

TRIBUNAL DE ARBITRAJE

TRANSPORTES FUTURO DEL VALLE S.A.

CONTRA

SISTEMAS OPERATIVOS MÓVILES S.A.

LAUDO ARBITRAL

Santiago de Cali, veintiocho (28) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

Surtida como se encuentra la totalidad de las actuaciones procesales previstas en la Ley 1563 de 2012 para la debida instrucción del trámite arbitral, y en la fecha señalada para llevar a cabo la audiencia de fallo, el Tribunal de Arbitraje profiere en derecho el laudo que pone fin al proceso arbitral convocado para dirimir las diferencias surgidas entre **TRANSPORTES FUTURO DEL VALLE S.A.**, como parte demandante y **SISTEMAS OPERATIVOS MÓVILES S.A.** como parte demandada con motivo del acuerdo de accionistas suscrito en la ciudad de Cali, el día 2 de diciembre de 2014.

I. ANTECEDENTES.

1. EL CONTRATO.

El 2 de diciembre de 2014 TRANSPORTES FUTURO DEL VALLE S.A. y varias empresas socias de GIT Masivo S.A. entre ellas SISTEMAS OPERATIVOS MÓVILES S.A. celebraron un acuerdo de accionistas.

2. EL PACTO ARBITRAL.

Corresponde a la cláusula 17.2 del acuerdo de accionistas cuyo texto es el siguiente:

“17.2 Clausula Compromisoria.

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 reunión efectuada el 24 de octubre de 2018, en la audiencia para designar árbitros, las partes de común acuerdo modificaron el punto a) de la cláusula compromisoria, respecto a la forma de designar los árbitros, por el siguiente tenor:

- a) El Tribunal estará integrado por tres (3) árbitros los cuales serán designados de mutuo acuerdo por las partes.*

Las demás estipulaciones de la cláusula permanecieron iguales.

3. PARTES PROCESALES.

3.1. Parte Convocante

Es la sociedad TRANSPORTES FUTURO DEL VALLE S.A., con domicilio en la ciudad de Cali, identificada con NIT 900098095-5, representada legalmente por el señor Reynaldo Marín Ayala.

3.2. Parte Convocada

Es convocada la sociedad SISTEMAS OPERATIVOS MÓVILES S.A., con domicilio en la ciudad de Bogotá D.C., identificada con el NIT 830111317-7, representada legalmente por el señor Enrique Wolff Marulanda.

4. ETAPA INICIAL.

4.1 El 17 de octubre de 2018, mediante apoderado, la sociedad TRANSPORTES FUTURO DEL VALLE S.A. presentó solicitud de convocatoria de Tribunal Arbitral contra SISTEMAS OPERATIVOS MÓVILES S.A. con base en el acuerdo de accionistas celebrado entre las partes y en desarrollo de la cláusula compromisoria pactada en el mismo.

4.2 El 24 de octubre de 2018 y en cumplimiento a lo pactado en la cláusula compromisoria fueron designados como árbitros, de común acuerdo por las partes, los doctores ANTONIO PABON SANTANDER, MÓNICA FERNANDA RÚGELES MARTÍNEZ y HENRY SANABRIA SANTOS, quienes una vez notificados aceptaron oportunamente el encargo.

4.3 El 10 de diciembre de 2018 se instaló el Tribunal, se designó como presidente al doctor ANTONIO PABON SANTANDER y como secretaria a MARÍA DEL PILAR RAMÍREZ ARIZABALETA.

4.4. En esa misma audiencia el Tribunal inadmitió la demanda y una vez subsanada fue admitida por auto de fecha 9 de enero de 2019 y notificada a la parte demandada en los términos del inc. 2 del Art. 301 del Código General del Proceso.

4.5. Dentro del término de traslado de la demanda, la parte demandada, por intermedio de su apoderado judicial, dio contestación a la misma oponiéndose a las pretensiones, interponiendo las excepciones de mérito que allí constan, objetando la cuantía de las pretensiones estimada por la demandante para sus pretensiones indemnizatorias y solicitó plazo para aportar un dictamen pericial.

4.6. Por auto No. 4 del 26 de febrero de 2019 se corrió traslado a la parte demandante de las excepciones formuladas y de las objeciones al juramento estimatorio; así mismo se concedió término a la parte demandada para aportar el dictamen pericial. Dentro del término el apoderado de TRANSPORTES FUTURO

DEL VALLE S.A. se pronunció sobre las excepciones y presentó reforma a la demanda.

4.7 Por auto No. 5 del 13 de marzo de 2019 fue admitida la reforma a la demanda y se corrió traslado de la misma a la demandada.

4.8 Dentro del término previsto para el efecto, el apoderado de la parte convocada, dio respuesta a la reforma de la demanda formulando excepciones, oponiéndose a las pretensiones y objetando el juramento estimatorio. De igual manera, dentro del término conferido presentó el dictamen pericial anunciado.

4.9 Por auto No. 6 del 8 de abril de 2010 se corrió traslado a la parte convocante de las excepciones formuladas respecto de la reforma a la demanda, de las objeciones al juramento estimatorio y del dictamen pericial aportado por la convocada, dentro del término la parte demandante se pronunció sobre las excepciones y la contestación de la demanda, más no sobre el dictamen pericial.

4.10 El 29 de abril de 2019 se realizó la audiencia de conciliación, la cual se declaró fallida decretándose a continuación las sumas de honorarios y gastos de funcionamiento del tribunal, las cuales fueron consignadas oportuna e íntegramente por la parte convocada.

4.11 El 29 de mayo de 2019 tuvo lugar la primera audiencia de trámite. En esa fecha el Tribunal se declaró competente para decidir las controversias puestas a su consideración y decretó pruebas solicitadas por las partes, concluyendo de esta manera la primera audiencia de trámite.

II. LAS CUESTIONES LITIGIOSAS SOMETIDAS A ARBITRAJE

LA DEMANDA REFORMADA

1. LOS HECHOS DE LA DEMANDA REFORMADA.

Los expuso en varios acápite que se resumen así:

1.1. Relata que la sociedad convocada SISTEMAS OPERATIVOS MÓVILES S.A. SOMOS K, y TRANSPORTES FUTURO DEL VALLE S.A. TRANSFUVALLE S.A. y otras personas jurídicas y naturales, suscribieron en la ciudad de Cali

(Valle), el día 2 de diciembre de 2014, un acuerdo de accionistas, en su calidad de tales de la sociedad GRUPO INTEGRADO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. SIGLA GIT MASIVO S.A., a quien corresponde el NIT 900099310-9.

1.2. Que la sociedad GIT Masivo S.A. es operadora del Sistema Integrado de Transporte Masivo MIO de la ciudad de Cali Valle del Cauca, en ejecución del Contrato de Concesión No. 01.

1.3. Que el acuerdo de accionistas tenía como finalidad la de inyectar nuevos recursos a la sociedad GIT Masivo S.A. por parte de la sociedad Somos K S.A.; la regulación del ingreso de dicha sociedad como accionista de la sociedad GIT Masivo S.A. y de los aportes que debía inyectar la sociedad Somos K S.A a la sociedad GIT Masivo S.A.

1.4. Lo anterior, ante la situación económica de la sociedad GIT Masivo S.A., que tenía dificultades económicas para desarrollar sus actividades.

1.5. Manifiesta que el Acuerdo fue elaborado de manera unilateral por la sociedad Somos K S.A., y sometido a la aprobación por adhesión de los Accionistas originales e iniciales de la sociedad GIT Masivo S.A., sin ninguna clase de discusión ni modificaciones, aprovechándose la sociedad Somos K S.A., de la necesidad de recursos que necesitaba la sociedad GIT Masivo S.A. para su operación, y de que los socios iniciales y hoy minoritarios, no podían disponer de los recursos para capitalizar a la sociedad GIT Masivo S.A.

1.6. Que en dicho Acuerdo se determinó la forma como la sociedad Somos K S.A. ejercería el control de la sociedad GIT Masivo S.A., la reducción de la oferta de transporte colectivo tradicional, y la manera como la sociedad Somos K S.A., realizaría los aportes a que se obligaba, aportes que no se hicieron en su totalidad.

1.7. Informa que en la Cláusula 3 del Acuerdo, se estableció la aceptación por las partes, de la designación del señor Enrique Wolff Marulanda, identificado con cédula de ciudadanía No. 16´837.964 como Gerente de la sociedad GIT Masivo S.A.

1.8. Que en el Acuerdo se estableció que la Junta Directiva de la sociedad GIT Masivo S.A., estaría integrada por siete (7) miembros principales con sus

respectivos suplentes, de los cuales Somos K S.A. nombraría cuatro (4) miembros principales con sus suplentes.

1.9. Que de tal forma la sociedad Somos K S.A. adquiriría el control total de la Junta Directiva de GIT Masivo S.A. y de la administración de la sociedad.

1.10. En la cláusula 6 se determinó que la sociedad Somos K S.A. haría un aporte de veinte mil millones de pesos (\$20.000'000.000.00) como capitalización en acciones, pero que ante la prohibición en los Estatutos de la sociedad GIT Masivo S.A. de hacer una capitalización por un valor menor del valor nominal de la acción, el cual en la fecha de suscripción del Acuerdo se encontraba establecido en la suma de \$10.000 se determinó que se suscribiría la capitalización por \$20.000'000.000.

1.11. Señala que en la misma cláusula se estableció la manera como la sociedad Somos K S.A., adquiriría el 10% de las acciones de todos y cada uno los accionistas existentes a la fecha de suscripción del Acuerdo, determinando un precio ligado al valor intrínseco de la acción, establecido de antemano por Somos K S.A. en la suma de \$6.396.00 por cada acción.

1.12. Aduce que lo anterior, de entrada, violó flagrantemente los estatutos de la sociedad, pues en dichos estatutos se estableció el valor nominal de la acción, determinándolo en \$10.000 siendo este el valor referente para cualquier negociación de esta acción.

1.13. Que igualmente se plasmó en el Acuerdo que se autorizaba a la Junta Directiva de GIT Masivo S.A., compuesta por la mayoría de personas impuestas por Somos K S.A., quien era a la vez acreedora de GIT Masivo S.A., para que estableciera la forma de pagarle la mentada compensación. Considera que ello es un acto completamente abusivo y de conflicto de intereses en desmedro de los derechos de los demás accionistas, particularmente los accionistas iniciales y hoy minoritarios de GIT Masivo S.A., y que dejaba el pago de la tal compensación en manos exclusivas de Somos K S.A.

1.14. Que extrañamente, para determinar el valor de la “mal llamada compensación” que la sociedad GIT Masivo S.A. debía realizar a la sociedad Somos K S.A., según lo establecido en el Acuerdo, se tomó un valor intrínseco de la acción diferente, esto es el valor de \$7.183 por acción. Aduce, que la

compensación se debió hacer con la diferencia entre el valor nominal y el valor intrínseco a Junio 30 de 2014, conforme a lo estipulado en el acuerdo de accionistas y en las Actas de Asamblea y Junta, y ese valor corresponde a \$3.604 por acción y el total de acciones a compensar de la “mal llamada compensación” es de 705.867 acciones. Esto quiere decir que el valor real a compensar es \$2.543.944.668 por lo cual se puede concluir que se sobreestimó “la mal llamada compensación” en \$2.526.398.532 tal como se evidencia en la auditoria presentada por la sociedad SINERVAL.

1.15. Expone que con esa estimación del valor intrínseco de la acción establecido para el pago del 10% de las acciones, Somos K S.A. les indujo a error a los minoritarios para venderle a ella al precio de \$6.396 cada una, y, en consecuencia, se dejó de pagar a los accionistas minoritarios \$787 por cada una de las acciones que le estaban vendiendo y estaba adquiriendo la sociedad Somos K S.A.

1.16. Declara además que Somos K S.A. no tenía ningún derecho a compensar, pues en la realidad nunca aportó de manera integral los Veinte Mil Millones de Pesos (\$20.000.000.000) previstos en el acuerdo de accionistas, lo que representa una mayor pérdida patrimonial de los accionistas, pues el valor nominal de la acción en los estatutos era de \$10.000. En consecuencia, los accionistas minoritarios recibieron una suma inferior a la que les correspondía.

