESAS CREMA Y ROJO, las partes de común acuerdo designaron como árbitros a los doctores Rafael Bernal Gutiérrez, Carlos Arturo Cobo García y Anne

Marie Mürrle Rojas³, quienes aceptaron la designación y dieron cumplimiento al deber de información oportunamente.

4.2. Instalación del Tribunal, admisión y traslado de la demanda

El diecisiete (17) de abril de 2017 tuvo lugar la audiencia de instalación del Tribunal⁴, en la cual se nombró como presidente al doctor Rafael Bernal Gutiérrez y como secretaria a la doctora María del Pilar Salazar Sánchez, y se reconoció personería a los apoderados de las partes.

En esa oportunidad se inadmitió la demanda, la cual fue subsanada mediante escrito presentado el veinticuatro (24) de abril del mismo año, y finalmente admitida según auto de fecha nueve (9) de mayo de 2017. En esa providencia se admitió la demanda y se ordenó el traslado conforme lo previsto en el artículo 21 de la Ley 1563 de 2012. El apoderado de la parte demandada se notificó personalmente del auto admisorio de la demanda el día quince (15) de mayo de 2017.

El veinticinco (25) de julio de 2017, el apoderado de la parte Convocante presentó reforma a la demanda⁵, la cual fue subsanada el quince (15) de agosto de 2017, y admitida mediante auto de fecha dieciséis (16) de agosto de 2017⁶.

4.3. Contestación de la demanda, excepciones y traslado de las mismas

El seis (06) de septiembre de 2017, el apoderado de las Convocadas presentó contestación de la reforma de la demanda arbitral por parte de Git Masivo S.A. y de Somos K S.A.⁷, y propuso como excepciones de mérito las siguientes:

La sociedad GRUPO INTEGRADO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. - GIT MASIVO S.A., las denominó:

FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL.

VIOLACION AL PRINCIPIO DE BUENA FE.

FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA.

³ Cuaderno No.2 – Actuaciones del Centro, folios 37 a 39.

⁴ Cuaderno principal No.1 Tomo 1, folios 91 a 97.

⁵ Cuaderno principal No.1 Tomo 3, folios 665 a 685.

⁶ Cuaderno principal No.1 Tomo 3, folios 707 a 708.

⁷ Cuaderno principal No.1 Tomo 3, folios 714 a 776.

FALTA DE CAUSA PARA PEDIR.
INEXISTENCIA DE ABUSO DEL DERECHO.
INEXISTENCIA DE POSICIÓN DOMINANTE.
INEXISTENCIA DE PERJUICIO.

La sociedad SISTEMAS OPERATIVOS MOVILES S.A. – SOMOS K S.A. las denominó:

Improcedencia de declarar un abuso del derecho de voto.
Improcedencia del "abuso de la posición dominante"
Inexistencia de ventaja injustificada y omisión de acciones por la Parte Demandante de carácter societario.
El Acuerdo de Accionistas ha sido cumplido por parte de SOMOS K.
Inexistencia de nexo causal entre el incumplimiento del Acuerdo de Accionistas y el supuesto daño.
Cobro de lo no debido.
Cláusula Penal enorme.
Improcedencia del levantamiento del velo corporativo.
Excepción genérica.

El ocho (8) de septiembre de 2017 se corrió traslado a la parte Convocante de las excepciones formuladas frente a la demanda reformada, sobre las cuales se pronunció dentro del término legal.⁸

4.4. Audiencia de conciliación

El día primero (1) de diciembre de 2017 mediante Acta No.12 se surtió la audiencia de conciliación prevista en la ley⁹. En vista de que las partes no llegaron a un acuerdo conciliatorio, el Tribunal ordenó continuar con el trámite del proceso.¹⁰

4.5. Honorarios y gastos del proceso

Fracasado el intento conciliatorio, el Tribunal procedió a fijar los gastos del trámite y los honorarios de los árbitros y de la secretaria, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 25 y 26 de la Ley 1563 de 2012 y en el Decreto 1829 de 2013, sumas que fueron canceladas oportunamente.

⁸ Cuaderno principal No.1 Tomo 3, folios 786 a 796.

⁹ Cuaderno principal No.1 Tomo 4, folios 925 a 929.

¹⁰ Cuaderno principal No.1 Tomo 4, folio 926.

5. PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE

El día dos (02) de febrero de 2018 se inició la primera audiencia de trámite¹¹. El Tribunal se pronunció sobre su competencia y, decidió sobre las pruebas pedidas por las partes.

En la primera audiencia de trámite, el Tribunal tuvo en cuenta como se indicó anteriormente, la cláusula compromisoria contenida en el Acuerdo de Accionistas y, además hizo referencia a los siguientes aspectos procesales, entre otros:

Capacidad

Las partes Convocante y Convocada tienen capacidad para ser parte en el presente proceso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 del Código General del Proceso.

Apoderados

Las partes han comparecido al presente proceso arbitral representadas judicialmente por abogados, a quienes se les ha reconocido personería.

Materia objeto del proceso arbitral y competencia

Las diferencias sometidas a decisión arbitral giran en torno a asuntos de naturaleza patrimonial, susceptibles de disposición y transacción.

Contra la providencia por virtud de la cual el Tribunal avocó competencia para conocer de la demanda originalmente presentada contra las sociedades GIT MASIVO S.A. y SOMOS K, el apoderado de aquella interpuso recurso de reposición, por considerar que el Tribunal carece de competencia para decidir pretensiones frente a GIT MASIVO, habida cuenta de que ésta sociedad no suscribió el acuerdo de accionistas que, como se ha reseñado, fue el pacto arbitral tomado en consideración por el Tribunal para dar curso al presente trámite arbitral.

El Tribunal Arbitral, al decidir el recurso presentado, decidió excluir de la controversia a GRUPO INTEGRADO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. - GIT MASIVO S.A., pues se concluyó que la materia sometida a su consideración en la demanda, no permite extenderle los efectos de la cláusula compromisoria citada. (Folios 950 a 952 del Cuaderno Principal No.1 Tomo 4)

¹¹ Cuaderno principal No.1 Tomo 4, folios 938 a 957.

6. LAS PRUEBAS DEL PROCESO

En la primera audiencia de trámite, realizada el dos (02) de febrero de 2018, el Tribunal decretó las pruebas del proceso, las cuales se practicaron de la siguiente manera:

Documentales allegados por las partes

El Tribunal ordenó tener como prueba los siguientes documentos:

Aportados por la parte demandante:¹²

- Recibo de pago de los gastos en Cámara de Comercio de Cali.
- Poder conferido por las Sociedades demandantes.
- Certificado de Existencia y Representación expedido por la Cámara de Comercio de Cali, de las Sociedades comerciales: EMPRESA DE TRANSPORTES CREMA Y ROJO S.A., con Nit N° 890.301.776.8, SOCIEDAD DE PROPIETARIOS CREMA Y ROJO S.A. "PROCRESA S.A", con Nit N° 900.097.508.0, TRANSPORTADORES UNIDOS CREMA Y ROJO LIMITADA "UNIROJO LTDA.", con Nit N° 805.017.780.1, e INVERSIONES Y TRANSPORTES CREMA Y ROJO S.A., GRUPO INTEGRADO DE TRANSPORTE MASIVO S.A., "GIT MASIVO S.A.", y SISTEMAS OPERATIVOS MÓVILES S.A.
- Los contratos de compraventa de acciones.
- El Acuerdo Final de Accionistas.
- Y los documentos aportados con las contestaciones a la demanda de parte de las demandadas.

Aportados por la parte demandada:

- Los aportados a la contestación de la demanda inicial, relacionados en la contestación a la demanda reformada:¹³
- Copia del Acuerdo de Accionistas suscrito entre Sistemas Operativos Móviles S.A. y los accionistas de GIT MASIVO S.A. del 2 de diciembre de 2014.
- Copia de la comunicación de Empresa de Transportes Crema y Rojo S.A. dirigida a Sistemas Operativos Móviles S.A. con el asunto "Ejercicio del derecho de recompra de acciones" del 16 de julio de 2015.

¹² Cuaderno principal No.1 Tomo 1, folios 12 a 90.

¹³ Cuaderno principal No.1 Tomo 1, folios 157 a 291.

- Copia de la comunicación de PROCRESA S.A. dirigida a Sistemas Operativos Móviles S.A. con el asunto "Ejercicio del derecho de recompra de acciones" del 16 de julio de 2015.
- Copia de la comunicación de UNIROJO LTDA dirigida a Sistemas Operativos Móviles S.A. con el asunto "Ejercicio del derecho de recompra de acciones" del 16 de julio de 2015.
- Copia de la comunicación de Inversiones y Transportes Crema y Rojo S.A. dirigida a Sistemas Operativos Móviles S.A. con el asunto "Ejercicio del derecho de recompra de acciones" del 16 de julio de 2015.
- Copia del comunicado del 8 de octubre de 2014 de SOMOS K a los accionistas GIT MASIVO
- Copia del Contrato de Compraventa de Acciones de Sistemas Operativos Móviles S.A. y Empresa de Transportes Crema y Rojo S.A. del 6 de febrero de 2015, debidamente suscrito por las partes.
- Copia del Contrato de Compraventa de Acciones de Sistemas Operativos Móviles S.A. e Inversiones y Transportes Crema y Rojo S.A. del 6 de febrero de 2015, debidamente suscrito por las partes.
- Copia del Contrato de Compraventa de Acciones de Sistemas Operativos Móviles S.A. y Sociedad de Propietarios Crema y Rojo S.A. del 6 de febrero de 2015, debidamente suscrito por las partes.
- Copia del Contrato de Compraventa de Acciones de Sistemas Operativos Móviles S.A. y Transportadores Unidos Crema y Rojo Ltda. del 6 de febrero de 2015, debidamente suscrito por las partes.
- Copia del Informe del Revisor Fiscal a los Accionistas de GIT MASIVO S.A. presentado por Ernst and Young del 15 de marzo de 2016
- Copia de los Estados Financieros 2015 y 2014 GIT MASIVO S.A. emitidos por Ernst and Young

- Los aportados a la contestación de la demanda inicial por parte de GIT MASIVO S.A.¹⁴:
- Copia de la Escritura pública de fecha 17 de septiembre de 2014 que contiene la reforma de los Estatutos Sociales de GIT MASIVO
- Certificación emitida por el representante legal y el revisor fiscal de GIT MASIVO S.A. sobre la composición accionaria de la compañía hasta el 31 de diciembre de 2016 de fecha 21 de febrero de 2017.
- Copia del Acta de la Junta Directiva No. 160 de GIT MASIVO
- Copia del Acta de la Junta Directiva No. 161 de GIT MASIVO
- Copia del Acta de la Junta Directiva No. 162 de GIT MASIVO
- Copia del Acta de la Junta Directiva No. 163 de GIT MASIVO
- Copia del Acta 26 de la Asamblea de Accionistas de GIT MASIVO
- Copia del Acta 27 de la Asamblea de Accionistas de GIT MASIVO
- Copia del Acta 28 de la Asamblea de Accionistas de GIT MASIVO
- Copia del Acta 29 de la Asamblea de Accionistas de GIT MASIVO
- Copia del Acta 30 de la Asamblea de Accionistas de GIT MASIVO
- Copia de la Escritura Pública No 3015 del 19 de agosto de 2014 la cual contiene la reforma de los Estatutos Sociales de GIT MASIVO
- Copia de los Estatutos Sociales de GIT MASIVO.
- Copia de la nota interna del mes de febrero de 2015
- Copia del Registro de Accionistas No. 10 del Libro de Accionistas de GIT MASIVO.
- Copia del Registro de Accionistas No. 11 del Libro de Accionistas de GIT MASIVO.
- Copia del Registro de Accionistas No. 12 del Libro de Accionistas de GIT MASIVO.
- Copia del Registro de Accionistas No. 80 del Libro de Accionistas de GIT MASIVO.

¹⁴ Cuaderno principal No.1 Tomo 2, folios 318 a 608.

- Copia de la nota interna del mes de febrero de 2015
- Copia de la nota interna del mes de febrero de 2015
- Copia nota interna mes de julio de 2015
- Copia de la comunicación de Empresa de Transportes Crema y Rojo S.A* dirigida a Sistemas Operativos Móviles S.A. con el asunto "Ejercicio del derecho de recompra de acciones" del 16 de julio de 2015,
- Copia de la comunicación de PROCRESA S.A. dirigida a Sistemas Operativos Móviles S.A. con el asunto "Ejercicio del derecho de recompra de acciones" del 16 de julio de 2015.
- Copia de la comunicación de UNIROJO LTDA dirigida a Sistemas Operativos Móviles S.A. con el asunto "Ejercicio del derecho de recompra de acciones" del 16 de julio de 2015.
- Copia de la comunicación de Inversiones y Transportes Crema y Rojo S.A. dirigida a Sistemas Operativos Móviles S.A con et asunto "Ejercicio del derecho de recompra de acciones" del 16 de julio de 2015.
- Copia de la Carta de aceptación de oferta del 8 de julio de 2014 remitida por GIT MASIVO a SOMOS K.
- Copia nota interna del mes de febrero de 2015
- Certificado Histórico de Representantes legales de GIT MASIVO
- Certificado Histórico de Miembros de Junta Directiva de GIT MASIVO

Prueba por Informe

De acuerdo con lo solicitado por la Convocante, se ordenó librar oficio a:

- Las sociedades **SOMOS K S.A. y a GIT MASIVO S.A.**, para informar con respecto a lo que reposa en sus archivos, sobre la compraventa de acciones y el cumplimiento de las obligaciones adquiridas en el negocio jurídico denominado Acuerdo Final de Accionistas.
- La Empresa **Ernst & Young Audit S.A.S.**, para el envío de los soportes que reposan en sus archivos, y que sirvieron de base para rendir la auditoria que obra en

el expediente, en especial el soporte de: "Al 31 de diciembre de 2015, la Compañía ha diferido gastos y costos operativos no capitalizables por \$59.124 millones y ha dejado de depreciar y amortizar activos fijos y cargos diferidos por \$24.486 millones y 24.652 respectivamente, montos que sumados representan el 42% del total del activo, presentando una desviación a los principios de contabilidad generalmente aceptados en Colombia. El registro de \$108.262 millones como costos y/o gastos aumentaría la pérdida de \$23.054 millones a \$131.316 millones, de los cuales \$92.840 millones corresponden a costos y gastos de ejercicios. (...)"

El seis (6) de febrero de 2018 se envió el Oficio No.02 a Somos K S.A., informándole sobre la prueba ordenada, de la cual dio respuesta el día dieciséis (16) de febrero de 2018, indicando que dentro de los archivos de la entidad no reposa un informe sobre la compraventa de acciones y el cumplimiento de las obligaciones adquiridas en el negocio denominado Acuerdo Final de Accionistas. (¿)

El seis (6) de febrero de 2018 se envió el Oficio No.03 a Git Masivo S.A., informándole sobre la prueba ordenada, de la cual dio respuesta el día dieciséis (16) de febrero de 2018, indicando que verificados los archivos de la entidad no reposa ningún informe sobre la compraventa de acciones y el cumplimiento de las obligaciones adquiridas en el negocio denominado Acuerdo Final de Accionista.

El dos (2) de febrero de 2018 se elaboró el Oficio No.04 a Ernst & Young Audit S.A.S., informándole sobre la prueba ordenada, de la cual dio respuesta el dieciséis (16) de febrero de 2018, presentando los documentos solicitados.

Respecto de los informes presentados, se hizo entrega de copia de los mismos a los apoderados de las partes, quienes no realizaron manifestación alguna, tal como consta en Acta No.15 de fecha ocho (8) de marzo de 2018.

Interrogatorio de Parte y Declaración de Parte

Se decretó por solicitud de ambas partes, el Interrogatorio de Parte del Representante Legal de Somos K S.A., Transportes Crema y Rojo S.A., Sociedad de Propietarios Crema y Rojo S.A. "Procrea S.A.", Transportadores Unidos Crema y Rojo Ltda. "Unirojo Ltda." e Inversiones y Transportes Crema y Rojo S.A., en diligencia que tuvo lugar el día ocho (8) de marzo de 2018, según consta en el Acta No.15.

Los apoderados solicitaron igualmente la declaración de parte de sus poderdantes, la cual fue practicada en la misma fecha. El apoderado de las convocantes desistió de la declaración de parte de sus mandantes.

Testimonios

A petición de la parte Demandante se decretó el testimonio de Nicolás Orejuela Botero y Juan Miguel Vera. A petición de la parte Demandada se decretó el testimonio de Armando González González, Marco Olivo Rincón Ramírez, José Harvey Hurtado Guerrero y Ramiro Jurado Doneys.

Los apoderados de las partes Demandante y Demandada en su oportunidad, desistieron de los testimonios de Armando González González, Juan Miguel Vera, Nicolás Orejuela Botero, Marco Olivo Rincón Ramírez y Ramiro Jurado Doneys, desistimientos que fueron aceptados por el Tribunal en audiencias que tuvieron lugar los días ocho (8) de marzo de 2018 y dieciséis (16) de mayo de 2018, según consta en Actas 15 y 20, respectivamente.

El testimonio del señor José Harvey Hurtado Guerrero, solicitado por la parte demandada, se recepcionó el día dieciséis (16) de mayo de 2018 según consta en Acta No. 20, quien aportó en su declaración un documento que obra a folios 1093 a 1100 del Cuaderno Principal No.1 Tomo 5.

El Tribunal de oficio decretó el testimonio de Ernst & Young Audit S.A.S. A la diligencia que tuvo lugar el día dieciséis (16) de mayo de 2018, según consta en Acta No. 20, compareció su Representante Legal.

Dictamen pericial

Se decretó como prueba pericial el dictamen financiero aportado por la parte demandada el día doce (12) de octubre de 2017, como parte de las pruebas de las excepciones y de la objeción al Juramento Estimatorio, que obra a folios 1 al 98 del Cuaderno de Pruebas – Tomo 1.

Se decretó por solicitud de la parte demandante, en cabeza de la profesional Myriam Caicedo Rosas, un dictamen pericial de carácter contable y financiero el cual fue rendido el día diecinueve (19) de abril de 2018 y, obra a folios 504 a 602 del Cuaderno de Pruebas - Tomo 3 del expediente. Los soportes del dictamen se encuentran agregados al expediente en los folios 726 a 1768 del Cuaderno de Pruebas – Tomos 4, 5, 6, 7 y 8. Del dictamen se corrió traslado a las partes por cinco días hábiles.

En el término del traslado el apoderado de las Convocantes presentó solicitud de aclaración, adición y complementación de la experticia, de igual forma, el apoderado de la Convocada presentó dentro del término del traslado solicitud de aclaración y complementación del informe pericial.

El cuatro (4) de mayo de 2018, la perito Sra. Myriam Caicedo Rosas presentó escrito con la aclaración al dictamen que le fue encomendado, el cual obra a folios 604 a 687 del Cuaderno de Pruebas – Tomo 3 del expediente. Los soportes de la aclaración al dictamen se encuentran agregados al expediente en los folios 1769 a 1914 del Cuaderno de Pruebas – Tomo 9. De la aclaración al dictamen se corrió traslado a las partes por cinco días hábiles.

En el término del traslado el apoderado de la Convocada presentó a través del correo electrónico, peritaje financiero contable de contradicción por parte de la firma Strategas Consultores S.A. y solicitud de citación a la perito Myriam Caicedo Rosas, peritaje que obra a folios 1068 a 1083 del Cuaderno Principal No.1 - Tomo 5 y a folios 688 a 711-1 del Cuaderno de Pruebas – Tomo 3, del expediente.

El Tribunal decretó el Interrogatorio de los Peritos Enrique Villota L. (Strategas Consultores S.A.) y de Myriam Caicedo Rosas, el cual se desarrolló el día siete (7) de junio de 2018, tal como consta en el Acta No.21.

Al iniciar la declaración de la perito Myriam Caicedo Rosas, el apoderado de la parte convocada formuló verbalmente en la diligencia objeción por error grave.

Exhibición de documentos por parte de GIT MASIVO S.A.

El Tribunal decretó como prueba de oficio la exhibición por parte de la sociedad Git Masivo S.A., de los libros de Actas de Junta Directiva y de los libros de Actas de la Asamblea de Accionistas, lo cual se recepcionó el día ocho (8) de marzo de 2018, a través de la Sra. Patricia Cárdenas, en calidad de Suplente del Gerente de Git Masivo S.A., quien colocó a disposición del Tribunal los originales para tomar copias de:

Libro de Actas de Junta Directiva, que obran a folios 201 a 317 del Cuaderno de Pruebas - Tomo 2, y Libro de Actas de Asamblea de Accionistas, que obran a folios 318 a 501 del Cuaderno de Pruebas - Tomo 2, del expediente.

7. ALEGACIONES DE LAS PARTES

En audiencia que tuvo lugar el siete (7) de septiembre de 2018, los apoderados de las partes presentaron verbalmente sus respectivos alegatos de conclusión y aportaron el escrito correspondiente, los cuales fueron incorporados en el expediente obrando a folios 1125 a 1198 del Cuaderno Principal No.1 – Tomo 5.

El Tribunal tendrá en cuenta las alegaciones de las partes, y en lo pertinente hará referencia a ellas a lo largo de las consideraciones del Laudo, al abordar el estudio de las pretensiones y excepciones formuladas dentro del proceso.

8. TÉRMINO DEL PROCESO

El dos (2) de febrero de 2018 se terminó la primera audiencia de trámite y se presentaron las siguientes suspensiones dentro del proceso:

- (i) Por solicitud conjunta de las partes se decretó la suspensión del proceso desde el tres (3) de febrero de 2018 hasta el siete (7) de marzo de 2018, incluidas las dos fechas, esto es, por veintitrés (23) días hábiles (Acta No. 14 del 02 de febrero de 2018).
- (ii) Por solicitud conjunta de las partes, mediante auto No.25 del ocho (8) de marzo de 2018 (Acta No.15) se decretó la suspensión del proceso desde el nueve (9) de marzo de 2018 hasta el doce (12) de abril de 2018, incluidas las dos fechas, esto es por veintidós (22) días hábiles.
- (iii) Por solicitud conjunta de las partes, mediante auto No.34 del dieciséis (16) de mayo de 2018 (Acta No.20) se decretó la suspensión del proceso desde el diecisiete (17) de mayo de 2018 hasta el seis (06) de junio de 2018, incluidas las dos fechas, esto es por catorce (14) días hábiles.
- (iv) Por solicitud conjunta de las partes, mediante auto No.38 del siete (7) de junio de 2018 (Acta No.21) se decretó la suspensión del proceso desde el ocho (8) de junio de 2018 hasta el seis (06) de septiembre de 2018, incluidas las dos fechas, esto es por sesenta (60) días hábiles.

Teniendo en cuenta la fecha de finalización de la primera audiencia de trámite, el plazo de duración del proceso vencería el día 02 de agosto de 2018, adicionados los ciento diecinueve (119) días hábiles de suspensión, el término del proceso vence el veintiocho (28) de enero de 2019.

De acuerdo con lo anterior, el presente Laudo se profiere dentro del término legal.

II. CAPÍTULO: CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES

En el presente trámite los presupuestos procesales se encuentran debidamente cumplidos, en los términos que se exponen a continuación:

1.1. Demanda en forma

La demanda presentada por Empresa de Transportes Crema y Rojo S.A., Sociedad de Propietarios Crema y Rojo S.A. "Procrea S.A.", Transportadores Unidos Crema y Rojo Ltda. "Unirojo Ltda." e Inversiones y Transportes Crema y Rojo S.A., reformada y subsanada posteriormente, cumple con los requisitos que exige la ley, por lo cual fue admitida por el Tribunal.

1.2. Capacidad

Tal como se expresó en acápite anterior de este Laudo, las partes de este proceso tienen capacidad para serlo y para comparecer al trámite, en los términos de los artículos 53 y 54 del Código General del Proceso, y lo hicieron a través de sus respectivos representantes legales, quienes otorgaron poder para la representación judicial, de acuerdo con lo cual les fue reconocida la correspondiente personería a sus apoderados judiciales.

El Tribunal fue integrado de acuerdo con lo pactado en la cláusula compromisoria y se encuentra debidamente instalado, como ya se indicó.

Las partes consignaron oportunamente el valor de los honorarios y gastos de administración del Tribunal, valor éste, que fue oportunamente entregado al Presidente del Tribunal, como es de conocimiento de los intervinientes.

La controversia objeto de este proceso tiene un contenido patrimonial directo, susceptible de transacción, y las partes son plenamente capaces para transigir.

1.3. Jurisdicción y Competencia

El Tribunal mediante auto No.17 de febrero 02 de 2018 se declaró competente para decidir la controversia sometida a su consideración por la parte demandante y en contra de las sociedades Somos K y Git Masivo, con base en la habilitación derivada de la cláusula compromisoria contenida en el Acuerdo de Accionistas de la sociedad Git Masivo.

La anterior decisión se basó en las siguientes consideraciones:

1. "En el encabezamiento del texto del Acuerdo de Accionistas se establece: "Acuerdo de accionistas entre Por una parte Sistemas Operativos Móviles Somos K" y a continuación aparece "de otra parte" y seguidamente se incluye un listado de los demás accionistas.
2. En la consideración VII del Acuerdo de Accionistas aparece: *"Que dando cumplimiento a lo estipulado en la oferta anteriormente indicada y aceptada por GIT MASIVO S.A., las Partes, con pleno conocimiento de la propuesta, declaran conocer y estar de acuerdo con la aceptación que hizo GIT MASIVO S.A. de dicha propuesta, hecho del que constituye plena prueba este documento, en virtud de lo cual proceden a celebrar, como en efecto consta en este documento, el Acuerdo de Accionistas al que se refiere la propuesta, para regular entre otros temas: los referentes a la forma como SOMOS K ejercerá el control de la compañía, la reducción de la oferta de transporte colectivo tradicional que aún se encuentra operando, reformas estatutarias, entre otros aspectos relacionados con la oferta y con asuntos operativos, económicos y administrativos de GIT MASIVO S.A., y determinados derechos y obligaciones que asumirá cada una de las Partes y que regulen las relaciones entre los Accionistas y de estos con GIT MASIVO S.A."*
3. En el mismo texto se establece a continuación: *"POR CONSIGUIENTE, en atención a las anteriores consideraciones, las Partes celebran con la intención que tenga plenos efectos vinculantes entre ellas, el presente Acuerdo de Accionistas, ..."*
4. En el numeral 2 del acápite "Definiciones" del Acuerdo de Accionistas, se estipula: *"El presente Acuerdo de Accionistas tiene como objeto establecer determinados derechos y obligaciones de las Partes y de los Accionistas en relación con la Compañía y con los demás Accionistas, a efectos de establecer reglas para la aplicación de lo contemplado en los Estatutos y la modificación de algunas de las cláusulas relevantes de los mismos para dar cumplimiento a la oferta referida en la parte considerativa de este documento."*
5. Si bien en la definición antes transcrita se alude a que el Acuerdo de Accionistas es fuente de obligaciones "en relación con la Compañía", de tal previsión no es posible derivar que la sociedad Git Masivo es "parte" del Acuerdo y menos aún puede equipararse a una

manifestación de voluntad de la sociedad en el sentido de quedar vinculada por la cláusula compromisoria contenida en dicho Acuerdo.