1.17. Que SOMOS K tomó como valor de negociación el valor nominal de la acción de \$10.000 cada una, pero debiéndosele hacer una compensación por la diferencia entre el valor nominal y el valor intrínseco de la acción, y allí mismo se determinó que el valor de dicha compensación sería de \$5.070´343.200, es decir, que el aporte real como inyección de capital fue real y solamente de \$14.929´656.800 y no los Veinte Mil Millones que aceptó capitalizar la sociedad Somos K S.A., que este hecho constituye el no pago de la totalidad de la capitalización determinada en el Acuerdo de Accionistas y el no pago de los aportes correspondientes a la suscripción de acciones por parte de Somos K S.A.

1.18. Alega que lo anterior corrobora que Somos K no tenía ningún derecho a compensar, por cuanto en la realidad nunca aportó los Veinte Mil Millones de Pesos (\$20.000.000.000), circunstancia que deviene en un nuevo incumplimiento.

1.19. Informa que en efecto la cláusula 6.1 precio - del acuerdo de accionistas en su párrafo tercero establece lo siguiente: “*Considerando que los estatutos de GIT*

MASIVO prohíben que la capitalización se haga por 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 ente 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...”

1.20. Manifiesta que las argucias legales y contables realizadas para pretender buscar darle legalidad a la pretendida capitalización de los Veinte Mil Millones de Pesos, dejan ver de entrada, que esta no se realizó en su integridad, sino que lo fue por una suma inferior, porque a la mencionada capitalización prometida por Somos K S.A. de Veinte Mil Millones de Pesos, se le hizo de manera unilateral por parte de Somos K S.A. y de su Representante Legal y sus miembros de junta en GIT Masivo S.A., una compensación de \$5.070.343.200, lo que arrojo un perjuicio a los accionistas iniciales y hoy minoritarios de GIT Masivo S.A. Lo anterior demuestra el abuso del derecho, el abuso de la posición dominante y el conflicto de intereses de la empresa Somos K S.A. en las operaciones realizadas. Lo que se hizo en la realidad fue un cruce de cuentas lo que demuestra que nunca ingresaron los Veinte Mil Millones de Pesos.

1.21. Desaprueba lo que se dijo en el Acuerdo sobre el pago de la compensación a Somos K S.A. que se haría en efectivo una vez METRO CALI hiciera el desembolso a GIT Masivo S.A., de unos dineros provenientes de la compensación por diferencia de tarifa técnica dentro de la modificación al Contrato de Concesión No. 01 de 2006, asumiendo GIT Masivo S.A. el costo fiscal de esa transacción, esgrime que ello no es legal, por cuanto quien debería asumir el costo fiscal es quien recibe el dinero correspondiente, en este caso, Somos K S.A.

1.22. Alega que en el Informe de Auditoria se realizado por la firma SINERVAL GROUP ESTRATEGIAS FINANCIERAS fechado el 16 de mayo de 2018, se evidencia el encuentro de varios hallazgos contables, que se enumeran a continuación.

1.23. El primero de ellos hace referencia a la prohibición de realizar capitalizaciones con un valor por acción inferior a su valor nominal. Ese valor nominal era de \$10.000 por acción, y en el Acuerdo, la sociedad Somos K S.A., impuso que se le debía hacer una compensación por la suma de \$5.070´343.200.

1.24. Que se realizó una sobrestimación del valor intrínseco de la acción (\$7.183 c/u) con el fin de obtener una compensación mayor a la realmente acordada, arrojando el Informe un valor total sobreestimado de \$2.526´398.532. Considera que esa es una violación flagrante del principio de buena fe por parte de la sociedad Somos K S.A. y en contra de TRANSPORTES FUTURO DEL VALLE S.A. TRANSFUVALLE S.A. y de todos los accionistas minoritarios.

1.25. Que, violando lo establecido en el Acuerdo respecto al pago de la compensación debida a Somos K S.A., dicha compensación supuestamente se hizo por parte de GIT Masivo S.A. con el pago de facturas presentadas a ella (GIT Masivo S.A.) por empresas del grupo Somos K S.A., o vinculadas a Somos K S.A., o del grupo empresarial o conglomerado Somos K S.A., o directamente por Somos K S.A. y por concepto de servicios complementarios y en la realidad inexistentes y violatorios de lo establecido en la cláusula 13 del Acuerdo de Accionistas.

1.26. Que, GIT Masivo S.A. pagó la Factura 0002 de la sociedad SOMOS INVERSIONES Y COMPAÑÍA S.A.S por un valor de \$2.900´000.000 por concepto de Reestructuración y Planeación Git 15 años, empresa ésta del mismo grupo SOMOS K. Encuentra que esa es una grave irregularidad y un abuso del derecho, que demuestra el abuso de la posición dominante de Somos K S.A., frente a los accionistas iniciales y minoritarios de GIT Masivo S.A.

1.27. Que también GIT Masivo S.A., pagó la Factura No. 0623 de Somos K S.A. por valor de \$148´002.692 por concepto de Reintegro de Gastos de Personal en Misión. Argumenta que este pago es otra irregularidad y abuso del derecho en contra de los accionistas minoritarios, pues dichos servicios fueron inexistentes.

1.28. Que también se pagó por parte de GIT Masivo S.A. a la sociedad Somos K S.A. la Factura 0624 por valor de \$700´000.000 por concepto de reintegro de Gastos de Prevención Vial. De igual manera considera que este pago constituye también una irregularidad y un abuso del derecho y falta a la lealtad y buena fe contractual, por cuanto nunca los accionistas minoritarios aprobaron esa clase de pagos a la sociedad accionista mayoritaria y además obedecen a servicios inexistentes.

1.29. Así mismo GIT Masivo S.A., pagó la Factura No. 0027 de Transportes Tulum S.A.S por valor de \$1.358´000.000 por concepto de Servicio de Transporte Operativo, servicios además que fueron inexistentes. Que esta sociedad,

Transportes Tulum S.A.S es parte del Grupo Somos K S.A. gerenciada por el mismo señor Enrique Wolff Marulanda, Gerente de GIT Masivo S.A. Estima que esta es otra grave irregularidad en contra de los accionistas minoritarios e iniciales de GIT Masivo S.A., que constituye una falta de lealtad y abuso de la posición dominante de Somos K S.A. y demuestra el conflicto de intereses con el que ha actuado el Señor Enrique Wolff Marulanda.

1.30. Que también GIT Masivo S.A. pagó la Factura No. 0030 expedida por Transportes Tulum S.A.S., por valor de \$422´634.989 por concepto Asesoría NIIF año 2015-2016, empresa que no tiene en su objeto social nada que ver con asesoría en temas contables.

1.31. En el informe de la empresa SINERVAL se concluye lo siguiente: *“Analizada cada una de las facturas que fueron emitidas y comparando el objeto social de las sociedades, algunas irrumpen con su objeto social y por tanto no podían facturar dicho concepto, además SOMOS K S.A., no dio cumplimiento al acuerdo de accionistas ya que debió capitalizar a la sociedad GIT MASIVO S.A., en la suma de \$20.000.000.000 los cuales no fueron aportados en su totalidad como se demuestra en el cuadro siguiente denominada “CANCELACIÓN DE LA CAPITALIZACIÓN POR SOMOS K” dado que presentaron facturas simulando operaciones de Compañías del mismo Grupo de Somos K S.A., para entrever que dio cumplimiento a la cláusula 6.3 del referido acuerdo en la cual podría realizar giros a proveedores con los cuales GIT Masivo S.A., contrae obligaciones que en su tenor estas operaciones de acuerdo a la información suministrada podrán cualificarse como ficticias.”*

1.32. Advierte que Según el Acuerdo de Accionistas de la sociedad GIT Masivo S.A., Cláusula 6 No. 6.4., todo pago superior a \$20´000.000 debía hacerse con la aprobación de la Junta Directiva de la sociedad, y esto no se hizo de esa forma, por cuanto del Informe de Auditoria de SINERVAL GROUP se deduce que no existen las autorizaciones correspondientes que figuren en las Actas de Junta Directiva. Esas actuaciones se hicieron violando el Acuerdo de Accionistas y afectando gravemente a los accionistas minoritarios.

1.33. Así mismo que la sociedad Somos K S.A. dice que prestó servicios complementarios a las actividades de la sociedad GIT Masivo S.A., en violación a lo establecido en la Cláusula 13 del acuerdo de accionistas.

1.34. Finaliza afirmando que el Accionista Mayoritario Somos K S.A. violó el acuerdo de accionistas impuesto por él a los Accionistas Minoritarios, no realizó la capitalización por la suma de Veinte Mil Millones de Pesos a que se había comprometido en el Acuerdo, distrajo los fondos de la sociedad GIT Masivo S.A. realizando pagos no autorizados por los accionistas en el Acuerdo, utilizó sociedades del mismo Grupo Somos K S.A. para realizar actividades complementarias a las actividades de la sociedad GIT Masivo S.A. servicios que fueron inexistentes y que se constituyeron en vehículos para el incumplimiento del acuerdo de accionistas y no capitalizar a la sociedad GIT Masivo S.A. en la forma prometida, y realizó pagos irregulares por intermedio de su Gerente, señor Enrique Wolff Marulanda, no pagó las sumas que debía pagar a los accionistas minoritarios por la compra del 10% de las acciones que obligó a venderle, incurriendo en conductas irregulares como falta a la lealtad de los accionistas mayoritarios frente a los minoritarios, abuso del derecho y de la posición dominante y conflicto de intereses, que son conductas sancionadas por el ordenamiento societario, y que cada una de ellas viola el acuerdo de accionistas. Alega que tan no se cumplió la finalidad del mentado acuerdo de accionistas, que era la de garantizar la operación y de inyectar recursos a la empresa GIT Masivo S.A., que hoy esta empresa se encuentra sometida al régimen de insolvencia empresarial.

2. LAS PRETENSIONES

Las pretensiones contenidas en la demanda arbitral reformada son las siguientes:

“..

3.1 *Se declare que la sociedad SISTEMAS OPERATIVOS MÓVILES S.A. SOMOS K S.A. incumplió la cláusula 6 del Acuerdo de Accionistas de la sociedad GRUPO INTEGRADO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. GIT MASIVO S.A. suscrito el 2 de diciembre de 2014 entre accionistas mayoritarios y minoritarios de dicha sociedad por el no pago de la totalidad de los VEINTE MIL MILLONES DE PESOS de conformidad con los hechos 2.6; 2.16; 2.18 a 2.22 de los hechos narrados y demás concordantes de la demanda. Se declare que este incumplimiento es una falta al deber de lealtad y un abuso del derecho y de la posición dominante de la sociedad SOMOS K S.A.*

3.2 *Se condene a la sociedad SISTEMAS OPERATIVOS MÓVILES S.A. SOMOS K S.A. a pagar a la sociedad CONVOCANTE TRANSPORTES FUTURO DEL VALLE S.A. TRANSFUVALLE S.A. la suma de CUATRO MIL MILLONES DE PESOS (\$4.000'000.000.00) por el incumplimiento de la cláusula 6 del Acuerdo de Accionistas de la sociedad GRUPO INTEGRADO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. GIT MASIVO S.A., según lo descrito en los numerales 2.6; 2.16; 2.18 a 2.22 de los hechos y demás concordantes, y en aplicación de la Cláusula Penal establecida en el numeral 19.5. numeral ii del Acuerdo de Accionistas citado, pretensión que se da por no cumplimiento de la capitalización en su integridad.*