6. Sin embargo, en el artículo 70 de la Ley 222 de 1995 se establece una excepción al principio de la relatividad de los contratos en cuanto dispone:

"Acuerdo entre accionistas. 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." (Se ha subrayado)

7. Así, tal norma establece la oponibilidad a la sociedad de los acuerdos de accionistas, solamente en cuanto ellos se refieren al ejercicio del derecho al voto, no en relación con todas las estipulaciones de tales acuerdos.
8. Sobre el particular ha dicho la doctrina: *"en materia de acuerdos de accionistas, la Ley 222 de 1995 en su artículo 70 reguló un tipo especial de pacto, relativo al ejercicio del derecho de voto en la forma como habrá de emitirse el mismo en las asambleas generales, así como la estipulación sobre la persona o personas que habrán de llevar la representación de las acciones en la reuniones del máximo órgano social."*¹⁵
9. Y a este respecto se agrega: *"este acuerdo será vinculante respecto de la compañía solamente si cumple con los requisitos sustantivos consagrados en la norma transcrita. El primer requisito hace referencia a que quienes suscriben el pacto no pueden tener la doble calidad de administradores y accionistas. El segundo requisito alude al ámbito de aplicación del pacto, por lo que solamente puede versar sobre la forma como habrá de emitirse el voto en las asambleas generales y la determinación sobre la persona o personas que habrán de llevar la representación de las acciones en las reuniones del máximo órgano social. El tercer requisito corresponde a la forma, es decir, que el pacto debe constar por escrito y debe ser entregado al representante legal de la compañía, para su depósito en las instalaciones donde funcione la administración de la sociedad."*¹⁶
10. Para concluir que *"lo cierto es que el artículo 70 de la Ley 222 de 1995 corresponde a una excepción legal al principio de la relatividad de los contratos, pudiéndose predicar en relación con los acuerdos de voto contenidos en pactos parasociales al amparo de la mentada norma, efectos vinculantes respecto de la compañía, es decir, oponibilidad."*¹⁷

¹⁵ ARCILA SALAZAR, Carlos Andrés. ACUERDOS DE ACCIONISTAS: NORMATIVIDAD Y JURISPRUDENCIA. REVISTA FORO DERECHO MERCANTIL N°:53, OCT.-DIC./2016, PÁGS. 25-57

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Ibid.

11. Es posible y ello ocurre en el caso presente, que en acuerdos de este tipo, los que lo suscriban extiendan sus efectos a otra serie de temas, diferentes a los acuerdos de voto, pero en tales materias solamente serán vinculantes para quienes los hayan suscrito. La ley mercantil, lo tiene contemplado en el artículo 118 que, a contrario sensu, permite hacerlo pero limitando sus efectos a quienes han suscrito y son parte de dichos acuerdos, con la claridad de que frente a la sociedad y a los terceros no se admitirá prueba alguna que contrarie lo que aparezca en los estatutos registrados, es decir, no produce efecto alguno frente a ellos. Norma que, desde los principios generales del derecho se encuentra en el mismo sentido en el artículo 1766 del Código Civil y en el artículo 254 del Código General del Proceso.
12. En tales condiciones, la sociedad Git Masivo se vería vinculada por el Acuerdo de Accionistas en relación con los pactos de los socios sobre el sentido en que emitirían su voto, por expresa disposición legal, pero no podría entenderse vinculada por otras disposiciones del Acuerdo, respecto de las cuales no ha manifestado su voluntad.
13. Lo anterior, por haberse depositado el Acuerdo de Accionistas ante la sociedad, como se reconoce en la contestación de la demanda¹⁸.
14. En tales condiciones, de no probarse lo contrario durante el proceso, la sociedad Git Masivo se encontraría vinculada por el Acuerdo de Accionistas, exclusivamente en lo que tiene que ver con el ejercicio del derecho al voto y las controversias derivadas del cumplimiento de estas previsiones deben dirimirse entonces por un Tribunal de arbitraje, de acuerdo con la cláusula compromisoria pactada en dicho Acuerdo.
15. En este momento del trámite, no habiéndose surtido la etapa de decreto, práctica y contradicción de las pruebas, no es posible establecer el alcance de las pretensiones respecto de las previsiones contenidas en el Acuerdo de Accionistas en relación con el ejercicio del derecho de voto.
16. Por lo anterior, no resulta procedente desvincular en este momento del trámite a la sociedad Git Masivo del presente proceso.
17. Lo anterior, aun cuando es claro que el pacto arbitral estipulado en la cláusula 52 de sus estatutos no la cubre, pues en su texto se hace referencia a "*Toda diferencia o controversia que ocurra entre las partes de éste contrato social*" y no aparece referencia a las controversias que ocurran frente a la sociedad."

El auto por virtud del cual el Tribunal se declaró competente fue recurrido por el apoderado de Git Masivo S.A. quien solicitó que tal sociedad fuera excluida del trámite, por considerar que la cláusula compromisoria, contenida en el Acuerdo de Accionistas, no resulta vinculante para ella, por no haber suscrito tal Acuerdo y debido a que las pretensiones de la demanda no están relacionadas con el ejercicio al derecho al voto.

¹⁸ Contestación al hecho segundo de la demanda.

Al decidir el recurso, el Tribunal revocó su decisión y accedió a lo solicitado por el apoderado de Git Masivo, en el sentido de excluir del trámite a la sociedad Git Masivo S.A. con fundamento en las siguientes consideraciones:

“1°. En la providencia recurrida el Tribunal ha concluido que basa su competencia en la cláusula compromisoria contenida en el Acuerdo de Accionistas, decisión frente a la cual no se ha presentado objeción por los apoderados de las partes.

2°. Ahora bien, la circunstancia de que no se haya acreditado que dicho Acuerdo de Accionistas fue suscrito por la sociedad Git Masivo S.A., no permite concluir por sí sola, que los efectos de la cláusula compromisoria en él pactada no le son aplicables, pues la tendencia actual permite vincular en determinados escenarios a quienes no han suscrito el pacto arbitral, a lo que por ejemplo se refiere el parágrafo del artículo 3° y el artículo 37 de la Ley 1563 de 2012.

3°. En la providencia recurrida el Tribunal afirmó que la sociedad Git Masivo se encontraría vinculada por el Acuerdo de Accionistas, exclusivamente en lo que tiene que ver con el ejercicio del derecho al voto y las controversias derivadas del cumplimiento de las previsiones a este respecto.

4°. Una vez revisadas nuevamente las pretensiones de la demanda, se tiene que en la primera de ellas no se hace referencia alguna al incumplimiento de las estipulaciones del Acuerdo de Accionistas relacionadas con el ejercicio del derecho al voto, sino a un presunto abuso del derecho en la firma de tal Acuerdo, materia sobre la cual, la cláusula compromisoria pactada en el mismo no podría extenderse a la sociedad Git Masivo.

5°. La segunda de las pretensiones de la demanda, en cambio, si se refiere a un incumplimiento del Acuerdo de Accionistas, el cual, de versar sobre las obligaciones relacionadas con el ejercicio del derecho al voto, si permite extender la cláusula compromisoria a la sociedad, por serle esta materia oponible, en los términos del artículo 70 de la Ley 222 de 1995.

6°. Sin embargo, ni en dicha pretensión, ni en los hechos de la demanda se expresa, ni es posible inferirlo por vía de interpretación, que el incumplimiento que se reclama en la pretensión segunda se refiere a alguna de las obligaciones relacionadas con el ejercicio al derecho al voto plasmadas en el Acuerdo.

7°. En tales condiciones, si bien en este momento procesal aún no se ha surtido el debate probatorio, es posible concluir que la materia sometida a consideración del Tribunal en la demanda no permite extender los efectos de la cláusula compromisoria a la sociedad Git Masivo S.A. ...”

Luego de practicadas las pruebas decretadas dentro del trámite, el Tribunal ratifica lo decidido en la primera audiencia de trámite en relación con su competencia para decidir las pretensiones y excepciones sometidas a su consideración, exclusivamente respecto de la sociedad Somos K.

1.4. Legitimación

Si bien, en este trámite no se ha discutido la legitimación de las partes para actuar, es pertinente mencionar que la parte demandante se encuentra legitimada para formular las pretensiones contenidas en la demanda reformada y subsanada, las cuales pueden ser válidamente dirigidas frente a la sociedad demandada, por lo cual, el presupuesto de legitimación activa y pasiva se encuentra cumplido.

2. ANALISIS DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

2.1. Consideración preliminar

El Tribunal considera pertinente tener en cuenta, en primer lugar, lo dispuesto en el artículo 281 del Código General del Proceso, en cuanto dispone:

"La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

"No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta.

"Si lo pedido por el demandante excede de lo probado se le reconocerá solamente lo último.

"En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio."

De acuerdo con lo anterior, el Tribunal se ocupará de decidir exclusivamente las pretensiones contenidas en el escrito por virtud del cual se subsanó la reforma a la demanda y se ocupará de las excepciones formuladas en la contestación presentada por la demandada Somos K, a fin de dar cumplimiento estricto al principio de congruencia plasmado en la norma antes transcrita.

2.2. Primera pretensión

El texto de la primera pretensión es el siguiente:

"PRIMERA:

Que se declare que las Empresas GRUPO INTEGRADO DE TRANSPORTE MASIVO S.A., y la Empresa SISTEMAS OPERATIVOS MÓVILES S.A. "SOMOS K", abusaron de su posición dominante, través de su Representante Legal señor Enrique Wolff Marulanda, obteniendo ventaja injustificada en la firma del Acuerdo Final de Accionistas, causando un detrimento patrimonial a las Empresas EMPRESA DE TRANSPORTES CREMA Y ROJO S.A., con Nit N° 890.301.776.8, SOCIEDAD DE PROPIETARIOS CREMA Y ROJO S.A. "PROCRESA S.A", con Nit N° 900.097.508.0, TRANSPORTES UNIDOS CREMA Y ROJO LIMITADA "UNIROJO LTDA.", con Nit N° 805.017.780.1, e INVERSIONES Y TRANSPORTES CREMA Y ROJO S.A."(Resaltado propio del texto original; subraya el Tribunal)"

2.2.1. Posiciones de las partes

2.2.1.1. Posición de la parte demandante

Manifiesta el apoderado de la parte demandante, que previo a la negociación de la compraventa de acciones de la sociedad Git Masivo, su representante legal, citó a los Accionistas de dicha sociedad a una asamblea extraordinaria, con el fin de obtener la disminución del valor nominal de las acciones de la sociedad, reformar el artículo quinto de los estatutos sociales y firmar un Acuerdo de Accionistas.

Agrega que el Acuerdo de Accionistas se firmó finalmente el dos (2) de diciembre de 2014, el cual fue preparado por el señor Enrique Wolff Marulanda quién fungió como representante legal de Git Masivo S.A. y a su vez como representante legal de Somos K S.A., logrando adquirir para esta última la venta de acciones a un precio irrisorio, en detrimento del patrimonio de las empresas demandantes.

Afirma además que el representante legal de GIT MASIVO S.A., quien es a su vez el representante legal de SOMOS K S.A., logró en el Acuerdo de Accionistas que se conformara la Junta Directiva de GIT MASIVO, de manera tal que la demandada, por sí sola, nombrara cuatro miembros principales con sus respectivos suplentes.

Expresa también que la posición dominante de SOMOS K se demuestra en varios puntos del Acuerdo de Accionistas, entre otros, en el numeral 15 respecto a modificaciones estatutarias, estipulación en la que se establece que para adoptar dichas decisiones, además de contar con la mayoría decisoria, se requiere el voto favorable de SOMOS K.

Hace referencia también a la estipulación sobre el derecho de preferencia, en los siguientes términos: "SOMOS K podrá adquirir o enajenar acciones, es decir su participación en la composición accionaria de la Sociedad, a través de sus subordinadas sin necesidad de acudir al derecho de preferencia el cual los accionistas entienden renunciado con la firma de este documento." Y manifiesta que "En principio parecería normal, pues el derecho de preferencia se puede variar, pero previamente se había ejercido la intimidación necesaria, para que quedara plasmada en el literal a) "Cualquier accionista podrá transferir, o permitir la transferencia, total o parcial, directa o indirecta, de las acciones de su propiedad siempre y cuando se sujete al derecho de preferencia a no ser que se trate de transferencia entre sociedades que sean parte Git Masivo S.A. sin necesidad de acudir al derecho de preferencia, el cual los accionistas entienden renunciado con la firma del presente documento."

Dice, además, que otra muestra del abuso de poder del representante legal de SOMOS K, es que en la cláusula 19 del Acuerdo de Accionistas se estipularon obligaciones adicionales para las partes, entre otras, que cualquiera de los pactos contenidos en el Acuerdo prevalecerá entre los Accionistas, incluso por encima de los Estatutos de GIT MASIVO, así no haya sido incluido en los estatutos o haya sido incluido de modo distinto.

Hace alusión además a la cláusula penal fijada en cuatro mil millones de pesos para la parte que incumpla las obligaciones derivadas del Acuerdo de Accionistas, sin que el pago de la cláusula penal exonere del cumplimiento de las prestaciones a cargo del deudor y de los perjuicios adicionales que se causen.

En sus alegatos de conclusión, el apoderado de las convocantes, afirma que "el argumento fundamental en el que se soportan las pretensiones de la demanda, es el perjuicio económico sufrido por el Grupo de Empresas Crema y Rojo, son los gastos irreales y no prioritarios que argumentan el detrimento patrimonial sufrido por la sociedad Git Masivo S.A. estando bajo el control y administración de SOMOS K."

2.2.1.2 . Posición de la parte demandada

El apoderado de SOMOS K S.A. en la contestación a la reforma de la demanda, se opuso a la primera pretensión, manifestando que el Acuerdo Final de Accionistas es un acuerdo de voluntades de sus partícipes, no existiendo abuso de posición dominante de ninguna naturaleza, ni corresponde a un acuerdo de adhesión, pues sus partes contaron con libertad para acordar los términos del mismo, suscripción y ejecución.

Agrega que la parte convocante, siendo comerciante, no puede alegar ignorancia de lo acordado, para beneficiarse injustificadamente.

Igualmente sostiene que no hubo ninguna ventaja injustificada a favor de la parte demandada que hubiera generado perjuicio a la parte demandante.

En su alegato de conclusión, el apoderado de Somos K afirma que la pretensión primera adolece de un defecto formal, pues nada dice sobre la nulidad o eficacia de las cláusulas específicas del Acuerdo de Accionistas sobre las cuales se produjo un supuesto abuso de la posición dominante de la convocada.

Anota además, que la pretensión refiere a una ventaja injustificada, asimilándola a la figura del abuso del derecho, sin identificar el derecho específico del que se abusa, ni las conductas específicas que son controvertidas y por las cuales se materializa el supuesto abuso.

Hace referencia a la existencia de abundante material probatorio que evidencia que el Acuerdo de Accionistas fue un documento consensuado, discutido y libremente suscrito, precisamente por ello se redactó una primera versión del 9 de septiembre de 2014 y posteriormente otra el 2 de diciembre de 2014.