- 3.3 Se declare que la sociedad SISTEMAS OPERATIVOS MÓVILES S.A. SOMOS K S.A. incumplió la cláusula 6 del Acuerdo de Accionistas de la sociedad GRUPO INTEGRADO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. GIT MASIVO S.A. suscrito el 2 de diciembre de 2014 entre accionistas mayoritarios y minoritarios de dicha sociedad por EL NO APOORTE DE VEINTE MIL MILLONES DE PESOS (\$20.000'000.000.00) como capitalización en acciones, según lo expuesto en el numeral 2.6; 2.16; 2.18 a 2.22 de los Hechos y demás concordataria de esta CONVOCATORIA, por cuanto se pactó hacer una compensación por valor de \$5.070'343.200.00, es decir, que el aporte real como inyección de capital solamente fue de \$14.929'656.800.00, y no los VEINTE MIL MILLONES a que se había comprometido la sociedad SOMOS K S.A. Se declare que este hecho constituye el no pago de la totalidad de la capitalización determinada en el Acuerdo de Accionistas y el no pago de los aportes correspondientes a la suscripción de acciones por parte de SOMOS K S.A. Se declare que este incumplimiento es una falta al deber de lealtad y un abuso del derecho y de la posición dominante de la sociedad SOMOS K S.A.
- 3.4 Se condene a la sociedad SISTEMAS OPERATIVOS MÓVILES S.A. SOMOS K S.A. a pagar a la sociedad CONVOCANTE TRANSPORTES FUTURO DEL VALLE S.A. TRANSFUVALLE S.A. la suma de CUATRO MIL MILLONES DE PESOS (\$4.000'000.000.00) por el incumplimiento de la cláusula 6 del Acuerdo de Accionistas de la sociedad GRUPO INTEGRADO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. GIT MASIVO S.A., según lo expuesto en los numerales 2.6; 2.16; 2.18 a 2.22. de los hechos, y en aplicación de la Cláusula Penal establecida en el numeral 19.5. numeral 1 del Acuerdo de Accionistas citado.
- 3.5 Se declare que la sociedad SISTEMAS OPERATIVOS MÓVILES S.A. SOMOS K S.A. incumplió la cláusula 13 del Acuerdo de Accionistas de la sociedad GRUPO INTEGRADO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. GIT MASIVO S.A. suscrito el 2 de diciembre de 2014 entre accionistas mayoritarios y minoritarios de dicha sociedad por la prestación de servicios complementarios reseñados en las facturas citadas en los numerales 2.29 a 2.40 de los Hechos sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Cláusula 13, del Acuerdo de Accionistas. Se declare que este incumplimiento es una falta al deber de lealtad y un abuso del derecho y de la posición dominante de la sociedad SOMOS K S.A.
- 3.6 Se condene a la sociedad SISTEMAS OPERATIVOS MÓVILES S.A. SOMOS K S.A. a pagar a la sociedad CONVOCANTE TRANSPORTES FUTURO DEL VALLE S.A. TRANSFUVALLE S.A. la suma de CUATRO MIL MILLONES DE PESOS (\$4.000'000.000.00) por el incumplimiento de la cláusula 13 del Acuerdo de Accionistas de la sociedad GRUPO INTEGRADO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. GIT MASIVO S.A. y en aplicación de la Cláusula Penal establecida en el numeral 19.5. numeral iii del Acuerdo de Accionistas citado.
- 3.7 Se declare que la sociedad SISTEMAS OPERATIVOS MÓVILES S.A. SOMOS K S.A. incumplió el Acuerdo de Accionistas de la sociedad GRUPO INTEGRADO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. GIT MASIVO S.A. suscrito el 2 de diciembre de 2014 entre accionistas mayoritarios y minoritarios de dicha sociedad por el no pago de la totalidad como capitalización en acciones a que se había comprometido causando con esa omisión un grave perjuicio a los intereses de los accionistas minoritarios quienes han visto disminuida y/o diluida su inversión en la sociedad GIT MASIVO S.A., perjuicios que deben ser valorados pericialmente, según lo estoy solicitando en el Acápite de PRUEBAS.

3.8 Se declare también que la sociedad SOMOS K S.A. incumplió el Acuerdo de Accionistas tal como quedó reseñado en los Hechos 2.14 a 2.29. lo cual ha causado un grave perjuicio económico a la sociedad por mi Representada.

3.9 Se condene a la sociedad SISTEMAS OPERATIVOS MÓVILES S.A., SOMOS K S.A. a pagar a mi Representada sociedad TRANSPORTES FUTURO DEL VALLE S.A. TRANSFUVALLE S.A. la suma que se determine pericialmente como valor de los perjuicios por el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la sociedad SOMOS K S.A. contenidas en el Acuerdo de Accionistas citado en esta Convocatoria, incumplimientos que constan en los Hechos 2.14 a 2.40 de esta Convocatoria.

3.10 Se declare que la sociedad SISTEMAS OPERATIVOS MÓVILES S.A. SOMOS K S.A. incumplió el Acuerdo de Accionistas de la sociedad GRUPO INTEGRADO DE TRANSPORTE MASIVO S.A. GIT MASIVO S.A. suscrito el 2 de diciembre de 2014 entre accionistas mayoritarios y minoritarios de dicha sociedad por haberse hecho de manera unilateral compensaciones, sin tener derecho a ello, por no haber aportado la totalidad del capital de los VEINTE MIL MILLONES DE PESOS, de acuerdo a lo mencionado en los numerales 2.19 a 2.23 de los hechos.

...”

3. OPOSICIÓN DE LA DEMANDADA FRENTE A LA DEMANDA.

Mediante escrito presentado el 29 de marzo de 2019, la convocada SISTEMAS OPERATIVOS MÓVILES S.A. contestó la reforma a la demanda, oportunidad en la cual negó unos hechos, aceptó otros, se opuso a la totalidad de las pretensiones de la reforma a la demanda; formuló las siguientes excepciones de mérito: **a)** El Acuerdo de Accionistas ha sido cumplido por parte de Somos K, **b)** No concurren los elementos de responsabilidad civil contractual en cabeza de Somos K., **c)** Inexistencia de un daño indemnizable, **d)** Improcedencia del ejercicio de una “posición dominante” por parte de Somos K., **e)** Inexistencia de un abuso del derecho por parte de Somos K, **f)** Improcedencia de la falta al deber de lealtad por parte de Somos K, **g)** La actuación de Transfuvalle constituye una actuación contraria al principio “*venire contra factum proprium non valet*”, **h)** Improcedencia de hacer efectiva la cláusula penal contenida en la cláusula 19.5 del Acuerdo de Accionistas debido al cumplimiento de las obligaciones principales por parte de Somos K y Cláusula Penal enorme, **i)** Cobro por duplicado - AL MENOS - de la cláusula penal, **j)** Indebida acumulación de pretensiones.- Fallo en Derecho, **k)** Jurisdicción. - La Cláusula Arbitral está circunscrita a la comprendida en el Acuerdo de Accionistas, **l)** Cobro de lo no debido, **m)** Violación al postulado de buena fe, **n)** Excepción genérica; con argumentos que constan en el correspondiente escrito y, finalmente, objetó la estimación de la cuantía de las pretensiones.

III. ACTUACIÓN PROBATORIA SURTIDA EN EL PROCESO.

1. El día 11 de junio de 2019 se llevó a cabo la inspección judicial con exhibición de documento en la sede de la empresa SISTEMAS OPERATIVOS MÓVILES S.A.

2. El 14 de junio de 2019 se recibieron las declaraciones de los testigos Miguel Ángel Muñoz Narváez, Guillermo Martín Forero Hermida, (tachado por la parte convocada), William Augusto Rodríguez Betancourt, Álvaro José Muñoz Murillo, Patricia Cárdenas, Adriana Patricia Ortiz Largo y Rodrigo Camacho Godoy.

3. El 8 de agosto de 2019 se recibieron las declaraciones de los testigos Jorge Andrés Gutiérrez Arboleda, Eivar Humberto Vargas Rodríguez, Vicente Gutiérrez Aponte, igualmente se recibió la declaración de parte y el interrogatorio de parte al representante legal de la parte convocada. En esa misma audiencia el apoderado de la parte convocada desistió del interrogatorio de parte al Representante legal de la parte convocante.

4. El 9 de agosto de 2019 se practicó la inspección judicial con exhibición de documento en la sede de la empresa GIT Masivo S. A.

5. El 9 de septiembre de 2019 se recibieron los testimonios de Mónica Shirley Guzmán García y Liliana Velasco Perdomo. En esa misma audiencia el apoderado de la parte convocada desistió del testimonio de José Harvey Hurtado Guerrero y el apoderado de la parte convocante desistió del testimonio de Marco Rincón. De igual manera, en la misma audiencia, se realizó el control de legalidad conforme al artículo 132 del Código General del Proceso sin observación alguna de los apoderados, se declaró concluido el período probatorio y se señaló fecha para la audiencia de alegatos de conclusión.

6. El 17 de octubre de 2019 se realizó la audiencia de alegatos y se señaló fecha para dictar el laudo el día 28 de noviembre de 2019.

Así pues, el trámite del proceso se desarrolló en 13 sesiones, sin incluir la de fallo, en el curso de las cuales, como atrás se reseñó, se practicaron todas las pruebas decretadas, salvo las que fueron desistidas.

IV. LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN PRESENTADOS POR LAS PARTES.

Las partes, luego de concluida la instrucción de la causa, en la forma prevista por el artículo 33 de la Ley 1563 de 2012, acudieron a la audiencia realizada para el efecto. En ella hicieron uso de su derecho a exponer sus conclusiones finales acerca de los argumentos de prueba obrantes en los autos, presentando así mismo los respectivos resúmenes escritos de sus intervenciones y los cuales son parte integrante del expediente.

V. TERMINO PARA FALLAR.

De conformidad con el artículo 10 de la ley 1563 de 2012, cuando las partes no señalan el término para la duración del trámite arbitral, este será de seis (6) meses contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite, lapso en el que deberá proferirse y notificarse incluso, la providencia que resuelve la solicitud de aclaración, corrección o adición. En consonancia con lo anterior, el artículo 11 de la Ley 1563 de 2012 establece que al término del proceso *“se adicionarán los días de suspensión, así como los de interrupción por causas legales”*.

En el presente caso la primera audiencia de trámite tuvo lugar el 29 de mayo de 2019, fecha a partir de la cual se inicia a contabilizar el citado término para proferir la providencia que aclare, corrija o adicione el laudo arbitral, el cual, sin contar las suspensiones, finalizaría el 28 de noviembre de 2019. Sin embargo, y teniendo en cuenta que en reiteradas oportunidades las partes hicieron uso del derecho a suspender el proceso, al mencionado término deberá adicionarse los días en los que el mismo estuvo suspendido, por solicitud conjunta de las partes, así:

Acta	Inicio	Final	Días Suspensión
7	30-05-2019	10-06-2019	7
9	15-06-2019	07-08-2019	35
11	10-08-2019	08-09-2019	19
12	10-09-2019	15-10-2019	25
13	18-10-2019	27-11-2019	27
Total días suspendidos			113

Se tiene entonces que a los seis (6) meses de duración del proceso, se deben adicionar 113 días hábiles de suspensión, como lo establece la ley. Así las cosas, el Tribunal se encuentra en término para fallar pues el plazo para ese efecto vence el quince (15) de mayo de dos mil veinte (2020).

En este orden de ideas, en atención a que la relación procesal existente en el presente caso se ha configurado regularmente y que en su desarrollo no se advierte que se haya incurrido en defecto generador de alguna causal de nulidad, es de rigor decidir sobre el mérito de la controversia sometida a arbitraje por las partes y, en orden a hacerlo, son pertinentes las siguientes

VI. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.

1.- La alegada falta de competencia

1.1.- Aunque en la primera audiencia de trámite el Tribunal se declaró competente para conocer y resolver las pretensiones de la demanda en su versión reformada, es necesario en el presente laudo arbitral reafirmar dicha competencia, en especial por la formulación en el escrito de contestación de la demanda, de la excepción de mérito denominada *“Jurisdicción – La Cláusula Arbitral está circunscrita a la comprendida en el Acuerdo de Accionistas”*.

En virtud de dicho medio exceptivo se afirmó por Somos K que varias de las pretensiones y hechos de la demanda reformada *“hacen alusión al incumplimiento de estatutos sociales o de leyes societarias en GIT Masivo”*, toda vez que, por ejemplo, se le achaca a la Convocada la violación de deberes relacionadas con conflictos de interés de los administradores de la compañía.

Por ello, adujo la convocada que la convocante desconoció con dichas pretensiones que este Tribunal de Arbitraje solamente *“(…) tiene competencia para dirimir controversias relacionadas con el Acuerdo de Accionistas, más no, relacionadas con conflictos entre accionistas y la sociedad o entre éstos y los administradores de GIT Masivo”*.