Agrega que tan libre, espontánea y voluntaria fue la firma del Acuerdo, que varios accionistas que participaron en las discusiones del mismo se abstuvieron de suscribirlo, como es el caso de ALAMIO S.A., GRUPO EMPRESARIAL PAPAGAYO SAS, INVERSIONES ALAMEDA LTDA., entre otros.

2.2.2 Consideraciones del Tribunal

2.2.2.1 Generalidades sobre el abuso de la posición dominante

Entiende el Tribunal que a través de la primera pretensión, se busca obtener una declaración en el sentido de que SOMOS K, por vía de su representante legal, incurrió en abuso de posición dominante, **"obteniendo ventaja injustificada en la firma del Acuerdo Final de Accionistas, causando un detrimento patrimonial a las Empresas"** demandantes.

De acuerdo con lo anterior, es preciso referirse en primer lugar al alcance de la expresión "abuso de posición dominante" en este caso, pues en términos generales se trata de una conducta ejecutada dentro de un mercado, propia de análisis dentro del derecho de la competencia, y diferenciada del cumplimiento contractual.

A este respecto afirma la doctrina:

"Se debe señalar que el abuso de posición contractual y el abuso de posición de dominio en el mercado son dos conductas antijurídicas diferentes en cuanto a su alcance en la medida en que la primera se da en una relación jurídica específica, mientras que la segunda se aplica y se predica de un mercado relevante entre competidores en donde despunta trascendental, en la mayoría de los casos, la verificación de la sustituibilidad o no de productos."¹⁹

En el mismo sentido, la Superintendencia de Industria y Comercio, al referirse a una consulta sobre la materia, en comunicación del 27 de mayo de 2013 expresó:

"La posición de dominio en el mercado es la definida en el artículo 45, inciso 5, del Decreto 2153 de 1992, como "la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado". La referencia al mercado involucra el interés público en que se mantenga la libertad económica garantizada constitucionalmente, según consta en el artículo 333 de la Carta Política, e implica la obligación del Estado de impedir que se obstruya o se restrinja tal libertad y evitar o controlar cualquier abuso de esa posición dominante en el mercado nacional. Es por tal motivo que el legislador, a través del artículo 6 de la Ley 1340 de 2009, le ha conferido a la Superintendencia de Industria y Comercio, de manera privativa, facultades para llevar a cabo investigaciones administrativas y aplicar sanciones por

¹⁹ RENGIFO GARCIA, Ernesto. Las facultades unilaterales en la contratación moderna. Bogotá D.C. Legis 2017, página 182.

infracciones a las disposiciones sobre protección de la competencia, como la descrita en el artículo 50 del Decreto 2153 de 1992: abuso de la posición dominante.

(...)

“Ahora, la posición de dominio contractual no es esta misma a la que hace referencia el artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, pues se refiere a la posición privilegiada que adquiere una de las partes como consecuencia de la negociación de las condiciones que regirán el contrato. Siendo un fenómeno contractual, en principio, sólo interesa a las partes y los conflictos que se generen en su formación, desarrollo y terminación serán dirimidos por la justicia ordinaria o sometidos a solución alternativa si así lo determinan los contratantes. El conocimiento de estos conflictos no le corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio por no involucrar el interés general en la libre competencia económica, cuya defensa fue la que se le atribuyó mediante Decreto 4886 de 2011, con fundamento en la Ley 1340 de 2009.”

En este orden de ideas, en punto de la “posición de dominio contractual” se ha dicho que se presenta cuando, por ejemplo, en la elaboración de un contrato una de las partes no cuenta con oportunidades de discusión de su contenido, generando situaciones ventajosas para aquel que lo ha prefigurado y, se convierte en abusiva cuando alguna o algunas cláusulas del negocio jurídico predispuesto son aplicadas en desmedro de la parte débil del vínculo negocial.”²⁰

Así, el abuso de la posición dominante es, conforme lo señala el mismo autor, una variable o modalidad del clásico abuso del derecho y, en concreto, “un abuso del derecho de la iniciativa privada, del derecho de competir en el mercado o, en fin, un abuso del derecho a desarrollar actividades económicas en posición de dominio en el mercado”, bajo esa premisa, hay abuso de la posición dominante “cuando un competidor se encuentra en posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado. Habrá abuso de posición dominante cuando un competidor, en ejercicio de su derecho de competir en el mercado, abusa de dicho ejercicio y, en consecuencia, lo que era legal deviene ilegal, o cuando, lo que era ajustado a derecho deviene abusivo”²¹

En punto del abuso en materia contractual, ha dicho la Corte Suprema de Justicia:

“... tratándose de la autonomía de la voluntad privada y el conjunto de facultades con que en virtud de ella cuentan las personas, facultades que se condensan en la de celebrar un

²⁰ RENGIFO GARCÍA, Ernesto. Las facultades unilaterales de la contratación moderna. Op. cit. Pág. 180-181

²¹ RENGIFO GARCÍA, Ernesto. Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante. U. Externado de Colombia, pág. 351

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 fuerza precisamente de las consecuencias que para él acarrea la eficacia que de este último es propia, pueda exigir la correspondiente indemnización.

"Y un ejemplo sin duda persuasivo de esa clase de comportamientos irregulares, lo suministra el ejercicio del llamado "poder de negociación" por parte de quien, encontrándose de hecho o por derecho en una posición dominante en el tráfico de capitales, bienes y servicios, no solamente ha señalado desde un principio las condiciones en que se celebra determinado contrato, sino que en la fase de ejecución o cumplimiento de este último le compete el control de dichas condiciones, configurándose en este ámbito un supuesto claro de abuso cuando, atendidas las circunstancias particulares que rodean el caso, una posición de dominio de tal naturaleza resulta siendo aprovechada, por acción o por omisión, con detrimento del equilibrio económico de la contratación."²²

También en cuanto al abuso de la posición de dominio contractual en concreto, dice el autor Mauricio Velandia "...la posición de dominio contractual solo interesa a las partes y le corresponde al juez calificar la validez de las cláusulas (si son o no leoninas), por lo tanto no es tema del derecho de los mercados...."²³

Así pues, a partir de estos criterios y de interpretar la demanda presentada por el apoderado de las sociedades integrantes del grupo Crema y Rojo, visto que, para nada, estamos en presencia de una relación de mercado sino de un reclamo por abuso de posición dominante de orden contractual que solo interesa a los signatarios del Acuerdo, compete al Tribunal analizar en particular si, como lo sostiene el apoderado de la parte demandante, SOMOS K en ejercicio del tal abuso, llevó a los demandantes a la suscripción de un convenio en el que obtuvo ventajas injustificadas a través de cláusulas que puedan ser tildadas de leoninas.

Para el efecto, el Tribunal abordará en primera instancia la ruta que siguió el mencionado Acuerdo de Accionistas desde su génesis y el proceso que, al interior de la sociedad GIT MASIVO se surtió y derivó en la suscripción del mismo.

²² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 19 de octubre de 1994, Magistrado Ponente: Carlos Esteban Jaramillo.

²³ Ámbito Jurídico, Bogotá, Editorial Legis, año V No. 110, del 5 al 18 de agosto de 2.002, p. 14

En segundo lugar, procederá a verificar la actuación y actitud de los demandantes frente a la ruta que concluyó con la firma del acuerdo de accionistas referido para determinar si se obtuvieron ventajas injustificadas que determinaron un detrimento patrimonial a los demandantes.

En último lugar, a partir de lo que en los anteriores puntos se determine, se podrá llegar a concluir si se ha dado o no "abuso de posición dominante" en la firma de dicho contrato frente a las partes demandantes en el presente caso.

Para lo que compete al Tribunal, se tendrá en cuenta, exclusivamente, la situación entre las partes de este caso arbitral, en tanto así ha sido propuesto en la demanda pues no resulta procedente llegar a conclusiones ni tomar decisiones que involucren a los restantes signatarios del Acuerdo de Accionistas, dado que las pretensiones se refieren exclusivamente a un perjuicio particular para los demandantes y no tienen que ver con la existencia, legalidad o eficacia del Acuerdo de Accionistas en general.

2.2.2.2 La ruta de gestación del Acuerdo de Accionistas

El apoderado de la demandante, señala algunos pasos dados dentro del negocio general que involucró a SOMOS K y a las compañías demandantes, entre otros, relativos a la compraventa de acciones de GIT MASIVO, así como a la citación a una asamblea de accionistas para introducir modificaciones al artículo 5 de los estatutos, obtener la disminución del valor nominal de las acciones y firmar el acuerdo de accionistas.

Como se aprecia de los diversos elementos de prueba que obran en el expediente, la crítica situación de GIT MASIVO, por razones de muy diversa índole, que abarcan desde los defectos estructurales del sistema de transporte, las diferencias con la sociedad administradora del sistema en la ciudad de Cali, la falta de recursos financieros para sostener una operación deficitaria, la baja utilización del sistema, la competencia del transporte tradicional, entre otras, llevaron a los socios a iniciar la búsqueda de un "socio estratégico" con conocimiento del negocio y la posibilidad de inyectar los recursos necesarios para poder lograr hacer funcionar la compañía en condiciones que le abrieran la posibilidad de salir adelante.

Dicho lo anterior, procede al Tribunal a revisar como se llegó a la elaboración, aprobación y firma del Acuerdo de Accionistas por parte de las sociedades demandantes.

Así, se evidencia que diversos grupos de accionistas y administradores de GIT MASIVO, dentro de los cuales estuvieron las sociedades demandantes, se dieron a la tarea de búsqueda de inversionistas para la sociedad, a fin de obtener apoyo financiero, administrativo y técnico, para lograr sacarla de la muy difícil situación en que se encontraba.

Es así, como inicialmente y luego de diversas gestiones, llegaron a tener sobre la mesa, a consideración de la Asamblea de Accionistas y previo análisis de la Junta Directiva, donde también las sociedades demandadas han tenido participación desde los orígenes de GIT MASIVO, propuestas de las sociedades Grupo Empresarial del Valle y de Envía Colvanes²⁴, esta última más concreta y con mayor grado de avance.

Dichas propuestas presentadas por algunos accionistas diferentes a los demandantes, no contaron finalmente con el favor mayoritario, debido a que sus rígidas condiciones y algunas circunstancias del entorno, hicieron que la mayoría de los accionistas de GIT MASIVO S.A. no las consideraran en beneficio de la compañía y sus accionistas.

De lo anterior resulta relevante tener en cuenta que previamente a la firma del Acuerdo de Accionistas que nos ocupa, se habían revisado otras propuestas, de manera que los términos de un acuerdo de esta índole ya habían sido discutidos y analizados, sin que se tratara de un tema al cual se llegaba por primera vez y de manera precipitada.

Luego de que no se cristalizó el negocio con las sociedades mencionadas, la crisis de la sociedad continuó y el requerimiento de nuevas inversiones para poder solventarla no fue atendido por los accionistas, lo que hizo cada vez mayor la necesidad de continuar en la búsqueda de un nuevo "socio estratégico", algo más que un simple inversionista que ayudara desde diversos frentes y a partir del conocimiento y experiencia en este campo de actividad, para que resultara un aliado positivo frente a la situación de GIT MASIVO.

Dentro de ese proceso, la gerencia, a sugerencia de algunos accionistas, contactó a la sociedad SOMOS K²⁵, la cual formuló una propuesta para invertir \$20.000.000.000 y adquirir hasta el 10% de acciones de la compañía y darle soporte administrativo y técnico, teniendo en cuenta su conocimiento del negocio, por ser partícipe del mismo en la ciudad de Bogotá.

²⁴ Acta 021 de la Asamblea de Accionistas, de fecha septiembre 10 de 2012.

²⁵ Libro de Actas de Asamblea de Git Masivo S.A., folio 257

La propuesta en cuestión fue presentada igualmente a la junta directiva de Git Masivo y aprobada por ésta el 8 de julio de 2.014 y discutida en la Asamblea de Accionistas, ajustada y modificada atendiendo a las observaciones y reclamos formulados por directivos y accionistas, hasta llegar a los términos aceptados en la reunión de la Asamblea General de Accionistas de la sociedad, llevada a cabo el día 13 de Agosto de 2014, de lo cual da cuenta el Acta número 027.²⁶

La propuesta aceptada, contempla diversos temas que se analizarán más adelante, pero contemplaba, como se dijo, una inyección de \$20.000.000.000. Como requisitos previos para tal inversión se acordó suscribir el contrato de compraventa de acciones, el Acuerdo de Accionistas y el reglamento de capitalización del aumento de capital pagado de la sociedad.

El acuerdo de accionistas, según aparece registrado en el folio 258 del Libro de Actas de la Asamblea de Git Masivo, debería contener, entre otros, los siguientes puntos:

"1. El control de GIT MASIVO lo asume Somos K a través de la mayoría en la junta directiva y la administración de la empresa.

"2. Todos los accionistas de GIT MASIVO se comprometen a contribuir con todo lo que esté a su alcance para lograr la chatarrización de todo el transporte público colectivo tradicional que aún queda en la ciudad de Cali.

"3. Se darán todas las facilidades y facultades al personal que Somos determine en unión de la junta directiva para la negociación con Metro Cali de las cláusulas contractuales que se requieran modificar para garantizar un buen desarrollo del negocio.

"4. Somos K tendrá todos los derechos económicos y políticos inherentes a las acciones objeto del negocio contenido en la oferta.

"5. La oferta se aceptará como un todo".

No sobra reiterar que toda la oferta fue conocida por la Asamblea, para su aprobación, la que se obtuvo, con el 100% de las acciones suscritas y pagadas en circulación, es decir con la unanimidad de los presentes, con la salvedad, se dice en el acta, del voto negativo de

²⁶ Libro de Actas Asamblea de Git Masivo S.A, folio 257

Grupo Empresarial Papagayo S.A.S., titular del 0.49% de las acciones suscritas en circulación.²⁷

Luego del proceso de discusión y construcción del acuerdo, del que dan cuenta detallada tanto las Actas de las reuniones de la junta directiva como las de la Asamblea de Accionistas, SOMOS K inició el suministro de los recursos acordados y a participar en la gestión de la compañía, incluso antes de la aprobación del Acuerdo definitivo.