1.2.- Al respecto, tal y como se dispuso en la primera audiencia de trámite celebrada el 29 de mayo de 2019, específicamente en el Auto No. 9 proferido en dicha audiencia, al revisar las pretensiones de la demanda reformada *“se advierte que todas ellas están encaminadas a que se declare, por diversas razones, el incumplimiento del acuerdo de accionistas suscrito por las partes de este proceso el 2 de diciembre de 2014, y que se condene a la convocada al pago de diversas sumas de dinero como consecuencia de tales pretensiones declarativas. No advierte el Tribunal que en el marco de esas solicitudes –que es el que permite*

establecer el ámbito de la jurisdicción otorgada por las partes al Tribunal y el alcance de su competencia– se estén solicitando pronunciamientos sobre un contrato diferente al que contiene el convenio arbitral, y por ello, la consideración del demandado relativa a que las pretensiones buscan decisiones sobre otros contratos, no resulta de recibo ni constituye sustento para que este Tribunal decline su competencia.”

A pesar de que la anterior providencia no fue recurrida por la parte convocada, en este laudo arbitral debe reafirmarse, como se dijo, la competencia para decidir de fondo todas las súplicas de la demanda en su versión reformada así como las excepciones formuladas respecto de ellas, habida cuenta que el pronunciamiento que habrá de hacerse para la solución del litigio solamente versa sobre el incumplimiento que se le achaca a la convocada del acuerdo de accionistas del 2 de diciembre de 2014 y las consecuencias económicas de dicho incumplimiento.

En efecto, contrario a lo sostenido en la referida excepción de mérito, el Tribunal no debe pronunciarse sobre la vulneración o no de disposiciones de carácter estatutario, ni sobre conductas distintas a aquellas que se enmarcan en el presunto incumplimiento por parte de Somos K del referido negocio jurídico objeto del proceso y de las consecuencias económicas que se derivan del incumplimiento que se le endilga a la convocada.

De manera que en este Laudo Arbitral en modo alguno se harán referencias a la presunta vulneración de disposiciones estatutarias y no se resolverán conflictos jurídicos suscitados entre la sociedad y sus socios y/o administradores, sino simplemente se verificará si Somos K cumplió en la forma y plazo pactados con las prestaciones negociales a su cargo nacidas del acuerdo de accionistas del 2 de diciembre de 2014 y de la forma como este se implementó.

Por lo expuesto, la excepción de mérito intitulada “*Jurisdicción – La Cláusula Arbitral está circunscrita a la comprendida en el Acuerdo de Accionistas*”, será despachada en forma desfavorable y, tal y como lo dispuso el Tribunal en la providencia en comento proferida en la primera audiencia de trámite, se resolverá de fondo la controversia, no solamente porque el litigio se enmarca en las controversias que las partes acordaron someter a decisión arbitral, sino también porque estamos en presencia de asuntos de libre disposición (art. 1º Ley 1563 de 2012).

2.- La tacha de sospecha

2.1.- De acuerdo con lo establecido en el artículo 211 del Código General del Proceso, cualquiera de las partes puede tachar el testimonio de las personas cuya objetividad, credibilidad e imparcialidad se encuentren afectadas por razones de parentesco, dependencias, sentimientos o interés respecto de las partes o sus apoderados; la tacha igualmente cabe cuando el testigo no resulte ser objetivo o pueda estar en condiciones que le hagan perder su imparcialidad, en virtud de sus antecedentes personales o, en general, por cualquier otra causa.

El testigo es un tercero ajeno a la controversia conocedor de los hechos objeto de ella, por lo que su objetividad es fundamental a la hora de narrar al proceso dichos hechos a efectos de que el juez pueda tener noticia de ellos de manera natural, espontánea y libre de sentimientos tendientes a favorecer o desfavorecer a alguno de los extremos de la relación procesal; de ahí que nuestro ordenamiento procesal haya consagrado en la norma en comento la figura de la tacha “de sospecha” como instrumento que busca garantizar precisamente que a la hora de valorar el testimonio el juzgador ponga especial énfasis y atención en determinadas circunstancias que afectan la imparcialidad del declarante.

En este sentido, bueno es recordar que la tacha de un testigo no produce de manera automática la pérdida de valor demostrativo de su declaración, es decir, por el solo hecho de que el testimonio sea tachado ello no implica que el juez deba abstenerse de apreciar dicha declaración.

Ha sostenido la Corte que *“hoy, bien se sabe, la sospecha no descalifica de antemano -pues ahora se escucha al sospechoso-, sino que simplemente se mira con cierta aprensión a la hora de auscultar qué tanto crédito merece. Por suerte que bien puede ser que a pesar de la sospecha haya modo de atribuirle credibilidad a testigo semejante, si es que, primeramente, su relato carece de mayores objeciones dentro de un análisis crítico de la prueba, y, después -acaso lo más prominente- halla respaldo en el conjunto probatorio”*¹

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia 180 de 19 de septiembre de 2001, expediente 6624. En otra decisión, se dijo al respecto que *“(…) no puede considerarse que un testigo, ligado por vínculos de consanguinidad con una de las partes, ‘va a faltar deliberadamente a la verdad para favorecer a su pariente. Esa declaración si bien debe ser valorada con mayor rigor, dentro de las normas de la sana crítica, puede merecer plena credibilidad y con tanta mayor razón si los hechos que relata están respaldados con otras pruebas o al menos con indicios que la hacen verosímil’; que si las personas allegadas a un litigante pueden tener interés en favorecerlo con sus dichos, no puede olvidarse que ‘suelen presentarse a menudo conflictos judiciales en los que sus hechos determinantes apenas si son conocidos por las personas vinculadas con los querellantes y por eso son solamente ellos los que*

En consecuencia, la tacha es un mecanismo que tiene como propósito alertar al juzgador respecto de una declaración testimonial rendida por quien se encuentra en circunstancias relacionadas con el parentesco, la dependencia, la cercanía, la enemistad, el interés en las resultas del proceso, antecedentes de carácter personal y, como se dijo, en general, cualquier circunstancia que afecte la imparcialidad del testigo, a efectos de que el juez sea bastante cuidadoso en la apreciación de dicha prueba y la estudie bajo el entendido de que una de las partes ha desconfiado de la ecuanimidad del declarante.

Por lo anterior, cuando se ha tachado una declaración, el juez debe poner especial empeño en la apreciación del testimonio y valorar dicho medio de prueba de acuerdo con las reglas y postulados de la sana crítica, de manera conjunta con las demás probanzas y, especialmente, verificar la exactitud y credibilidad de su declaración a efectos de verificar la incidencia de los motivos de sospecha.

2.2.- En el presente asunto, la parte convocada tachó el testimonio de Guillermo Martín Forero Hermida, por cuanto, según el dicho del propio testigo, formuló demandas laborales en contra de Somos K, procesos que, aunque finalmente fueron conciliados, le generaron un “bloqueó” para conseguir un nuevo empleo en el mismo sector.

Según lo dijo el testigo, las reclamaciones laborales se dieron por *“un incumplimiento en el pago de una bonificación, que estaba pactado en un correo con Enrique Wolff, la cual no se había llegado”* (sic), por lo que *“se demandó y en el mes de octubre con Enrique Wolff llegamos a un acuerdo en la cual al final tuvo él que pagarme lo que realmente yo estaba pidiendo, en ningún momento pedí más ni menos de lo que era, en ningún momento quise beneficiarme o buscar algo más sino sencillamente lo justo, lo que él me había descontado por vacaciones.”*

Con fundamento en lo anterior, el apoderado de la convocante tachó la declaración, es decir, la tacha se sustentó en la existencia de demandas laborales y en la afirmación, por parte del testigo, de *“que se encuentra bloqueado para conseguir trabajo por las empresas de transporte masivo que no le dan trabajo por la situación de haber presentado unas demandas contra SOMOS”*.

*naturalmente se encuentran en capacidad de transmitirlos a los administradores de justicia’ (...):*Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 31 de agosto de 2010, rad. 2001-00224-01

2.3.- Como se dijo en líneas anteriores, la tacha de un testimonio automáticamente no descalifica la declaración ni impone su exclusión del acervo probatorio, sino que implica una rigurosa valoración de dicho medio de prueba.

Revisada la declaración, encuentra el Tribunal que, a pesar de la existencia de las controversias judiciales, hoy conciliadas, y de la afirmación de que fue “bloqueado” debido a dichas demandas, objetivamente no existen razones que permitan desechar de entrada dicha declaración, habida cuenta que el testigo narró al proceso los hechos que conoció, respondió las preguntas que le fueron formuladas e indicó la razón de la ciencia de su dicho, por lo que el Tribunal valorará y apreciará dicha declaración testimonial con apego a las reglas de la sana crítica y en conjunto con los demás elementos de persuasión.

Si bien es cierto que, en términos generales, las razones esgrimidas en la tacha podrían considerarse suficientes para afectar la imparcialidad del testigo, también es cierto que durante su declaración el testigo narró al Tribunal los hechos de que tuvo conocimiento sin que de entrada se advierta que su declaración estuvo sesgada, motivo por el cual, como ya se dijo, apreciará dicha prueba en el presente laudo arbitral.

En consecuencia, el Tribunal no desechará la declaración en virtud de la tacha formulada por la convocada y, como se indicó, la valorará con arreglo a la ley en el presente laudo arbitral.

3.- La objeción al dictamen pericial elaborado por Yobanni Alfonso Tapias

3.1.- Con la reforma de la demanda la parte convocante aportó el dictamen pericial elaborado por Yobanni Alfonso Tapias, cuyo objeto, según se lee a partir del folio 37 del cuaderno 1.2., es la determinación del *“daño material y los perjuicios ocasionados con la ejecución y puesta en marcha”* del acuerdo de accionistas materia de este litigio.

3.2.- La parte convocada al contestar la demanda reformada solicitó el interrogatorio del perito Yobanni Tapias con fines de contradicción y, además, aportó dictamen pericial elaborado por Guillermo Sarmiento y Enrique Villota, de la firma “Strategas Consultores S.A. (obrante a folios 174 y siguientes del mismo cuaderno), actos procesales con los que, según su dicho, dejó *“planteada la*

objeción por error grave” en contra del citado dictamen. Posteriormente, desistió del interrogatorio al perito.

3.3.- De acuerdo con lo establecido por el artículo 228 del Código General del Proceso, *“En ningún caso habrá lugar a trámite especial de objeción del dictamen por error grave”*. Esta norma establece con claridad que el dictamen pericial puede ser objetado por error grave, como una forma de controvertirlo, cuando quiera que las conclusiones del mismo son el fruto de graves yerros en los que incurrió el perito en la elaboración de su dictamen. Esos yerros pueden ser demostrados, sin que haya lugar a trámite y procedimiento especial, conforme a lo establecido en la misma disposición, a través del interrogatorio que en audiencia se le formule al perito, a través de un nuevo dictamen pericial o mediante las dos actuaciones anteriores.

En el presente caso, luego de haber desistido del interrogatorio al perito Yobanni Tapias, la parte convocada pretende probar el error grave que se le atribuye con el dictamen elaborado por Guillermo Sarmiento y Enrique Villota, error que, según el referido dictamen, se hizo consistir en que (i) no acompañó las memorias de cálculo para determinar las acciones a compensar ni el valor de cada una de los acciones; (ii) no se tuvo en cuenta el contrato de compraventa de acciones para la estimación del lucro cesante; (iii) para la determinación del valor de cada acción se confundió una operación de compraventa de acciones con una operación de capitalización; (iv) no se presentaron soportes de las afirmaciones contenidas en el dictamen, como tampoco que se hubiese realizado una inspección metodológica o se hubiese solicitado información a GIT Masivo.

3.4.- Según lo tiene entendido la jurisprudencia², el error grave es aquel que afecta de manera notoria las conclusiones del dictamen, de tal suerte que las convierte en contraevidentes; no se trata de cualquier yerro interpretativo en que puede

² Al respecto, ha dicho la Corte Suprema de Justicia: *“El estudio de la contradicción de la prueba por error grave se justifica, además, en aquellos casos en que aparezca con notoriedad que el perito no aplicó su propio discernimiento, omitió o utilizó reglas distintas del conocimiento, no vio, supuso o cercenó la materia del dictamen”*. Sala de Casación Civil, sentencia del 15 de junio de 2016, SC7817-2016. En Auto del 8 de septiembre de 1993, también dijo la Corte: *“si se objeta un dictamen por error grave, los correspondientes reparos deben poner al descubierto que el peritazgo tiene bases equivocadas de tal entidad ó magnitud que imponen como consecuencia necesaria la repetición de la diligencia con intervención de otros peritos”* (G. J. Tomo LII, pág. 306) pues lo que caracteriza desaciertos de ese linaje y permite diferenciarlos de otros defectos imputables a un peritaje, *‘es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciado equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven’* G. J. Tomo CCXXV, segunda parte, pág. 445.

incurrir el perito, sino que debe tratarse de una equivocación mayúscula que, de no haberse incurrido en ella, las conclusiones de la experticia habrían sido totalmente diferentes. Para que el error sea grave debe ser determinante en las conclusiones del dictamen, pues es frecuente que a la hora de sustentar su trabajo el perito incurra en yerros que no tengan trascendencia alguna o cometa algunas imprecisiones metodológicas que, desde luego, le restan valor demostrativo a la prueba, pero no se consideran error grave.

Es por lo anterior que a la hora de valorar un dictamen pericial el juez, además de aplicar las reglas de la sana crítica, debe tener en cuenta varios aspectos, tales como la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de los fundamentos expuestos por el perito, así como la idoneidad del mismo. De igual forma, como lo enseña el artículo 232 del Código General del Proceso, también debe tenerse en cuenta el comportamiento del perito en la audiencia, cuando quiera que ha sido citado a ella.

Las informaciones y declaraciones que debe contener todo dictamen, las cuales aparecen desarrolladas en el artículo 226 del Código General del Proceso, constituyen elementos de juicio importantes para que el juez pueda igualmente apreciar no solamente la veracidad y eficacia demostrativa de las conclusiones del dictamen, sino también para que pueda tenerse en cuenta la idoneidad e imparcialidad del perito.

En consecuencia, fruto de la valoración de la prueba pericial (valoración que debe hacerse con apoyo en los elementos ya indicados) es posible que el juez encuentre que el dictamen no le ofrece mayor credibilidad, bien sea porque las fuentes de información no fueron confiables, porque las explicaciones dadas por el perito no son lo suficientemente contundentes, porque los fundamentos no son exhaustivos y, en general, porque los análisis, experimentos, estudios e investigaciones no permiten darle a las conclusiones la credibilidad necesaria, sin que ello implique que el perito haya incurrido en un error grave. Expresado en otras palabras, la valoración objetiva del dictamen por parte del juzgador puede conducir a que se llegue a la conclusión que aquél no ofrece credibilidad, pero ello no necesariamente supone la existencia de un error grave.

3.5.- En el presente caso, a través del dictamen pericial elaborado por Guillermo Sarmiento Useche y Enrique Villota Leguizamón, de la firma Strategas Consultores S.A., se ponen de presente imprecisiones metodológicas del dictamen

elaborado por Yobanni Tapias y se le achaca a dicho dictamen la falta de documentación que pueda servirle de soporte a las conclusiones allí incorporadas, pero en modo alguno se demuestra que el perito Tapias haya incurrido en un verdadero error grave.

De lo anterior se sigue que no se acreditó de manera fehaciente que el perito Yobanni Tapias hubiese incurrido en un error grave, lo cual no obsta para que a la hora de valorar el dictamen se tenga en cuenta la falta de sustento que se le achacó al mismo, si fuera del caso hacer tal valoración.

En este orden de ideas, el Tribunal no declarará probada la objeción por error grave formulada en contra del dictamen pericial presentado por Yobanni Tapias, y procederá a continuación, a abordar el estudio de los temas que corresponden al fondo de la controversia.

4.- Antecedentes del acuerdo de accionistas – Estudio de las alegaciones sobre la falta al deber de lealtad, el abuso de la posición dominante y el abuso del derecho

Procede el Tribunal a resolver las alegaciones formuladas por la convocante en las que sostiene que, para la celebración del acuerdo de accionistas, la parte demandada incurrió en una falta al deber de lealtad, en un abuso de posición dominante y en un abuso del derecho.

En primer lugar, se realizarán unas breves precisiones conceptuales sobre cada una de esas figuras, posteriormente se analizará lo ocurrido durante la negociación y la celebración del referido acuerdo, para finalmente concluir si los requisitos exigidos para la configuración de cada una de esas instituciones se encuentran cumplidos en este caso.

4.1.- Precisiones Conceptuales

4.1.1.- El deber de lealtad

En el texto de la demanda el apoderado de la parte convocante ha insistido en que la demandada faltó al deber de lealtad y sobre esa base ha edificado algunas de sus pretensiones. Y si bien en el alegato de conclusión no desarrolla el concepto específico del deber de lealtad, el Tribunal entiende, al igual que lo hace la doctrina, que cuando se refiere al incumplimiento de ese deber, se está refiriendo

a una supuesta falta al deber de comportarse de buena fe durante la etapa previa al contrato y durante su ejecución.

En efecto, la doctrina, al referirse al “deber de lealtad” ha sostenido lo siguiente:

“Vamos a mencionar a continuación algunos de los deberes secundarios de conducta que mayor importancia han adquirido en el tráfico jurídico, precisando que no haremos referencia a ciertos deberes genéricos que la doctrina reseña en algunas ocasiones, tales como el “deber de lealtad” o el “deber de ejecutar el contrato”, toda vez que consideramos que ellos corresponden, en el primer caso, al propio principio de buena fe y, en el segundo, se confunden con el oportuno y eficaz cumplimiento de lo pactado, lo cual no nos parece que sea algo complementario o secundario a los deberes de prestación, sino que configura el núcleo mismo de la actividad principal de los contratantes.”³

Así, entiende el Tribunal que, para el demandante, Somos K faltó al deber de actuar de buena fe durante las etapas previas a la celebración del contrato e igualmente durante su ejecución, con lo cual le ocasionó los perjuicios que en este proceso reclama.

Sobre el deber de lealtad o la actuación de buena fe, es importante desatacar que el ejercicio de la autonomía de la voluntad impone a las partes contratantes ciertas cargas y ciertos límites. Bajo esta premisa, señala el artículo 1603 del Código Civil *“los contratos deben ejecutarse de buena fe y, por consiguiente, obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todo lo que emana precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenece a ella.”*

Por su parte, el Código de Comercio precisa que en materia contractual no es sólo la ejecución del contrato la que está sometida a aquel principio, sino también su celebración.

El artículo 871 del estatuto mercantil dispone *“Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural”*.

De los citados preceptos se desprende que el principio de la buena fe, obliga a los sujetos negociales a comportarse con rectitud, lealtad, transparencia y claridad no solamente durante la celebración del contrato sino durante su ejecución.

³ Solarte Rodríguez, Arturo “La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta” Vniversitas, núm. 108, diciembre, 2004, página 306 Pontificia Universidad Javeriana Bogotá, Colombia

La aplicación de la buena fe en materia negocial implica para las partes en el contrato la observancia de una conducta enmarcada dentro del contexto de los deberes de aclaración, corrección, claridad y recíproca lealtad, para permitir la realización de los efectos finales buscados con el contrato.

Y precisamente sobre el actuar de buena fe, la doctrina ha sostenido que conlleva, por encima de cualquiera otra consideración, una exigencia objetiva de corrección diligente, lealtad y solidaridad en el comportamiento de las partes en su mutua relación *“...desde el inicio de los tratos preliminares hasta momentos incluso ulteriores a la terminación del contrato...”*⁴

4.1.2.- El abuso de la posición dominante

Mucho se ha discutido sobre la figura del abuso de la posición dominante en relación con la cual el Tribunal considera pertinente realizar una precisión inicial, consistente en que uno es el abuso de la posición dominante de mercado – que no es el caso que aquí se invoca – y otro es el abuso de la posición dominante contractual que es el que el demandante alega como sustento de sus pretensiones.

La primera de esas figuras se encuentra definida por el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, norma según la cual, la posición dominante es la *“posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado.”*

Seguidamente, en el artículo 50 de dicho decreto, se indica que existe abuso de posición dominante cuando se incurre en las siguientes conductas:

“1. La disminución de precios por debajo de los costos cuando tengan por objeto eliminar uno o varios competidores o prevenir la entrada o expansión de éstos.

2. La aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor de condiciones análogas.

3. Los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constituyan el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido por otras disposiciones.

⁴ Jorge López Santa María. Los Contratos Parte General, Cap. 6º n. 62.

4. La venta a un comprador en condiciones diferentes de las que se ofrecen a otro comprador cuando sea con la intención de disminuir o eliminar la competencia en el mercado.

5. Vender o prestar servicios en alguna parte del territorio colombiano a un precio diferente de aquel al que se ofrece en otra parte del territorio colombiano, cuando la intención o el efecto de la práctica sea disminuir o eliminar la competencia en esa parte del país y el precio no corresponda a la estructura de costos de la transacción.

6. Obstruir o impedir a terceros, el acceso a los mercados o a los canales de comercialización.”

En lo que respecta a la posición dominante contractual se dice que quien la detenta se encuentra en una situación ventajosa frente a su contraparte contractual que le permite imponer ciertas estipulaciones. Esa situación ventajosa puede derivar no solo del poder económico que detente sino de la naturaleza del servicio que presta y de la posibilidad de poder obtenerlo con otro contratante, entre otros.

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido lo siguiente:

“En la formación del contrato y, específicamente, en la determinación de las cláusulas llamadas a regular la relación así creada, pueden darse conductas abusivas, ejemplo prototípico de las cuales 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.”⁵

Así, se trata de figura bien diferenciadas respecto de las cuales la doctrina ha sostenido:

“Se ha señalado que el abuso de posición dominante tiene una naturaleza bifronte en la medida en que se puede expresar en relaciones jurídicas provenientes o derivadas de un negocio jurídico o se puede expresar en el mercado. En líneas generales, se puede decir que el abuso de posición dominante contractual se presenta por lo regular entre no competidores, en tanto que el de mercado tiene o puede tener incidencia entre competidores, pero en él está involucrado el interés general de la libre competencia económica. Así mismo, el primero puede ser calificado y censurado por cualquier juez permanente o transitorio, tratándose de árbitros; en cambio, respecto del abuso de posición dominante en el mercado hay si se quiere un control no difuso sino especializado en la medida que sólo puede ser declarado por entes u organismos especializados del sector público o por los

⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 de febrero de 2001. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo.

jueces mediante el ejercicio de una acción especial de stirpe constitucional.”

6

Para el Tribunal es claro que la argumentación invocada como sustento de la demanda en este punto refiere, entonces, al supuesto abuso de posición dominante contractual y sobre esa figura, habrá de analizar más adelante, si esa circunstancia se presentó en este caso.

4.1.3.- El abuso del derecho

La figura del abuso del derecho tiene fundamento normativo en el artículo 95 de la Constitución Política, en el que se establece el deber de *"respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios"*.

Por su parte, el artículo 830 del Código de Comercio, señala *"el que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause."*

En realidad, la norma transcrita no especifica en qué consiste el abuso del derecho, pero sí establece la consecuencia jurídica de su configuración, cual es la indemnización de los perjuicios por parte de quien abuse de sus derechos.

Han sido la jurisprudencia y la doctrina las llamadas a delimitar y analizar los elementos que componen esta fuente de obligaciones.

Según el doctor Gabriel Escobar Sanín *"(...) el abuso del derecho consiste en ejercer un derecho subjetivo en sentido contrario al fin propio de cada institución, es decir, cuando se realiza un acto antifuncional contrario al espíritu de un derecho determinado, sin beneficio propio razonable y con perjuicio ajeno, o haciendo uso del medio más nocivo para un tercero."*⁷

A su turno, el doctor Jorge Suescún Melo considera que *"(...) ha de analizarse la intención del titular para precisar, sobre este punto subjetivo, si el móvil determinante de aquel fue causar daño, en cuyo caso se hubiera incurrido en ejercicio abusivo del derecho. O deberá apreciarse si el mencionado titular obró con interés serio y legítimo, esto es, buscando el fin económico y social a que*

⁶ RENGIFO GARCÍA, Ernesto. *"Del abuso del Derecho al Abuso de la Posición Dominante"*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá 2004; págs. 401 y 402

⁷ ESCOBAR SANIN, Gabriel. *Negocios Civiles y Comerciales*, Tomo II, Ed. DIKE, 1994, p. 268.