De acuerdo con la evidencia que obra en el expediente, SOMOS K apareció en el escenario dentro del contexto de una muy difícil situación de Git Masivo, llevada a la parálisis casi absoluta y a serias dificultades operativas, laborales y de funcionamiento, como una de las firmas que fueron presentadas a consideración de los accionistas de la compañía, por algunos de ellos mismos, dentro del proceso necesario para salvar la empresa.

Lo anterior aparece consignado en las Actas, que fueron aprobadas todas sin salvedades por mayorías que en casi todos los casos correspondieron a una participación superior al 90% de las acciones de la compañía.

Así, se reitera, el Tribunal constató que en las Actas de la Junta Directiva y de la Asamblea de Accionistas, correspondientes a la negociación del Acuerdo de Accionistas, no se advierte ninguna observación, objeción o reparo, de parte de los accionistas demandantes.

Tampoco se advierte reparo alguno del señor Jorge Ramírez, quien en nombre y representación de las compañías demandantes estuvo presente, participó y votó afirmativamente, sin salvedades, todas y cada una de las cláusulas y condiciones acordadas para cerrar la operación que, como se ha dicho, incluía, previa y expresamente el Acuerdo de Accionistas, entre otros.

En concordancia con lo anterior, en el Acta número 30 de la reunión de la Asamblea General de Accionistas de Git Masivo, celebrada el día 25 de marzo de 2015, aparece constancia de la aprobación del Acuerdo de Accionistas por un número que corresponde al 92.72% de las acciones.

Igualmente, en dicha acta consta que se aprueba la modificación de los estatutos de la sociedad en sus artículos 7 -suscripción de acciones- 9, -negociación de acciones- art. 34

²⁷ Libro de Actas de Asamblea de Git Masivo, folio 261.

representación legal de la sociedad, art 25 Reuniones de la Asamblea, art. 31 -de la Junta Directiva- y art. 33 – funciones de la junta directiva-, todos ellos, para adaptarlos a los compromisos derivados del acuerdo celebrado con Somos K y delineados en el Acuerdo de Accionistas.

También en este caso, el representante de los demandantes, se abstuvo de formular reparo, y aprobó tales modificaciones, junto con los demás accionistas que representaron el 99.62% de las acciones, como normas vinculantes, ya no solo por el acuerdo, sino por constituirse en parte de los estatutos de la sociedad y, por ende, se tornaron oponibles en tanto norma estatutaria, a todos los accionistas de la compañía, su junta directiva y la asamblea de accionistas.

Es pertinente mencionar que si bien, en las reuniones citadas se aprobó, con el 81.43% y, sin ningún reparo, por parte del representante de las sociedades demandantes, el ajuste del valor nominal de las acciones, para llevarlo a su valor intrínseco (como aparece del folio 267 del Libro de Actas), así como la modificación del artículo 5 de los estatutos, fue necesario "reversar" tales decisiones, lo cual se aprobó en la reunión del 14 de noviembre de 2014 de la cual da cuenta el Acta 29 de la asamblea de accionistas.

Lo anterior, debido a que no fue posible implementar tales decisiones, de manera que se ratificó la fórmula contenida en la propuesta original que había sido aprobada por la junta directiva el 8 de julio de 2014 y luego por la asamblea de accionistas, que consistía en que Somos K capitalizaba al valor nominal de \$10.000 por acción y la diferencia con el valor intrínseco de \$6.396, le sería "devuelta" bien girándole la diferencia o permitiéndole capitalizarla en acciones con el valor nominal citado, o encontrando otra fórmula que permitiera retornarle la misma.²⁸

Tampoco, respecto de este tema en particular, hay constancia de reparo o reclamo de quien representó a los accionistas demandantes y, por el contrario, formó parte del grupo de accionistas que aprobó las decisiones adoptadas en la Asamblea por una amplia mayoría como ya se ha indicado.

Conviene mencionar que no estaba vedada la posibilidad de disentir, en cuanto consta en la misma Acta 29 que el grupo Transportes Alameda votó negativamente las propuestas sometidas a consideración de la Asamblea.

²⁸ Acta 29 de la Asamblea de Accionistas de Git Masivo.

2.2.2.3 Ausencia de configuración del abuso en la celebración del Acuerdo de Accionistas

Como se ha reseñado, ni el señor Jorge Ramírez, ni quienes en determinadas épocas representaron a las sociedades demandantes o lo sustituyeron en la junta directiva, formularon reparo alguno o salvedad, por el contrario, su postura fue favorable al ingreso del "socio estratégico" Somos K, al Acuerdo de Accionistas y a los demás convenios, según dan cuenta las actas de la Asamblea de Accionistas y de la Junta Directiva.

Así las cosas, no encuentra el Tribunal, en parte alguna, el "abuso de posición dominante contractual" por lo que respecta a suscripción del Acuerdo de Accionistas, el cual fue aprobado libremente por la mayoría de los socios, incluido el representante de las demandantes, luego de haber sido sometido a análisis de la junta directiva y de la asamblea de la sociedad y que obedeció a la necesidad de vincular un socio estratégico para atender la precaria situación financiera y operacional de Git Masivo.

Hay evidencia en el expediente en el sentido de que la propuesta aprobada por la mayoría fue bien recibida por el sector bancario, y permitió un cambio serio frente a temas críticos como el manejo de la situación laboral, de seguridad social, flota en servicio, mejor administración de los negocios sociales, circunstancias que abrieron la posibilidad de sacar adelante el negocio social.

Habiendo concluido que no se configuró ninguna conducta abusiva por parte de la sociedad demandada que hubiera determinado la suscripción por la mayoría de socios de Somos K el Acuerdo de Accionistas, resulta pertinente referirse a algunas de sus estipulaciones que, a juicio de la parte demandante, se traducen en una ventaja desproporcionada a favor de la sociedad demandada.

2.2.2.4 Ausencia de abuso derivado de algunas cláusulas del Acuerdo de Accionistas

2.2.2.4.1 La integración de la junta directiva de Git Masivo

En cuanto a la participación mayoritaria de SOMOS K en la junta directiva de la sociedad Git Masivo, así como la presencia de su representante legal en la dirección de esta

sociedad, para el Tribunal no constituye una ventaja desproporcionada, pues es claro que quien inyecta una ingente cantidad de dinero y se hace socio de una porción importante del capital social y responsable de sacar adelante el negocio social, requiere, y ello es frecuente, poder contar con los elementos necesarios para, desde la administración de la sociedad, no solo salvaguardar la inversión efectuada sino poder llevar a la realidad los planes y proyectos propuestos para tal efecto, sin que de alguna manera, vea obstaculizada permanentemente la gestión, poniendo en riesgo la inversión y auxilio económico prestados, sino también el futuro de la sociedad, con la responsabilidades que ello podría llegar a suponer.

2.2.2.4.2 La prevalencia de las disposiciones del Acuerdo de Accionistas respecto de los estatutos de Git Masivo

De otra parte, se menciona en la demanda la prevalencia que se reconoció a las disposiciones del Acuerdo de Accionistas sobre los estatutos de la sociedad Git Masivo, en caso de contradicción, estipulación de la cual el Tribunal no considera que se derive una ventaja "abusiva" para Somos K, pues simplemente se trata de un acuerdo al que se llegó en ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes sin que se advierta detrimento de los derechos de una de ellas por cuenta de la mencionada disposición. Ni que decir, de la parte de los acuerdos que fue, como se mencionó, elevada a la categoría de reforma estatutaria con el lleno de las formalidades legales y, como tal, es vinculante no solo a los signatarios del acuerdo, en esos temas, sino a la sociedad y los socios restantes que, en buena medida las aprobó.

Nótese que la ley reconoce pleno efecto a los acuerdos de accionistas **para quienes los suscriban**, en los términos del artículo 70 de la ley 222 de 1.995. (Resalta el Tribunal)

En efecto, señala la ley que frente a la sociedad no surten efectos en principio, salvo que sean "depositados" caso en el cual se vuelven oponibles en lo que tiene que ver con la relación sociedad – socios que se derive de ellos. Por ejemplo, reglas sobre representación de los accionistas en las asambleas, forma de administrar, etc., caso en el cual, la sociedad tiene la obligación de respetarlos.

La ley Civil, artículo 1766 del Código de la materia y, el Código de Comercio, artículo 118, complementan el régimen bajo el cual se ubican estos acuerdos que entre quienes los suscriben son obligatorios, pero ante terceros no pueden alterar las reglas contenidas en los estatutos y que son publicitadas a través del registro mercantil.

Desde esta perspectiva, el señalar en el acuerdo que lo previsto allí prima y prevalece entre los firmantes, no constituye abuso alguno "per se" sino que se encuentra dentro del marco y los límites que la ley establece para ellos.

En este sentido, la Superintendencia de Sociedades ha manifestado en oficio 220-009238 que "no es viable, al amparo del artículo 70 de la mencionada ley 222, celebrar acuerdos sobre temas distintos a los señalados taxativamente, se debe precisar en todo caso, que ello no obsta para que los asociados en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, puedan celebrar discrecionalmente acuerdos sobre otros asuntos, como serían los que contengan condiciones relacionadas con la enajenación de acciones, caso en el cual estos, que la doctrina ha denominado tradicionalmente privados, resultarían plenamente válidos entre los socios que los suscriben, pero a diferencia de los anteriores, no tendrán carácter vinculante frente a la compañía ni a los demás asociados".

En últimas, se trata de un espacio para el ejercicio de la voluntad privada que puede comprender a todos o a algunos de los socios vinculados a una sociedad y que surte sus efectos, frente a los signatarios, y, con el lleno y en los eventos a que se refiere la ley, a terceros no signatarios del mismo, incluida la sociedad misma.

No obstante, es claro y así lo quiere señalar el Tribunal que la expresión de la autonomía de la voluntad privada tiene límites, como se destaca en Laudo Arbitral proferido por el Tribunal de Arbitraje convocado por Carlos Alberto Murillo y otros vs. Colmenares S.A. y otros, en el que se afirma:

"La autonomía privada que se plasma en el acuerdo de voluntades que presupone al contrato de sociedad y los acuerdos para estatutarios (como es el caso de los acuerdos de accionistas), no es omnímoda. En lo absoluto. La proyección de la autonomía negocial encuentra límite en las normas imperativas que por antonomasia se erigen en la principal fuente normativa del derecho societario y, por consiguiente, tienen la vocación de integrar el contenido negocial, por manera que toda estipulación o cláusula que contraría una norma imperativa se verá afectada en su eficacia y validez, encuentra como límite infranqueable el acatamiento de normas que tienen como propósito dispensar tutela a intereses de rango superior por mando del ordenamiento y que, por consiguiente, se sobreponen a los motivos determinantes de los disponentes."²⁹

²⁹ Laudo Arbitral de fecha 11 de agosto de 2.014. Árbitros: Juan Pablo Cárdenas Mejía, Enrique Díaz Ramírez y Ricardo Vélez Ochoa.

A este respecto, no se menciona en la demanda norma alguna que resulte infringida por haber acordado conceder prevalencia a lo pactado en el Acuerdo de Accionistas sobre los estatutos en caso de contradicción entre los dos textos.

2.2.2.5 Ausencia de prueba de un detrimento patrimonial de las sociedades demandantes derivado de los términos del Acuerdo

En la confusa petición primera de la demanda, se hace referencia a la "ventaja injustificada **en la firma** del Acuerdo Final de Accionistas, causando un detrimento patrimonial" a las empresas demandantes. (Se ha subrayado)

Como sustento de su pretensión, el apoderado de la parte convocante aporta con la reforma de la demanda una certificación emitida por el representante legal de sus mandantes, en el que se consigna una pérdida de valor de las acciones de Git Masivo, en el período siguiente a la celebración del Acuerdo.

Dicha certificación aparece huérfana de todo soporte, lo cual compromete su solidez probatoria.

Con todo, aún de admitirse que la desvalorización alegada tuvo lugar, no aparece evidencia en el trámite, en el sentido de que tal pérdida de valor se derivó de la celebración del Acuerdo de Accionistas.

Por el contrario, aparece acreditado que la empresa Git Masivo contó con un mayor número de vehículos y que pudo recorrer mayor número de kilómetros con posterioridad a la suscripción del Acuerdo.

Igualmente se evidencia que fueron pagadas obligaciones de la sociedad, cuya cancelación se requería para que continuara en operación.

Desde otro punto de vista, en el Acuerdo de Accionistas no se incluyó ninguna estipulación en el sentido de que los socios obtendrían una valorización de sus acciones, derivada de su celebración.

Lo anterior fue confirmado por el señor Jorge Ramírez Torrado en su declaración, en los siguientes términos:

"DRA. MÜRRLE: *¿En relación con su respuesta anterior, el representante legal de GIT MASIVO en el momento en que se estaba debatiendo o evaluando la posibilidad de admitir a SOMOS K como inversionista, les ofreció una determinada rentabilidad como accionistas que eran de GIT MASIVO con posterioridad a la entrada de SOMOS K?*

"DR. RAMÍREZ: *O sea ofrecer en preciso un algo, yo creo que el ofrecimiento es el que se concentra en el acuerdo final de accionistas donde obviamente está la diligencia, la gestión honesta, el trabajo suficiente, el cumplimiento de las condiciones del contrato que es a lo que se podría aspirar cuando se hace.*

"DRA. MÜRRLE: *¿Es decir que la oferta de valor que ustedes como accionistas recibieron era la contenida específicamente en el acuerdo de accionistas, en el texto del acuerdo de accionistas?*

"DR. RAMÍREZ: *Sí, es decir lo que se negoció fue exactamente lo que estaba en el Acuerdo de Accionistas, que ellos llegaban, hacían una inversión y pues obviamente venía con una supremacía las decisiones como quiera que de 7 miembros ellos tenían 4 miembros, lo cual pues determina que nos guste o no pues siempre va a hacer la decisión de los 4, sea cual sea la Junta Directiva 4 contra 3, y pues los resultados fueron los que indiqué.*

"DRA. MÜRRLE: *¿Cuando ustedes van a suscribir el Acuerdo de Accionistas les es ofrecida una valorización particular, es decir, les decían si ustedes firman el Acuerdo de Accionistas su acción se va a valorizar en un determinado monto, ustedes tienen algún tipo de oferta en ese sentido?*

"DR. RAMÍREZ: *No doctora, no que yo sepa, y en el Acuerdo de Accionistas no hay un valor exacto como quiera que es un negocio que está expuesto a muchos elementos externos, y uno de ellos es el tema del mercado que es complejo; lo que sí fue prometido era que la empresa iba a cambiar, iba a mejorar, y que las cosas iban a hacer mucho mejor llevadas por la experticia, una empresa de Bogotá, una empresa mucho más grande, y pues las cosas no se dieron."*

Con fundamento en lo antes expuesto, el Tribunal concluye que la pretensión primera de la demanda no prospera.

2.3. Segunda pretensión de la demanda

El texto de la pretensión segunda de la demanda es el siguiente:

"SEGUNDA:

Que se declare que las Empresas GRUPO INTEGRADO DE TRANSPORTE MASIVO S.A., y la Empresa SISTEMAS OPERATIVOS MOVILES S.A. "SOMOS K", en ejercicio de la posición dominante, incumplieron con sus obligaciones contractuales, plasmadas en el Acuerdo Final de Accionistas, causando un perjuicio a las Empresas demandantes, que llevó a la depreciación del valor de la acción de las EMPRESA DE TRANSPORTES CREMA Y ROJO S.A., con Nit N° 890.301.776.8, SOCIEDAD DE PROPIETARIOS CREMA Y ROJO S.A. "PROCRESA S.A", con Nit N° 900.097.508.0, TRANSPORTES UNIDOS CREMA Y ROJO LIMITADA "UNIROJO LTDA.", con Nit N° 805.017.780.1, e INVERSIONES Y TRANSPORTES CREMA Y ROJO S.A., por la suma de Mil Ciento Veintisiete Millones Novecientos Cuarenta y Tres Mil Doce Pesos con Veinticuatro Centavos Moneda Corriente (\$1.127.943.012.24), valor éste que se estipulan bajo la gravedad del juramento y de acuerdo con la prueba documental que para el efecto presenta el Representante Legal Suplente de la parte actora, y que en cinco (5) folios se anexa."

2.3.1 Posiciones de las partes

2.3.1.1 Posición de la parte demandante

El apoderado de la demandante no señala expresamente cuáles fueron las obligaciones derivadas del Acuerdo de Accionistas que considera incumplidas por la demandada Somos K.

En el hecho sexto de la reforma a la demanda se expresa: "la forma de pago de la capitalización, destinación, fue incumplido (sic) por las demandadas."

En el mismo hecho, argumenta el apoderado de las convocantes que, desde la fecha de la oferta comercial de compraventa de acciones de la sociedad Git Masivo, la demandada empezó a tener el poder societario necesario para desmejorar las finanzas de la empresa, con la aprobación de la Junta Directiva de GIT MASIVO.

Afirma que, para probar el perjuicio causado, en el inciso 2° de la cláusula 6.6.1. del Acuerdo de Accionistas, se estipuló que SOMOS K aceptaba capitalizar la suma de \$20.000 millones suscribiéndolos a \$10.000 por cada acción, siempre y cuando le fuere compensada económicamente la diferencia entre el valor nominal y el valor intrínseco de la acción por valor de \$5.070.343.200.

En su alegato de conclusión, el apoderado de la demandante se ocupa exclusivamente del incumplimiento mencionado y afirma que SOMOS K incluyó en los \$20.000 millones de capitalización, la suma de \$5.528.937.681 producto de gastos varios denominados como "gastos no prioritarios," que no cuentan con soporte alguno, por lo tanto, SOMOS K no pagó en su totalidad los \$20.000 millones iniciales de capitalización acordados, pues la mencionada suma de \$5.528.937.681 fue facturada como gastos que GIT MASIVO asumió y se los capitalizó a SOMOS K cruzando contra la cuenta por pagar a ellos. Indica, que ello se soporta con la aclaración al dictamen pericial elaborado por la doctora Miryam Caicedo Rosas, de fecha 04 de mayo de 2018.

Agrega que la doctora Caicedo Rosas para su dictamen solicitó los soportes de los gastos de las facturas por \$5.528.937.681, los cuales no fueron entregados por la administración de GIT MASIVO S.A., e indica que estos gastos no prioritarios representan una cifra material que desvía el objetivo principal de la capitalización de SOMOS K en GIT MASIVO, pues en el Acuerdo de Accionistas se pactó que con la capitalización se daba prioridad a los pagos para la operación de la flota, proveedores y nómina, y las empresas que generaron las facturas por el valor mencionado no son proveedoras de servicios necesarios para la operación.

Agrega en su alegato de conclusión el apoderado de la parte demandante que "el perjuicio económico sufrido por el Grupo de Empresas Crema y Rojo son los gastos irreales y no prioritarios que argumentan el detrimento patrimonial sufrido por la sociedad Git Masivo S.A. estando bajo el control y administración de Sistemas Operativos Móviles Somos K."

Afirma que la Asamblea de Git Masivo "dictó" dos procedimientos para llevar a cabo la compensación a favor de Somos K, por el diferencial entre el valor nominal de la acción y del valor intrínseco, sin que se hubiera ejecutado ninguno de ellos, sino "una figura de generación de facturas a favor de Empresas del grupo de Sistemas Operativos Móviles Somos K y a cargo de Git Masivo S.A. y en consecuencia en contra de los intereses de los accionistas de ella."

Concluye el apoderado de la parte demandada que "Esta cifra de \$5.528.937.681 finalmente hicieron falta para acondicionar la flota de vehículos de Git Masivo S.A. ... se presentó un detrimento patrimonial para los accionistas de Git Masivo S.A. que se calculó con base en el valor intrínseco por el cual Somos k, compró las acciones de Git Masivo S.A. a junio 30 de 2014 por valor de \$6.396 respecto del valor intrínseco a diciembre 31 de 2016 por valor de \$3.724.08. Esto es, una disminución en el valor de cada acción de \$-2.671.92 durante la gestión administrativa y operativa de la Sociedad Git Masivo S.A. bajo el control de Sistemas Operativos Móviles SA Somos K." Y concluye que el detrimento en el valor por acción en total de las empresas del Grupo Crema y Rojo con corte a diciembre 31 de 2016 es de mil ciento veintisiete millones novecientos cuarenta y tres mil doce pesos con veinticuatro centavos (\$1.127.943.012.24)

2.3.1.2 Posición de la parte demandada

El apoderado de SOMOS K S.A. se opone a esta pretensión y afirma que su poderdante no contaba con una posición dominante en el Acuerdo Final de Accionistas, el cual fue suscrito de forma libre, entre comerciantes personas jurídicas, representadas por administradores de quienes se espera el estándar de un buen hombre de negocios.

Agrega que SOMOS K no incumplió el Acuerdo de Accionistas y, por el contrario, honró sus obligaciones bajo el marco de dicho acuerdo, por lo que no podría hacerse responsable por perjuicio alguno.

Igualmente afirma en sus alegatos de conclusión, que el demandante omitió hacer referencia en la pretensión a las obligaciones que específicamente entiende incumplidas, lo cual le impide a la parte demandada ejercer su derecho de defensa debidamente.

Insiste que, las demandantes no pudieron probar que SOMOS K incumplió el pago de la capitalización ni mucho menos han probado que dicho hecho les haya causado daño o perjuicio patrimonial alguno que resulte indemnizable.

Agrega, además, que la parte demandante no demostró que existiera un nexo causal entre el supuesto incumplimiento de SOMOS K y la depreciación del valor de sus acciones, por cuanto jamás realizaron un estudio financiero o peritaje sobre el valor de sus acciones antes y después de la capitalización de SOMOS K.

2.3.2 Consideraciones del Tribunal

En primer lugar, en vista de que en la pretensión nuevamente se hace referencia a una "posición dominante" en ejercicio de la cual se atribuye a Somos K el incumplimiento de las obligaciones derivadas del Acuerdo de Accionistas, el Tribunal se remite al análisis del abuso de posición dominante que aparece en acápite anterior de este laudo, al decidir la pretensión primera.

En segundo lugar, para decidir la pretensión que nos ocupa, es pertinente transcribir a continuación las estipulaciones del Acuerdo de Accionistas, relacionadas con la obligación de realizar aportes de capital asumida por Somos K.

"6.1 Precio

De acuerdo con lo estipulado en la oferta comercial del 8 de julio de 2014 aceptada por la Gerencia, Junta Directiva y Asamblea de Accionistas de GIT MASIVO S.A., SOMOS K le comprará a todos los accionistas actuales de GIT MASIVO el 10% de sus acciones de la compañía, a un precio por acción equivalente al valor intrínseco de la acción con corte al 30 de junio de 2014, es decir, a SEIS MIL TRESCINETOS NOVENTA y SEIS PESOS (\$6.396) por acción.

Igualmente, dando alcance a la oferta comercial mencionada, y en aras del beneficio del negocio resultante de ella, y para dar un cumplimiento rápido y efectivo al cronograma de METROCALI S.A., así como el cumplimiento de las obligaciones financieras, entre ellas la vigente de Bancolombia S.A., la suscripción de acciones mencionadas en ella por el valor intrínseco con corte al 30 de junio de 2014 de cada acción. Como fue propuesto por SOMOS K S.A. y aceptado por la Asamblea, Junta directiva y la Gerencia de GIT MASIVO S.A. se materializará de la siguiente manera, teniendo en cuenta que los accionistas de GIT MASIVO S.A. aprobaron en Asamblea Extraordinaria del 13 de agosto de 2014, la oferta comercial presentada por SOMOS K S.A. el día 08 de julio de 2014, y se vincularon al negocio jurídico que se inició con la aceptación de las mismas por parte de la gerencia y junta directiva de GIT MASIVO S.A. y que además aprobaron lo siguiente:

"Considerando que los Estatutos de GIT MASIVO prohíben que la capitalización se haga por un valor inferior al valor nominal de la acción hoy de \$10.000, Somos K acepta capitalizar la suma de \$20.000 millones suscribiéndolos a \$10.000 por cada acción, siempre y cuando le sea compensada económicamente la diferencia entre el valor nominal y el valor intrínseco de la acción. Esta compensación tiene un valor de \$5.070.343.200, la cual se hará de la siguiente manera:

El pago del valor de la compensación en efectivo una vez Metro Cali le haga el desembolso a GIT MASIVO S.A. correspondiente a los valores estipulados como compensación por la diferencia de la tarifa técnica dentro de las negociaciones de modificación del Contrato de Concesión No 01 de 2006, asumiendo GIT MASIVO el costo fiscal correspondiente, al mecanismo de legalización definido por la Junta Directiva. La Junta Directiva de GIT MASIVO definirá dentro de los mecanismos de compensación el título a través del cual se

realice este desembolso como pago, teniendo siempre como único fin que el costo fiscal de la operación se el mínimo posible entre todas las alternativas.

Si dentro de los seis (6) meses seguidos a la aprobación de esta Resolución no ha sido posible la compensación anteriormente expuesta, GIT MASIVO estará obligado a pagar dicha compensación hasta por el valor de \$5.070.343.200, mediante emisión de acciones para que sean suscritas por Somos K a valor nominal, asumiendo GIT MASIVO el costo fiscal correspondiente, al mecanismo de legalización definido por la Junta Directiva. La Junta Directiva de GIT MASIVO definirá dentro de los mecanismos de compensación el título a través del cual se realice dicha misión como pago, teniendo siempre como único fin que el costo fiscal de la operación sea el mismo posible entre todas las alternativas"

"Por lo anterior y en virtud de lo aprobado por la Asamblea Extraordinaria de Accionistas del 13 de agosto de 2014, y de conformidad con la ratificación al texto anteriormente transcrito en la Asamblea Extraordinaria de Accionistas del 14 de noviembre 2014 donde además se señaló que como resultado de la capitalización "corresponde un porcentaje para SOMOS K del 21.84%, y que con la compra del 10% a los accionistas de sus acciones actualmente en circulación SOMOS K obtendrá una participación final del 29.66%"; LAS PARTES acuerdan que con la firma del presente Acuerdo se obligan a cumplir con lo expuesto en los fragmentos anteriormente transcritos de conformidad con lo ratificado y aprobado en asamblea de accionistas del 14 de noviembre 2014 con el fin de materializar la oferta de SOMOS K, y delegan en LA JUNTA DIRECTIVA DE GIT MASIVO S.A. la forma en que se pagará dicha compensación, puede provenir no solo del dinero proveniente de los efectos de la compensación de Metrocali S.A. sino con recursos propios de que disponga la Compañía; así como la facultad de la Junta para ampliar el plazo de seis (6) meses si así lo considera necesario dicho órgano. Mientras se cumple la obligación de pagar la compensación a SOMOS K mencionada, se deberá crear en GIT MASIVO S.A. un pasivo en favor de SOMOS K o de la empresa o filial que ésta señale, de tal forma que se refleje dicha obligación.

"Mientras se surte el proceso; obtenidas las autorizaciones gubernamentales de ser necesarias, y legalizando el contenido de la oferta, todo el dinero con el que SOMOS K haya asumido obligaciones de GIT MASIVO S.A. será llevado como anticipo para futuras capitalizaciones y utilizado para cumplir con la obligación aquí adquirida por SOMOS K, según lo estipulado en el numeral 6.3 del presente Acuerdo.

"Parágrafo 1: Respecto del saldo de DO MILLONES (2'000.000) de acciones restantes como consecuencia del aumento de capital autorizado de la compañía, las Partes aceptan y se obligan a incluir dentro de la reforma estatutaria consecuencia de la suscripción del presente Acuerdo que sobre dichas acciones se levanta el derecho de preferencia en favor de todos los accionistas.