*normalmente está dirigido el derecho de que se trate; en caso contrario se concluirá que actuó sin un interés importante y genuino y si con ello produce perjuicios a terceros, se estará en la hipótesis de un hecho ilícito generador de responsabilidad civil.”*⁸

El abuso del derecho se configura pues cuando se presenta al menos uno de los siguientes eventos (i) el titular de un derecho, conferido por un contrato o por una ley, lo ejerce con el ánimo de dañar a otro, es decir, con un propósito o finalidad nociva o (ii) el titular de un derecho conferido por un contrato o por una ley, lo ejerce de tal manera que se “(...) desvía la finalidad normal del mismo, bien sea la social o económica, ya se trate de negocios jurídicos de colaboración o de contraprestación.”⁹

Una destacada decisión de la Corte Suprema de Justicia sostuvo que el abuso del derecho es predicable en el campo de la responsabilidad contractual y ratificó los lineamientos anteriores cuando determinó que “(...) *no se conforma el derecho con el ejercicio de las facultades que con arreglo a las normas nos corresponden; exige que las mismas sean ejercidas no sólo sin perjuicio de los demás, del todo social, sino también con la intención de no dañar (sic) con un fin lícito y moral simultáneo.*”¹⁰

Así, los derechos deben ser ejercidos de tal manera que no pueda existir el ánimo de dañar a otro, ni propósitos o finalidades nocivas ni desviaciones en la finalidad social o económica de aquellos, pues de lo contrario a su titular se le puede generar responsabilidad por los perjuicios que se puedan irrogar de su conducta abusiva.

4.2.- Lo ocurrido durante la negociación y celebración del acuerdo de accionistas

Precisados brevemente los conceptos invocados en la demanda como atribuibles a Somos K, procede el Tribunal, sobre la base de las pruebas allegas al expediente, a analizar lo ocurrido durante la negociación y celebración del acuerdo accionistas, para lo cual resulta fundamentalmente necesario revisar las Actas de

⁸ SUESCUN MELO, Jorge. Derecho Privado: estudios de derecho civil y comercial contemporáneo, Tomo I, Ediciones Cámara de Comercio y UNIANDES, 1996, p. 19.

⁹ ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Contratos Mercantiles, Tomo I, Ed. DIKE, 1997, p. 65.

¹⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, Sentencia del 19 de octubre de 1994. M.P. Carlos Esteban Jaramillo.

Asamblea y de Junta Directiva de GIT Masivo, en las que se hayan adoptado decisiones relacionadas con el referido acuerdo. De la prueba documental allegada al expediente resulta pertinente destacar la siguiente:

4.2.1.- En el Acta No. 20 de la Asamblea General Extraordinaria de Accionistas de GIT Masivo celebrada el 25 de julio de 2012¹¹, se manifestó la necesidad de decidir sobre el ingreso de un nuevo socio a través acudiendo a la figura de una capitalización. Para este efecto fue presentada la propuesta remitida por la sociedad Envía S.A., luego de lo cual se sometió a votación su ingreso como nuevo socio a través de la capitalización de la sociedad hasta en un 25% del capital suscrito y pagado mediante aporte en dinero de hasta \$31.666.600, propuesta que fue aprobada por el 99.14 % de las acciones. Acto seguido se sometió a votación la propuesta relacionada con aprobar el aumento de capital autorizado a la suma de \$95.000.000.000 y reformar los estatutos en el sentido de modificar el artículo correspondiente al capital, la cual fue aprobada por el 99.14% de las acciones. Seguidamente, se sometió a votación la propuesta respecto de (i) aprobar la capitalización de GIT Masivo S.A. hasta 31.666.600; (ii) emitir una cantidad de acciones de hasta 2.166.666, cada una con valor nominal de \$10.000 y una prima de colocación de acciones hasta de un valor de \$10.000.000.000, por un valor de cada acción de \$5.000. Dicha propuesta fue aprobada por el 99.14 % de las acciones suscritas y pagadas. Así mismo, se propuso renunciar al derecho a suscribir preferencialmente tanto las acciones emitidas como resultado de la decisión de capitalización aprobada, como las que se encuentren en reserva, propuesta que fue aprobada con el mismo porcentaje de acciones. Finalmente se aprobó la propuesta relacionada con la autorización al representante legal de la sociedad para realizar todos los trámites necesarios dentro del proceso de capitalización por parte de la sociedad Envía S.A.

4.2.2.- Posteriormente, en el Acta No. 21 de la Asamblea General Extraordinaria de Accionistas de GIT Masivo celebrada el 10 de septiembre de 2012¹², se observa que los socios propusieron no firmar el acuerdo de accionistas preparado para suscribir con la sociedad Envía S.A., por considerar inconveniente una reforma actual de los estatutos y seguir las recomendaciones de la comisión de junta directiva, en las que se sugiere fijar nuevas estrategias para la consecución de recursos y explorar nuevas opciones de inversionistas, propuesta que fue aprobada por el 100% de las acciones presentes a la reunión.

¹¹ Folios 57 a 72 del Cuaderno 1.1 Contestación Demanda.

¹² Folios 73 a 80 del Cuaderno 1.1 Contestación Demanda

4.2.3.- En el Acta No. 26 de la misma Asamblea General Extraordinaria de Accionistas de GIT Masivo que tuvo lugar el 23 de abril de 2014¹³, se expuso la grave situación de la sociedad y se presentaron tres opciones para solucionarla a saber, (i) capitalizar por parte de los accionistas actuales; (ii) facilitar el ingreso de un nuevo socio; (iii) intervención como posible liquidación. Acto seguido se sometió a votación la propuesta relacionada con la reforma de los estatutos sociales y ajustar el valor nominal de la acción a \$6.674, proposición que no fue aprobada con votación del 92% de las acciones.

Seguidamente se propuso un aumento del capital autorizado, en la suma de \$40.000.000.000 y la consecuente reforma de los estatutos, proposición que fue aprobada con el 100% de las acciones. Finalmente, se propuso en esa reunión, que se autorizara a la gerencia de la sociedad para continuar contactando interesados en ingresar como nuevos accionistas y de esa forma seleccionar la mejor propuesta, previa aprobación de la asamblea, con el fin de lograr el ingreso de un nuevo socio, propuesta que fue aprobada por el 92% de las acciones.

4.2.4.- El 8 de julio de 2014 Somos K presentó a GIT Masivo y sus accionistas una oferta, tanto para capitalizar la compañía como para adquirir acciones en poder de aquellos¹⁴.

4.2.5.- Casi cuatro meses después de la reunión de Asamblea referida en el punto 3.2.3, en una nueva reunión de la Asamblea General Extraordinaria de Accionistas de GIT Masivo el 13 de agosto de 2014¹⁵, el Acta No. 27 de esa reunión da cuenta de que se sometió a votación la propuesta presentada por la sociedad Somos K el 8 de julio de 2014, en la cual se ofreció capitalización de la sociedad en \$20.000.000.000, a valor intrínseco de la acción con corte al 30 de junio de 2014, que fueron aprobados en esa misma reunión. Tal valor intrínseco quedó establecido en la suma de \$6.396. Se manifestó en dicha sesión que la propuesta de Somos K fue seleccionada por la gerencia y aceptada por unanimidad por la Junta Directiva de GIT Masivo, pero debido que dicha propuesta requería una previa aprobación de la Asamblea, tal y como se dispuso en el Acta No. 26 de 2014, se sometió a votación la propuesta, que fue aprobada por el 100% de las acciones.

¹³ Folios 81 a 89 del Cuaderno 1.1 Contestación Demanda.

¹⁴ Folios 23 y 24 del Cuaderno No. 3 Pruebas.

¹⁵ Folios 90 a 100 del Cuaderno 1.1 Contestación Demanda.

Se precisó adicionalmente que, en desarrollo de la negociación con Somos K, era necesario el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- La suscripción de un acuerdo de accionistas, cuyo borrador fue circulado entre los accionistas previo a la asamblea y el cual se propone firmar.
- La firma del contrato de compraventa de acciones, el cual, también fue circulado entre los accionistas.
- La aprobación por parte de la Junta Directiva del Reglamento de Colocación de Acciones para que Somos K pueda capitalizar en la sociedad en la suma de \$20.000.000.000.

Así mismo, se especificó que el acuerdo de accionistas contenía entre otros aspectos los siguientes puntos:

1. El control de GIT Masivo lo asumiría 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 comprometerían a contribuir con lo que esté a su alcance para lograr la chatarrización de todo transporte público colectivo tradicional que aún quede en la ciudad de Cali.
3. Se darían todas las facilidades y facultades al personal que Somos K determine en unión de la junta directiva, para la negociación con Metro Cali de las cláusulas contractuales que se requiere modificar para garantizar un buen desarrollo del negocio.
4. Somos K tendría todos los derechos económicos y políticos inherentes a las acciones objeto del negocio contenido en la oferta.
5. La oferta se aceptaría como un todo.

Finalmente, respecto de las condiciones del ingreso como nuevo socio de Somos K, se acordó:

“Somos K suscribirá \$20.000 millones de pesos en acciones de GIT MASIVO a valor nominal, lo cual genera una diferencia en contra de Somos K con respecto a la oferta presentada el 08 de julio de 2014 y aceptada en la misma fecha por la junta Directiva de GIT MASIVO, la cual se ratifica en todos sus puntos en la presente asamblea.

Tal como está estipulado en la oferta aceptada por junta directiva de fecha julio 08 de 2014, la cual se anexa a la presente acta, los accionistas de GIT MASIVO deberán vender el 10% de su participación accionaria a valor intrínseco según los estados de financieros de junio 30 de 2014 equivalente a

\$6.396 pesos por acción a somos K, ratificándose para dicha cesión de acciones el levantamiento del Derecho de Preferencia a favor de somos K.

Considerando que los Estatutos de GIT MASIVO prohíben que la capitalización se haga un valor inferior al valor nominal de la acción hoy de \$10.000, somos K acepta capitalizar la suma de \$20.000 millones suscribiéndoles 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 la negociación de modificación del Contrato de Concesión No 01 de 2006, asumiendo GIT MASIVO el costo fiscal correspondiente, al mecanismo de la 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 sea el mínimo posible entre todas alternativas.

- Si dentro de los (6) seis 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 emisión como pago, teniendo siempre como único fin que el costo fiscal de la operación sea el mínimo posible entre todas las alternativas.”

4.2.6.- El 14 de agosto del año 2014¹⁶ se reunió nuevamente la Junta Directiva de GIT Masivo y en esa sesión quedó claro que se realizó un análisis y una aprobación del acuerdo de accionistas que debía suscribirse con la sociedad Somos K. El Acta de esa reunión da cuenta de que en ella se discutieron en detalle todos los puntos contentivos del acuerdo.

4.2.7.- El 20 de agosto de 2014 tal y como da cuenta el Acta No 164¹⁷ de reunión de Junta Directiva de GIT Masivo S.A., se presentó y aprobó por unanimidad el Reglamento de Colocación de Acciones que instrumentaría la capitalización acordada con Somos K.

4.2.8.- Luego, la Asamblea General de Accionistas de GIT Masivo en reunión del 9 de septiembre de 2014, que consta en el Acta No. 028 de dicho órgano¹⁸, aprobó la reforma de los estatutos sociales para ajustar el valor nominal de la acción de \$10.000 a \$6.396 y, de esta manera, efectuar la capitalización de la compañía en los términos de valor por acción acordados con Somos K.

¹⁶ Folios 157 a 163 del Cuaderno 1.1 Contestación Demanda.

¹⁷ Folios 170 a 176 del Cuaderno 1.1 Contestación Demanda.

¹⁸ Protocolizada en la escritura pública número 3453 del 17 de septiembre de 2014, otorgada en la Notaría Octava del Círculo de Cali, folios 197 a 216 del Cuaderno 1.1. Contestación de la Demanda.

4.2.9. En la siguiente reunión de Junta Directiva, que tuvo lugar el 12 de septiembre de 2014¹⁹, se discutió y aprobó nuevamente el Reglamento de Emisión y Colocación de Acciones, que tenía en consideración la reforma antes señaladas, y se suspendió la reunión en la medida en que se presentó una discusión entre Somos K y los accionistas de GIT Masivo sobre el porcentaje de participación que debía otorgarse a aquel.