"6.3. Forma de pago de la capitalización y destinación

SOMOS K, con la finalidad de garantizar aspectos operativos de la Compañía y la habilitación de los vehículos que a la fecha no se encuentran funcionales, capitalizará a la sociedad en Veinte Mil Millones de Pesos (\$20.000.000.000), por las razones atrás explicadas, de los cuales pagará el 50% diez mil millones de pesos (\$10.000.000.000), ya sea directamente o a través de giros a los proveedores, acreedores, empleados y todos

aquellos con quienes la compañía tiene obligaciones, y según la Junta Directiva, nombrada de conformidad con el presente Acuerdo de Accionistas, determine y priorice de conformidad con las reglas generales de prelación de créditos pero dando preferencia a los acreedores proveedores relacionados con el funcionamiento operativo y administrativo de la compañía, a más tardar cinco días hábiles después de la firma del presente acuerdo. Si en esta fecha por alguna razón no ha sido posible completar ese 50% a través de pago a proveedores, acreedores o empleados porque no hubiere pagos para hacer, el saldo del valor no desembolsado a esa fecha, será depositado en un patrimonio autónomo o encargo fiduciario a nombre de SOMOS K con destino exclusivo a la capitalización en GIT MASIVO; el 50% restante diez mil millones de pesos (\$10.000.000.000), se pagará en el plazo máximo de un año establecido por la ley y los estatutos de GIT MASIVO en cuatro (4) pagos trimestrales o según la necesidad de caja de la operación señalada en el presente Acuerdo. A la fecha de la firma del presente acuerdo SOMOS K ya desembolsado efectivamente un anticipo para cubrir obligaciones de GIT MASIVO S.A. y pagando a proveedores de GIT masivo a nombre de SOMOS K, de repuestos, entre otros, aproximadamente la suma de OCHO MIL CUATROCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$8.400.000.000) de los cuales se entiende como parte de la capitalización descrita en el presente acuerdo y será descontada del valor por pagar. Adicionalmente, ya se han remisionado materiales, seguros e insumos a nombre de SOMOS K para la flota de GIT por aproximadamente DOSCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$200.000.000). Los valores anteriormente señalados serán verificados por una comisión de evaluación Integrada por las siguientes personas: i) Liliana Velasco; ii) Gustavo Zapata; y iii) Pedro Bocanegra; quienes revisarán los desembolsos reflejados en la contabilidad como pasivo a favor de SOMOS K. A la firma del presente acuerdo, se conciliará el valor total aportado, siendo éste el valor final a descontar del monto total a capitalizar, previa presentación del informe de verificación de la Junta Directiva.

"6.4 Destinación de los aportes de capitalización.

La Junta Directiva de Git Masivo S.A. nombrada en los términos de este acuerdo, determinará el orden prioritario de pagos de los pasivos de la compañía a la fecha de firma del presente acuerdo, siempre y cuando estos superen la suma de veinte millones de pesos (\$20.000.000) por acreedor. Para acreedores con montos inferiores al anteriormente mencionado, será facultativo del gerente la prelación de los mismos."

De las cláusulas antes transcritas se destaca la estipulación en el sentido de que Somos K recibiría una compensación correspondiente a la diferencia entre el valor nominal de la acción y el valor intrínseco de la misma.

En relación con la mencionada compensación se pactó igualmente que la Junta Directiva de la sociedad definiría dentro de los mecanismos de compensación, el título a través del cual se realizaría el desembolso como pago de tal compensación. La validez de esta estipulación no ha sido cuestionada dentro de este proceso, razón por la cual el Tribunal no realiza ningún análisis al respecto.

Dentro del marco de referencia establecido en el Acuerdo de Accionistas, el Tribunal encuentra demostrado que Somos K cumplió con la capitalización por 20.000 millones de pesos dentro del plazo estipulado.

Lo anterior se evidencia en el cuadro que incluye la perito Miryam Caicedo Rosas en la página 39 del documento de aclaraciones y complementaciones al dictamen pericial respecto del cual afirma: *"A continuación se detallan los pagos de las acciones, que solicita el apoderado indicando la respectiva cuenta contable (281000502) "ACUERDO DE ACCIONISTAS – DISPERSIÓN DE FONDOS" vs la cuenta contable 31 "CAPITAL SUSCRITO POR COBRAR."*

La información contenida en el cuadro citado coincide con la incluida en el cuadro que aparece en la página 18 del dictamen de contradicción aportado por el apoderado de la sociedad demandada.

Adicionalmente en el dictamen inicial del perito Enrique Villota se establece:

"Al efectuar una comparación entre las obligaciones de aportes de la tabla No. 1 (que relaciona los plazos y los montos convenidos en el acuerdo³⁰) y los pagos efectuados de aportes de la tabla No. 2 se observa que Somo (sic) K cumplió con el acuerdo, efectuando incluso aportes por encima de lo acordado en cada fecha de corte."³¹

De otra parte, en relación con la compensación pactada a favor de Somos K, la perito Miryam Caicedo en la aclaración a su dictamen afirma:

"Es importante aclarar que la forma como Git Masivo S.A. pagó la compensación a Somos K, fue a través de diferentes facturas de venta emitidas por Somos K y dos Sociedades más..."³² y concluye que "la manera como se efectuó la compensación de Git Masivo S.A. a Somos K no fue la autorizada por la ASAMBLEA DE ACCIONISTAS, en las actas No. 27 y 29 del año 2014."

Para el Tribunal, si como afirma la perito, la compensación pactada a favor de Somos K fue pagada a través de la emisión de las facturas que señala, tal pago se realizó de conformidad con establecido en el Acuerdo de Accionistas del 2 de diciembre de 2014, en cuanto en su

³⁰ Paréntesis agregado por el Tribunal

³¹ Dictamen pericial aportado por Git Masivo elaborado por Strategas Banca de Inversión.

³² Aclaraciones al dictamen pericial de Miryam Caicedo Rosas, página 6.

cláusula 6.1 se estipuló que las partes "delegan en LA JUNTA DIRECTIVA DE GIT MASIVO S.A. la forma en que se pagará dicha compensación, puede provenir no solo del dinero proveniente de los efectos de la compensación de Metrocali S.A. sino con recursos propios de que disponga la Compañía ..."

Ahora bien, la diferencia entre el valor de \$5.070.343.200 aprobado para la compensación y el valor de \$5.528.937.681 al que ascienden las facturas, corresponde al IVA que se pagó, que según lo afirmado por la perito ascendió a \$458.294.481.³³

El valor del IVA debía ser asumido por Git Masivo, pues en el Acuerdo de Accionistas finalmente aprobado por la asamblea de la sociedad, se pactó que asumiría el costo fiscal del pago de la compensación.

De acuerdo con lo anterior, no se evidencia el incumplimiento que la parte demandante atribuye a Somos K, en relación con el pago de la capitalización que se estableció en el Acuerdo de Accionistas.

De otra parte, en relación con el detrimento en el valor de la acción, de haber ocurrido este en los términos alegados por la parte demandante, no se indicó cuál es la obligación emanada del Acuerdo de Accionistas a cargo de Somos K, de cuyo incumplimiento se hubiera derivado tal detrimento.

En tales condiciones, tampoco desde este punto de vista, encuentra el Tribunal probado un incumplimiento de la sociedad demandada.

Con fundamento en lo antes expuesto, la pretensión segunda de la demanda reformada y subsanada, no prospera.

2.4. Pretensión Tercera.

El texto de la pretensión tercera de la demanda es el siguiente:

³³ Documento de aclaraciones y complementaciones al dictamen pericial elaborado por Miryam Caicedo Rosas, Página 8.

"TERCERA:

Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene a las demandadas, Empresas GRUPO INTEGRADO DE TRANSPORTE MASIVO S.A., y la Empresa SISTEMAS OPERATIVOS MÓVILES S.A. "SOMOS K", a pagar a favor de las demandantes, EMPRESA DE TRANSPORTES CREMA Y ROJO S.A., con Nit N° 890.301.776.8, SOCIEDAD DE PROPIETARIOS CREMA Y ROJO S.A. "PROCRESA S.A", con Nit N° 900.097.508.0, TRANSPORTES UNIDOS CREMA Y ROJO LIMITADA "UNIROJO LTDA.", con Nit N° 805.017.780.1, e INVERSIONES Y TRANSPORTES CREMA Y ROJO S.A., la suma de Mil Ciento Veintisiete Millones Novecientos Cuarenta y Tres Mil Doce Pesos con Veinticuatro Centavos Moneda Corriente (\$1.127.943.012.24), suma ésta que deberá atender a los principios de reparación integral y equidad y criterios técnicos actuariales conforme lo ordena el artículo 283 inciso final del Código General del Proceso. "

2.4.1 Posiciones de las partes

La parte demandante presenta como fundamento de esta pretensión certificaciones emitidas por GIT MASIVO con corte a diciembre 31 de 2016, y una certificación suscrita por el señor Jorge Enrique Ramírez Torrado, representante legal de las sociedades demandantes.

El cálculo del detrimento patrimonial por valor de la suma de \$1.127.943.012.24 que aparece en la certificación suscrita por el señor Ramírez Torrado, resulta de tener en cuenta el valor intrínseco de \$6.396 por acción, por el cual SOMOS K compró las acciones de GIT MASIVO a junio 30 de 2014, respecto del valor intrínseco de \$3.724.08, a diciembre 31 de 2016, de lo cual se origina una disminución en el valor de cada acción por \$-2.671.92, a diciembre 31 de 2016.

El apoderado judicial de SOMOS K, en su escrito de contestación a la reforma de la demanda, se opone a esta pretensión y afirma que en el presente proceso se demostrará que no hubo incumplimiento alguno del Acuerdo Final de Accionistas, que no se ha demostrado ventaja injustificada alguna sobre un contrato que no podrá ser considerado de adhesión, y, que la prueba con la que se pretende soportar el perjuicio no es prueba conducente, además de carecer de todo sustento legal, pues al no haber incumplimiento, difícilmente se podría reclamar perjuicio alguno.

Adicionalmente, en sus alegatos de conclusión, el apoderado de la convocada afirma que esta pretensión adolece de un defecto formal, puesto que no está sustentada en un

juramento estimatorio conforme a lo previsto en el artículo 206 del Código General del Proceso, por lo que las demandantes pretermittieron un requisito formal de la demanda.

2.4.2 Consideraciones del Tribunal

En la medida en que la condena solicitada es consecuencial de las declaraciones anteriores y a ellas no accedió el Tribunal, esta pretensión no prospera.

3. LAS EXCEPCIONES FORMULADAS EN LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA REFORMADA

3.1 Improcedencia de declarar un abuso del derecho de voto

El apoderado de la convocada afirma que es imposible declarar un abuso del ejercicio del derecho de voto con relación al contrato de compraventa de acciones y al acuerdo de accionistas.

Frente a esta excepción la demandante advierte que el socio debe ejercer el derecho de voto en función del colectivo social y de la empresa común, respetando al mismo tiempo los derechos de sus consocios y que de la lectura imparcial del Acuerdo Final de Accionistas se encuentran una serie de obligaciones impuestas por SOMOS K.

De acuerdo con el análisis efectuado por el Tribunal para decidir la pretensión primera de la demanda, esta excepción se encuentra demostrada, respecto del Acuerdo de Accionistas, pues las pretensiones relacionadas con el contrato de compraventa de acciones contenidas en la demanda inicial fueron excluidas en la subsanación a la reforma de la demanda.

3.2 Improcedencia del "abuso de la posición dominante"

La convocada se refiere que, al ser la presente controversia de naturaleza contractual, no resulta aplicable a la misma el régimen de protección a la competencia, en el cual se consagra la figura del abuso de la posición dominante, por lo tanto, no es procedente solicitar algún tipo de reparación, además, el Tribunal no tendría competencia para resolver.

Las convocantes en defensa de su posición, manifiestan que el señor Enrique Wolff, actuando como representante legal de GIT MASIVO S.A., y a su vez, actuando como representante legal de SOMOS K, incurrió en varias actuaciones en perjuicio de las demandantes, actuando en una posición dominante. En sus alegatos, afirma que el abuso de poder de SOMOS K se demuestra con los nombramientos realizados para la Junta Directiva de GIT MASIVO, de los cuales, los cuatro (4) primeros renglones con sus suplentes, corresponden al personal directivo de SOMOS K.

A este respecto, el Tribunal al decidir la pretensión primera de la demanda hizo referencia a los términos en los que podría presentarse el abuso de la posición dominante en materia contractual y concluyó que en el presente caso no se ha configurado tal abuso. En tales términos y dentro del marco conceptual planteado, la excepción se entiende demostrada.

3.3 Inexistencia de ventaja injustificada y omisión de acciones por la Parte Demandante de carácter societario

El apoderado de SOMOS K enfatiza que no se obtuvo una ventaja injustificada por parte de su cliente, pues, a los accionistas de GIT MASIVO se les solicitó la capitalización de la compañía para que ésta pudiera continuar con su objeto social, a lo cual los accionistas fueron renuentes, además, que dicha capitalización fue autorizada por la Asamblea General de Accionistas el 23 de abril de 2014, y, que el período de caducidad para impugnar el contenido de las decisiones de la Asamblea transcurrió, sin que hubieren presentado acción alguna al respecto.

En el escrito por virtud del cual el apoderado de la parte demandante describió el traslado de las excepciones, manifestó entre otras cosas que “... existe una modalidad de abuso de los derechos en el contexto societario más amplia, profunda y nociva, que consiste en la utilización de todas o algunas de estas conductas y otras que en sí mismas pueden no constituir abuso del derecho independiente, para producir un rompimiento de los rectos fines y objetivos del contrato social. Este abuso del derecho parte de las actuaciones premeditadas de la mayoría, con el interés de dañar o perjudicar a la minoría, manifestando a través de actos societarios diversos que están todos inspirados en esa intención abusiva inicial.”

En el caso que nos ocupa, el Tribunal no encontró acreditado que la demandada hubiera obtenido “ventajas injustificadas” a través del Acuerdo de Accionistas y desde este punto de vista la excepción se tiene por demostrada.

Ahora bien, ni la controversia, ni el debate probatorio se centraron en las actuaciones que habría podido llevar a cabo la demandante para obtener unos determinados resultados. De manera que no se tienen por demostrada la "omisión de acciones por la Parte Demandante de carácter societario."

3.4 El Acuerdo de Accionistas ha sido cumplido por parte de SOMOS K

El excepcionante precisa que desde el momento en que SOMOS K tuvo la calidad de accionista de GIT MASIVO S.A., éste ha honrado las obligaciones que adquirió en virtud del mencionado acuerdo.

En sus alegatos, la parte demandante expresa al respecto, que, en el Acuerdo de Accionistas firmado entre las partes, sólo se autorizó compensar hasta la suma de \$5.070.343.200 y la facturación irreal fue de \$5.528.937.681, lo cual es corroborado con el testimonio del perito Enrique Villota Leguizamón, en tanto que no se trató de giro de dineros entregados por SOMOS K, sino de una transacción sin movimiento de efectivo, es decir, de un cruce de cuentas entre acreedores con capitalización.

A este respecto, al decidir la pretensión segunda de la demanda, el Tribunal no encontró probado el incumplimiento del Acuerdo de Accionistas por parte de Somos K, en punto de la obligación de capitalizar la empresa Git Masivo. En relación con tal obligación la excepción propuesta se tiene por demostrada.

3.5 Inexistencia de nexo causal entre el incumplimiento del Acuerdo de Accionistas y el supuesto daño

Manifiesta el apoderado de la convocada que, se pretende por las demandantes alegar un incumplimiento en la forma de pago de la capitalización y la destinación de la misma, también, se trata de acreditar un daño consistente en la diferencia entre el valor intrínseco de la sociedad a 30 de junio de 2014, con relación al valor intrínseco a 31 de diciembre de 2016, existiendo falencias graves en la prueba con la cual se pretende acreditar dicho perjuicio.

El apoderado de las convocantes menciona, que la cifra de \$5.528.937.681 finalmente hicieron falta para acondicionar la flota de vehículos de GIT MASIVO S.A. en el número que se había proyectado en el Acuerdo de Accionistas, y, en consecuencia, al no haber los ingresos esperados con el número de vehículos operando, se presentó un detrimento

patrimonial para los accionistas de GIT MASIVO S.A., por lo que el perjuicio económico lo tasan a diciembre 31 de 2016 en la suma de \$1.127.943.012,24.

En relación con esta excepción se tiene que, al decidir la pretensión segunda de la demanda, el Tribunal no encontró acreditado el incumplimiento por parte de Somos K de su obligación de capitalizar a Git Masivo en los términos pactados en el Acuerdo de Accionistas. En tales condiciones, no había lugar a analizar el daño que habría podido generarse por tal incumplimiento y menos el nexo de causalidad.

En cualquier caso, el Tribunal concluyó que de haberse presentado un detrimento patrimonial de los socios de Git Masivo, representado en la disminución del valor intrínseco de la acción, luego del ingreso de Somos K como socio, la parte demandante no señaló cual obligación derivada del Acuerdo de Accionistas al ser incumplida habría causado tal eventual detrimento. Desde ese punto de vista, la excepción se tiene por demostrada.

3.6 Cobro de lo no debido

Se indica por la demandada, que al no existir incumplimiento y ante la ausencia de daño, la suma reclamada no tendría causa jurídica alguna, por lo tanto, se estaría realizando el cobro de una suma que la convocada no adeuda.

El Tribunal considera que, de acuerdo con el análisis realizado al decidir las pretensiones primera y segunda de la demanda, esta excepción se tiene por demostrada.

3.7 Cláusula Penal enorme

Advierte el apoderado de SOMOS K que las convocantes hacen referencia en los hechos a la Cláusula Penal, sin embargo, ni en el escrito de reforma de demanda ni en la subsanación, se presenta pretensión alguna referida a ésta, por lo tanto, el Tribunal no podría pronunciarse sobre la misma, y en el caso que se considere, resultaría desproporcionada respecto del supuesto incumplimiento alegado por las convocantes.

En relación con esta alegación de la demandada, el Tribunal considera que no tiene la naturaleza de excepción en cuanto no se dirige a enervar una determinada pretensión, que no fue siquiera formulada, y en consecuencia se tiene por no probada.

3.8 Imprudencia del levantamiento del velo corporativo

No obstante, haber sido excluido en la subsanación lo referente al levantamiento del velo corporativo, se ha consagrado por la legislación y la jurisprudencia como una situación excepcional, cuyos presupuestos la convocante no ha acreditado.

En relación con este medio de defensa, aplica el mismo razonamiento expresado para referirse a la "cláusula penal enorme" el Tribunal considera que no tiene la naturaleza de excepción pues no se dirige a enervar una determinada pretensión, que no fue siquiera formulada, y en consecuencia se tiene por no probada.

3.9 Excepción genérica

El apoderado de SOMOS K solicita al Tribunal que declare en contra de las pretensiones formuladas, cualquier otra excepción de mérito nominada o innominada que aparezca probada o sea consecuencia de la argumentación expuesta en la contestación de la reforma de la demanda o en el transcurso del debate.

A este respecto, el Tribunal no ha encontrado probada ninguna excepción diferente a las propuestas por el apoderado de la parte demandada.

4. LA VALORACIÓN PROBATORIA DE LOS DICTÁMENES PERICIALES

El apoderado de la parte demandante ha solicitado que se excluyan del acervo probatorio los dictámenes elaborados por la firma Strategas Consultores, aportados por el apoderado de la parte demandada, por considerar que no se acreditó la inscripción ante en el Registro Abierto de Avaluadores, con fundamento en lo dispuesto en la Ley 1673 de 2013 y el Decreto 556 de 2014.

A este respecto el Tribunal considera que no hay lugar a prescindir de la experticia elaborada por la firma Strategas Consultores, por varias razones.

En primer lugar, el alcance del dictamen pericial que se ha presentado no se contrae exclusivamente a una "valuación" o "avalúo," se trata de una experticia con un contenido financiero que trasciende la labor de un avaluador.

En segundo lugar, en la Ley 1563 de 2012 que regula el trámite arbitral, no se establece como requisito para desempeñarse como perito dentro de un proceso de esa naturaleza, la inscripción en el Registro Abierto de Avaluadores.

Finalmente, tampoco se establece en dicha norma, como causal para no apreciar una prueba pericial, el hecho de que el experto no se encuentre inscrito en tal Registro.

De otra parte, en relación con la objeción por error grave formulada por el apoderado de la parte demandada en contra del dictamen rendido por la señora Miryam Caicedo Rosas, debe tenerse en cuenta que tal objeción fue formulada cuando se inició el interrogatorio a la perito, y no dentro del término de traslado de las aclaraciones y complementaciones al dictamen.

Ahora bien, ciertamente en la ley no se establece el momento procesal en el cual deba formularse tal objeción, pero en cualquier caso, atendiendo el principio de igualdad de las partes en el proceso, la parte contraria debe tener la posibilidad de pronunciarse sobre la objeción, circunstancia que en este caso no se dio puesto que si bien fue planteada, como se ha dicho, al iniciar la audiencia de interrogatorio de la perito, las glosas solamente fueron sustentadas en el alegato de conclusión.

En cualquier caso, encuentra el Tribunal que los aspectos de la experticia de la señora Miryam Caicedo Rosas que han sido tenidos en cuenta por ser relevantes para la decisión, no se encuentran afectados por las falencias que en el alegato de conclusión del apoderado de la demandada se le atribuyen al dictamen.

Es más, en un punto central de esta controversia, cual es la evidencia sobre el pago oportuno de la capitalización a cargo de Somos K, el apoderado de esta sociedad se remite al dictamen de la señora Miryam Caicedo como prueba de este hecho.³⁴

En tales condiciones, el Tribunal encuentra que no hay lugar a pronunciarse sobre los errores graves que se endilgan a la experticia, sobre materias que no fueron tenidas en cuenta en el laudo.

³⁴ En el alegato de conclusión presentado por el apoderado de Somos K se lee: “En cuanto al valor total cancelado por Somos K, en el período comprendido 2014 a 2015, la perito determinó ...”

5. LA OBJECCIÓN AL JURAMENTO ESTIMATORIO

En el acápite de la demanda reformada denominado "Cuantía", se expresó: "Se trata de un proceso cuya pretensión por perjuicios equivale a Mil Ciento Veintisiete Millones Novecientos Cuarenta y Tres Mil Doce Pesos Con Veinticuatro Centavos Moneda Corriente (\$1.127.943.012.24)."

En la contestación a la reforma, el apoderado de la parte demandada objetó la cuantificación y expresó que no cumplía con los requisitos del juramento estimatorio, a los que se hace referencia en el artículo 206 del Código General del Proceso.

Para el Tribunal la estimación de la cuantía en la reforma de la demanda se realizó de manera debidamente razonada, con base en la certificación anexada a la misma, suscrita por el representante legal de las demandantes, en la cual se hizo referencia al valor intrínseco de la acción de Git Masivo en dos momentos diferentes para establecer el valor del detrimento patrimonial reclamado.

Ahora bien, el Tribunal considera que no hay lugar a condenar a la parte demandante al pago a favor del Consejo Superior de la Judicatura, de la sanción a la que se hace referencia en el citado artículo 206 del Código General del Proceso, puesto que no se ha advertido falta de diligencia en la actuación de su apoderado.

6. LAS COSTAS DEL PROCESO

En el artículo 365 del Código General del Proceso se establece que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso.

En el caso que nos ocupa, en vista de que no prosperó ninguna de las pretensiones formuladas en la demanda reformada y subsanada, la ley ordena que se condene a la parte demandante al pago de las costas del proceso.

Así, la parte demandante deberá pagar a la parte demandada, la suma de Cuarenta y Un millones Novecientos Setenta y Ocho mil seis pesos (\$41.978.006.00), correspondiente al 50% de los honorarios y gastos del proceso.

Adicionalmente, en el numeral 4 del artículo 366 del Código General del Proceso se establece:

"Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas."

De acuerdo con la remisión que se establece en la norma antes transcrita, es pertinente tener en cuenta el texto del artículo 4º del Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, del Consejo Superior de la Judicatura en cuanto dispone:

"Analogía. A los trámites no contemplados en este acuerdo se aplicarán las tarifas establecidas para asuntos similares."

Adicionalmente, en el artículo 5 del mismo Acuerdo se establece que en los procesos declarativos en general, en única instancia, "cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario" las agencias en derecho se fijarán entre el 5% y el 15% de lo pedido.

En el presente caso, el valor de las pretensiones de la demanda asciende a mil ciento veintisiete millones novecientos cuarenta y tres mil doce pesos con veinticuatro centavos moneda corriente (\$1.127.943.012.24), por lo cual, el Tribunal, teniendo en cuenta la duración de la gestión y otras circunstancias especiales, fija el valor de las agencias en derecho, en el 5% sobre el valor de las pretensiones, que corresponde a Cincuenta y Seis Millones Trescientos Noventa y Siete mil pesos (\$56.397.000.00) valor a cuyo pago será condenada la parte demandante.

De acuerdo con lo anterior, en la parte resolutive de este laudo se condenará a la parte demandante al pago de la suma de Noventa y Ocho Millones Trescientos Setenta y Cinco mil Seis pesos (\$98.375.006.00), por concepto de costas y agencias en derecho.

III. CAPÍTULO: DECISIÓN

En mérito de las consideraciones que anteceden, el Tribunal Arbitral constituido para dirimir las controversias suscitadas entre **EMPRESA DE TRANSPORTES CREMA Y ROJO S.A., SOCIEDAD DE PROPIETARIOS CREMA Y ROJO S.A. "PROCRESA S.A.", TRANSPORTADORES UNIDOS CREMA Y ROJO LTDA. "UNIROJO LTDA." E INVERSIONES Y TRANSPORTES CREMA Y ROJO S.A.**, parte Demandante, y **SISTEMAS OPERATIVOS MÓVILES S.A. "SOMOS K S.A."**, parte

Demandada, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley y habilitación de las Partes,

RESUELVE:

PRIMERO: Tener por demostradas las excepciones formuladas por la parte demandada como "Improcedencia de declarar un abuso del derecho de voto"; "Improcedencia del 'abuso de la posición dominante'", "Inexistencia de ventaja injustificada"; "El Acuerdo de Accionistas ha sido cumplido por parte de SOMOS K"; "Inexistencia de nexo causal entre el incumplimiento del Acuerdo de Accionistas y el supuesto daño"; "Cobro de lo no debido", en los términos y con el alcance expresados en la parte motiva de este laudo. Se tienen por no demostradas las demás excepciones formuladas por la parte demandada.

SEGUNDO: No prosperan las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

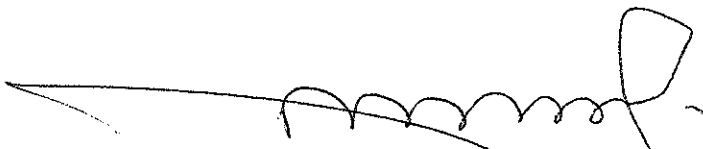
TERCERO: Se condena a la parte demandante a pagar a la parte demandada, dentro de los 10 días hábiles siguientes a la fecha de ejecutoria de este laudo, la suma de Noventa y Ocho Millones Trescientos Setenta y Cinco mil Seis pesos (\$98.375.006.00), por concepto de costas y agencias en derecho.

CUARTO: Declarar causado el saldo de los honorarios de los Árbitros y de la Secretaria, por lo que se ordena realizar los pagos correspondientes, de conformidad con lo previsto en el artículo 28 de la Ley 1563 de 2012 y teniendo en cuenta la contribución especial arbitral establecida en el artículo 22 de la Ley 1743 de 2014 –modificado por el artículo 362 de la Ley 1819 de 2016-. Las partes expedirán los certificados de retención correspondientes. En la oportunidad legal, el Presidente hará la liquidación final de gastos y, con la correspondiente cuenta razonada, devolverá, si a ello hubiere lugar, el saldo a las partes.

QUINTO: Disponer que por Secretaría se expidan copias auténticas de este Laudo, con las constancias de ley y con destino a cada una de las Partes.

SEXTO: Disponer que el expediente se entregue para su archivo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cali.

El presente laudo queda notificado en audiencia.



RAFAEL GUILLERMO BERNAL GUTIERREZ.

Presidente



CARLOS ARTURO COBO GARCIA.

Árbitro



ANNE MARIE MÜRRLE ROJAS

Árbitro



MARIA DEL PILAR SALAZAR SÁNCHEZ.

Secretaria