4.2.10. El 14 de noviembre de 2014²⁰ en una nueva Asamblea Extraordinaria de GIT Masivo, los socios de esa empresa ratificaron los términos del acuerdo de accionistas a suscribir con Somos K.

4.2.11.- Paralelamente a lo ocurrido en las numerosas Asambleas Extraordinarias celebradas en el año 2014, en la Junta Directiva de GIT Masivo, también se discutió en varias oportunidades el contenido del acuerdo de accionistas que habría de celebrarse con la sociedad Somos K. Así, por ejemplo, en el Acta No. 161 de 28 de julio de 2014²¹, se revisaron dos versiones del referido acuerdo y se dejó constancia de que un *“grupo de empresas socias se reunió el fin de semana para evaluar el borrador del documento de acuerdo de accionistas redactado por Somos K”* y presentó una propuesta de cambios. Así mismo el Acta de esa reunión de Junta Directiva da cuenta de que sus miembros discutieron el porcentaje total de capital que debía corresponder a Somos K.

4.3.- Conclusión

El anterior recuento probatorio permite establecer que contrario a lo manifestado en la demanda y en los alegatos de conclusión, el acuerdo de accionistas celebrado entre Somos K y los socios de GIT Masivo, no resultó de una imposición o abuso de aquella, sino que el mismo fue estudiado, analizado y corregido en varias oportunidades tanto por los socios reunidos en varias Asambleas Extraordinarias, como por la Junta Directiva y sus asesores.

No encuentra el Tribunal prueba en el expediente que le permita concluir que el acuerdo de accionistas fue impuesto por la demandada ni que el mismo haya sido fruto de una actuación abusiva o desleal de aquella, pues como dan cuenta los

¹⁹ Folios 177 a 188 del Cuaderno 1.1 Contestación Demanda.

²⁰ Folios 101 a 112 del Cuaderno 1.1 Contestación Demanda.

²¹ Folios 151 a 156 del Cuaderno 1.1 Contestación Demanda.

documentos antes mencionados, la realidad de lo ocurrido pone en evidencia que para su celebración se realizaron numerosas discusiones entre los socios de GIT Masivo, y entre estos y Somos K, y se adelantaron múltiples sesiones en las que se revisaron su contenido y alcance sin que aparezca en el expediente prueba alguna de un acto de fuerza de Somos K o de la desviación de su derecho de negociación, sino que bien por el contrario, se advierte, especialmente en la prueba documental, que para la conclusión de ese negocio, las partes tuvieron un amplio espacio de discusión. Es más, sobre este aspecto se refirió el testigo de la parte demandante, Miguel Ángel Muñoz Narváez, quien para la época era representante legal de la demandante, en los siguientes términos:

“DR. FALLA: El acuerdo de accionistas fue puesto en conocimiento de ustedes como accionistas de TRANSFUVALLE y ustedes tuvieron oportunidad de revisarlo, discutirlo, y hacer modificaciones?

SR. MUÑOZ: Sí después de todo ese proceso aparece hicimos toda la socialización del plazo y la organización.

DR. FALLA: Eso quiere decir que ese acuerdo no fue impuesto y sometido y obligado a que ustedes lo firmaran por parte de SOMOS K?

SR. MUÑOZ: Entiendo que si es un acuerdo tiene que haber al final una conciliación entre todos para estar de acuerdo.

DR. FALLA: Usted puede indicarle al Tribunal cuál fue el término de negociación, desde cuándo se entregó la primera versión del acuerdo de accionistas hasta su firma en diciembre del 2014? Si lo recuerda.

SR. MUÑOZ: No perfectamente pero sí hubo varias lecturas, socialización y todo esto, lo entregaron y cada uno fue firmando.”

También la testigo de la demandante, Liliana Velasco Perdomo, se refirió a este asunto en similares términos, como puede verse:

“SRA. VELASCO: (...) Cuando uno observa ese tipo de situación donde se empieza a ver los recursos, se empieza a ver la recuperación de la flota, se empieza a girar los pagos a los empleados tanto de administración como de operadores, la cosa empieza a tener digámoslo así una tensa calma, y digo tensa calma porque todavía faltaba un punto esencial, y era que esa aprobación de ese socio estratégico que a través de la junta directiva fue aprobada también fue ratificada por la asamblea, se llevó a cabo una posterior asamblea donde se aprobó ese ingreso de un nuevo socio pero bajo las condiciones que ese nuevo socio también estableció, esas condiciones se dieron de la siguiente manera, de las que alcanzo yo a recordar en este momento: Ellos capitalizaban los 20.000 millones de pesos a valor intrínseco de la acción, la diferencia entre el nominal y el intrínseco generaba una compensación, una compensación que sería pagada en un plazo determinado o bien por recursos que llegaran desde METRO CALI o bien por algún otro mecanismo que la misma junta directiva que fue delegada por la asamblea encontrara viable, asumiendo los costos fiscales de esa transacción, eso le correspondía también a GIT Masivo, también nos veíamos abocados cada uno de los socios a hacer la venta del 10% de nuestra participación a favor de SOMOS K, y teníamos que suscribir un acuerdo de accionistas, las empresas socias de GIT tenían que suscribir ese acuerdo de accionistas, un acuerdo de accionistas en borrador que se entregó, que se debatió por muchos meses porque nosotros aprobamos esa oferta en junio pero el acuerdo de accionistas se viene a firmar en el mes de diciembre después de que se han

discutido un sin número de borradores, se han hecho ajustes de parte y parte; los socios digamos de Cali, porque los socios que llega de SOMOS K es de Bogotá, todos los demás teníamos nuestro asiento en la ciudad de Cali, conformamos unas mesas de trabajo con abogados para nosotros empezar a revisar la redacción de ese documento y tratar de llegar a un punto donde las partes estuviéramos de acuerdo, una vez ese documento que ya se redactó y que obtuvo todos los ajustes pertinentes lo suscribimos y tiene una vigencia de cinco años lo cual está a vencer en este año. Ese documento es tan amplio que prácticamente se convierte como en la, cuál sería la frase adecuada, como la ruta a seguir en el gobierno corporativo.”

Y lo mismo fue declarado por Mónica Shirley Guzmán García, quien tuvo la calidad de empleada de GIT Masivo y luego de representante legal de la demandante:

“DR. FALLA: *Le voy a hacer una pregunta de lo que se afirma aquí en este Tribunal. SOMOS K, y usted fue miembro de la junta directiva, SOMOS K impuso el acuerdo de accionistas y no hubo oportunidad por parte de TRANSFUVALLE de discutir el acuerdo de accionistas entre el período comprendido julio del 2014 a diciembre de 2014?*

SRA. GUZMÁN: *Imponer, no.*

DR. FALLA: *Ok. Hubo oportunidad de que los diferentes accionistas revisaran el acuerdo de accionistas, lo negociaran, propusieran fórmulas de cambio en el clausulado del acuerdo de accionistas?*

SRA. GUZMÁN: *Sí.”*

En los anteriores términos, es claro que no existe prueba de que en la celebración del acuerdo de accionistas, la demandada haya faltado al deber de lealtad o de buena fe contractual, ni que haya ejercido una posición dominante o abusiva, por lo cual, el Tribunal no podrá acceder a declarar la ocurrencia de unas tales conductas y procederá, en consecuencia, a acceder a declarar probadas las excepciones denominadas por la convocada “Improcedencia del ejercicio de una “posición dominante” por parte de Somos K”, “Inexistencia de un abuso del derecho por parte de Somos K” e “Improcedencia de la falta al deber de lealtad por parte de Somos K”.

5. Análisis de las cláusulas 6 y 13 del acuerdo de accionistas y las obligaciones que se derivan de ellas a cargo de Somos K – Estudio de las alegaciones de incumplimiento de la demandada que fueron efectuadas por la demandante

Aun cuando del denominado por las partes acuerdo de accionistas surgen diversas obligaciones a cargo de la convocada, las pretensiones de la demanda se relacionan únicamente con aquellas que aparecen reguladas en las cláusulas 6 y 13 del citado acuerdo de accionistas. Las pretensiones 3.1; 3.3., 3.7, 3.8 y 3.10 se

refieren específicamente a declaraciones de incumplimiento en el pago de la capitalización estipulada en la cláusula 6 del acuerdo de accionistas y la 3.5. a la declaración de incumplimiento de lo previsto en la cláusula 13 por prestación de servicios complementarios por parte de la convocada a la sociedad GIT Masivo, sin el cumplimiento de los requisitos previstos en el citado acuerdo. Las demás pretensiones resultan consecuenciales de una u otra declaración.

Así las cosas, corresponde a este Tribunal analizar tales pactos de las partes, iniciando por el contenido en la cláusula 6 y posteriormente se hará el análisis de lo relativo a la cláusula 13.

5.1. Cláusula 6. Adquisición, Pago y Registro de Acciones

En primer lugar, encuentra este Tribunal que el denominado acuerdo de accionistas fue celebrado entre las partes, accionistas de GIT Masivo representantes de más del 90% del capital suscrito y pagado a esa fecha (2 de diciembre de 2014), entre ellos, la sociedad convocante, y la convocada con el fin de *“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 cláusulas relevantes de los mismos para dar cumplimiento a la oferta referida en la parte considerativa de este documento”* (cláusula 2. Objeto)²².

La oferta a la que alude tal parte considerativa es la que Somos K efectuó el 8 de julio de 2014 a GIT Masivo y sus accionistas²³, tanto para capitalizar la compañía como para adquirir acciones en poder de aquellos, cuyos antecedentes ya fueron expuestos en capítulo precedente.

En desarrollo de ese propósito, las Partes pactaron en la cláusula 6 sobre *“Adquisición, Pago y Registro de Acciones”* de ese documento varias mutuas prestaciones, así:

(i) Somos K compraría y los Accionistas suscribientes del Acuerdo venderían el 10% de las acciones de que eran titulares para esa fecha a un valor equivalente al

²² Folio 28 del Cuaderno No. 1 Solicitud de Convocatoria del Tribunal.

²³ Folios 23 y 24 del Cuaderno No. 3 Pruebas.

intrínseco²⁴ con corte a junio 30 de 2014, es decir, \$6.396. El precio de estas acciones sería pagado en un plazo de 2 años desde la suscripción de los respectivos contratos de compraventa de acciones y se reconocerían intereses de plazo sobre los saldos de precio insolutos. Aún cuando en los hechos de la demanda existen alegaciones de la demandante respecto de este pacto, ninguna de sus pretensiones se orientó a reclamar declaraciones en relación con el mismo, razón por la cual ninguna consideración hará este Tribunal a ese respecto.

(ii) Somos K suscribiría 2.000.000 de acciones de GIT Masivo de un valor nominal de \$10.000 cada una, por lo que el valor de la suscripción de tal cantidad de acciones sería la suma de \$20.000.000.000, que, como corresponde a esta clase de actos debería ser entregada a la sociedad GIT Masivo.

Esa suma de \$20.000.000.000 sería pagada por Somos K a GIT Masivo de la siguiente manera:

- \$10.000.000.000, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la firma del acuerdo de accionistas, es decir, a más tardar el 10 de diciembre de 2014. Esa suma podría ser pagada directamente por Somos K a GIT Masivo o mediante pagos a acreedores de dicha sociedad de obligaciones pendientes a cargo de aquella, según la prioridad que estableciera la Junta Directiva de la compañía, aclarando que este órgano solo intervendría cuando los pagos fueran superiores a \$20.000.000 por acreedor (numeral 6.4. Destinación de los aportes de la capitalización). En caso de que para el 10 de diciembre de 2014 no se hubiera girado la cantidad de \$10.000.000.000 íntegramente, Somos K tenía la obligación de depositar el saldo que estuviera pendiente en un “*patrimonio autónomo o encargo fiduciario*” a su nombre, pero con destino exclusivo al pago de la suscripción de acciones.
- \$10.000.000.000 en el plazo máximo de un año establecido por la ley y los estatutos de la sociedad en cuatro pagos trimestrales o según la necesidad de caja de GIT Masivo Según la fecha en que fue suscrito el acuerdo de accionistas, el plazo se cumpliría el 2 de diciembre de 2015.

²⁴ Sobre este concepto la Superintendencia de Sociedades ha indicado lo siguiente: “*el valor intrínseco que es la resultante de dividir el total del patrimonio entre el número de acciones o cuotas que integran el capital, excluidas las readquiridas, es un valor que por su naturaleza no tiende a ser permanente, pues las circunstancias que lo originan son esencialmente dinámicas*” (Oficio 220-65680 del 10 de octubre de 2003 de dicha entidad).

Todo lo anterior, como quedó regulado en esta cláusula, en general, coincide con los términos de la parte resolutive del Reglamento de Colocación de Acciones, que aprobó la Junta Directiva de la sociedad, como consta en el Acta No. 167 de dicho órgano del 24 de noviembre de 2014²⁵, en cumplimiento del mandato que le impartió la Asamblea General de Accionistas en su reunión extraordinaria del 14 de noviembre del mismo año, como da cuenta el Acta No. 29 de este órgano²⁶. Solo, respecto del pago del saldo del primer contado, en el Reglamento no se previó la necesidad de constituir un patrimonio autónomo o encargo fiduciario con la suma que eventualmente quedase pendiente de pago por parte de Somos K, ni respecto del segundo contado se previeron abonos trimestrales, sino que se limitaron a señalar que el pago se haría según las necesidades de caja de GIT Masivo, pero se mantuvo el plazo máximo de un año.

Sin embargo, en la misma cláusula 6 del acuerdo de accionistas, las partes también indicaron lo siguiente:

(i) La aceptación de Somos K de suscribir acciones para capitalizar la suma de \$20.000.000.000 en GIT Masivo se sujetaba a la condición de que le fuera *“compensada económicamente”*, la diferencia que existía entre el valor nominal de las acciones que suscribiría (unitariamente \$10.000) y el valor intrínseco de las mismas con base en el estado financiero de corte 30 de junio de 2014 (unitariamente \$6.396, según lo que decía el primer párrafo de la cláusula 6.1. del acuerdo de accionistas). A pesar de haber indicado que el fundamento de la compensación era tal diferencia de precios, se pactó como valor de la misma, la suma de \$5.070.343.200, que sería pagada una vez que Metro Cali pagará a GIT Masivo la compensación por la diferencia de la tarifa técnica dentro de la negociación 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”*; pero, si dentro de los 6 meses siguientes a esa decisión (que inicialmente fue tomada en la reunión de Asamblea General de Accionistas del 13 de agosto de 2014 y se ratificó en la reunión de ese mismo órgano del 14 de noviembre de 2014²⁷) no se había efectuado la compensación señalada, GIT Masivo debería pagar la suma mencionada, con acciones para que fueran suscritas por Somos K a su valor nominal, *“asumiendo GIT Masivo el costo fiscal correspondiente, al mecanismo de legalización definido*

²⁵ Folios 193 a 196 del Cuaderno No. 1.1. Contestación de la Demanda.

²⁶ Folios 100 a 112 del Cuaderno No. 1.1. Contestación de la Demanda.

²⁷ Folios 170 a 176 y Folios 101 a 112 del Cuaderno 1.1 Contestación Demanda.

por la Junta Directiva”, en quien también se delegó definir “el título a través del cual se realice dicha emisión como pago, teniendo siempre como único fin que el costo fiscal de la operación sea el mínimo posible entre todas las alternativas.”

(ii) El reconocimiento de que Somos K ya había entregado a GIT Masivo directamente, o mediante pagos a terceros, la cantidad aproximada de \$8.400.000.000, y había “remisionado” materiales, seguros e insumos a su nombre para la flota de Somos K por aproximadamente \$200.000.000.000, imputables al primer contado del precio de suscripción pactado. Acordaron que esas sumas serían verificadas por una comisión de evaluación integrada por Liliana Velasco; Gustavo Zapata y Pedro Bocanegra. Tales personas deberían revisar los desembolsos reflejados en la contabilidad como pasivo a favor de Somos K. También señalaron que a la firma del Acuerdo se conciliaría el valor final a descontar del monto total a capitalizar, previa presentación del informe de verificación a la Junta Directiva.

Los anteriores tópicos también habían sido objeto de deliberación y decisión tanto en reunión de la Asamblea General de Accionistas de GIT Masivo como en reunión de Junta Directiva, y, particularmente, se incluyeron en el numeral 7 de las consideraciones del Reglamento de Colocación de Acciones que aprobó esta última; aunque allí se señaló que la suma que ya había entregado Somos K a GIT MASIVO por cuenta de la suscripción de acciones era de \$8.500.000.000.

Sobre lo anterior considera el Tribunal lo siguiente:

En efecto, en el denominado acuerdo de accionistas se estipularon obligaciones a cargo de Somos K vinculadas a la suscripción de acciones de GIT MASIVO y al pago de las mismas, sin que GIT Masivo fuera parte de tal acuerdo. En todo caso, la suscripción y consecuente pago de las acciones ya había sido objeto del Reglamento de Colocación de Acciones aprobado en la reunión de Junta Directiva de la sociedad del 24 de noviembre de 2014, que reguló la colocación de 2.000.000 a favor de dicha sociedad. Así, y con arreglo a la ley, la aceptación de Somos K a la oferta de suscripción de acciones contenida en ese Reglamento constituye la fuente de las obligaciones de pago del valor de las mismas a favor de GIT Masivo.

Conforme con lo previsto en el artículo 384 del Código de Comercio, “[l]a suscripción de acciones es un contrato por el cual una persona se obliga a pagar

un aporte a la sociedad de acuerdo con el reglamento respectivo y a someterse a sus estatutos. A su vez, la compañía se obliga a reconocerle la calidad de accionista y a entregarle el título correspondiente". Sobre el mismo tema la Superintendencia de Sociedades ha expresado lo siguiente: "De lo expuesto se deriva que se trata de un contrato eminentemente consensual entre una sociedad por acciones y el accionista o tercero destinatario de la oferta, que se perfecciona por la simple aceptación de la oferta. Así que, debidamente aceptada la oferta, surge para el suscriptor la obligación de pagar el precio y respetar los estatutos sociales y para la sociedad emisora el deber de emitir los títulos provisionales y reconocer la calidad de accionista."

En el presente caso fue acreditada la aprobación del citado Reglamento por parte del órgano competente (Junta Directiva), según lo previsto en el artículo 8 de los estatutos sociales²⁸, más no la remisión o envío de la oferta a su destinataria, Somos K, ni la expresa aceptación que esta dio a la misma. Sin embargo, tales hechos no se encuentran en discusión entre las partes, por el contrario, la diferencia surge precisamente entre ellas por el pago de las acciones suscritas por Somos K lo cual, de acuerdo con lo previsto en la norma citada, solo resulta posible en la medida que la oferta de suscripción de acciones hubiese sido aceptada por aquella.

Por ello entiende el Tribunal que, en efecto, dicha sociedad se obligó, frente a GIT Masivo, al aceptar su oferta de colocación de acciones, a suscribir 20.000.000 y, por cuenta de ello, a pagar la suma de \$20.000.000.000, en los dos contados que aparecen regulados en el numeral segundo del Resuelve del citado Reglamento. Adicionalmente, y conforme a los términos del acuerdo de accionistas, y, particularmente, su cláusula 6, se obligó frente a quienes allí se denominaron Accionistas²⁹ a aceptar la Oferta de Suscripción de Acciones que le hiciera GIT Masivo y a cumplir los términos de la misma, habida cuenta que al interior de la sociedad GIT Masivo los órganos estatutarios de dicha sociedad ya habían adoptado las decisiones necesarias para que tal oferta le fuera efectuada Somos K. Es decir, al suscribir el acuerdo de accionistas, Somos K adquirió una obligación de celebrar y ejecutar un negocio jurídico con quien no era parte del mencionado acuerdo de accionistas, GIT Masivo, en los mismos términos y

²⁸ Folio 105 del Cuaderno No. 1 Solicitud de Convocatoria Tribunal.

²⁹ "Accionistas" son cada uno de los accionistas miembros de GIT MASIVO inscritos en el Libro de Registro de Accionistas de la sociedad, se encuentren o no reflejados en la composición accionaria señalada en el numeral "V" de las consideraciones y antecedentes del presente documento. Folio 27 del Cuaderno 1 Solicitud de Convocatoria Tribunal.

condiciones que fueron determinados por la Junta Directiva de aquella al reglamentar la colocación de acciones referida, lo cual constituye una obligación lícita, posible y válida, que puede ser fuente de responsabilidad contractual en el caso de ser incumplida.

Como quedó dicho en aparte anterior, las negociaciones de las partes sobre los términos del acuerdo desde que Somos K concretó su oferta –julio de 2014– duraron varios meses y, en el entretanto, se fueron materializando prestaciones entre ellas, aunque no hubieran sido expresamente pactadas o existiera un acuerdo definitivo sobre las mismas; así fue como Somos K hizo giros anticipados de sumas de dinero a GIT Masivo, que se destinaron al pago de acreencias de dicha sociedad, y, de otra parte, los accionistas de la sociedad, que a la postre terminaron suscribiendo el acuerdo, aprobaron la elección de una nueva Junta Directiva con miembros escogidos por Somos K³⁰ y, por conducto de esta última y como resultado de las tratativas adelantadas con el que sería su nuevo accionista³¹ designaron a Enrique Wolff Marulanda y a Guillermo Martín Forero Hermida, como Gerente y Suplente de la sociedad³². También aprobaron las decisiones necesarias para emitir las acciones y para reglamentar su colocación en favor de Somos K, con varios meses de antelación a la firma del acuerdo y ratificaron su voluntad al respecto en diversas ocasiones.

Lo que no tendría fundamento legal ni sentido para ese Tribunal es entender que Somos K se obligó directamente ante los accionistas de GIT Masivo, partes del acuerdo de accionistas, a suscribir acciones de dicha sociedad, sin que se hubiera contemplado, o contado previamente, como lo prevé la ley, con las decisiones estatutarias de aquella sociedad necesarias para ello, o que los términos de la colocación de acciones fueran los determinados en el acuerdo de accionistas y no los del Reglamento, y se pretendiera reclamar el cumplimiento de aquellos. En este punto destaca el Tribunal que lo reclamado por la convocante no es que se obligue o conmine a Somos K a hacer el pago del valor de las acciones supuestamente pendiente, ni a favor de GIT Masivo y menos a su favor, sino que su petición se dirige a que declare que Somos K no hizo el pago de las acciones suscritas en la forma pactada y, como consecuencia de ello, se le condene al pago

³⁰ Acta No. 027 del 13 de agosto de 2014 de la Asamblea General de Accionistas de GIT Masivo, folios 89 a 99 del Cuaderno No. 1.1 Contestación de la demanda.

³¹ Estas elecciones en todo caso quedaron reguladas en la cláusula 3 del acuerdo de accionistas sobre “*Equipo Ejecutivo de la Compañía*” como si debieran hacerse en el futuro, después de firmado el acuerdo, a pesar de que este se suscribió en diciembre de 2014 y las elecciones correspondientes se hicieron en el mes de agosto del mismo año.

³² Acta No. 164 del 20 de agosto de 2014 de la Junta Directiva de GIT Masivo, folios 170 a 176 del Cuaderno 1.1 Contestación Demanda.

de la cláusula penal prevista en el referido Acuerdo. Como ya se mencionó anteriormente, las condiciones del Reglamento de Colocación y del acuerdo de accionistas en cuanto a la cantidad de acciones, precio y forma de pago, son idénticas, salvo en dos aspectos que corresponden a lo que Somos K debería hacer en caso de no completar el pago de \$10.000.000.000 en los 5 días hábiles siguientes a la firma del Acuerdo; en el Reglamento no se previó ninguna posibilidad para ese evento, y, por su parte, en el acuerdo de accionistas se dijo que, de ser así, Somos K debía abrir un patrimonio autónomo o encargo fiduciario con el remanente para destinarlo al pago de las acciones. También se omitió incluir que el segundo contado se haría en pagos trimestrales y se optó por establecer que los abonos de esta suma se harían según las necesidades de caja de la sociedad en un término máximo de un año.

Hasta donde consta en el expediente, los términos en que fue aprobado el Reglamento de Colocación de Acciones por parte de la Junta Directiva el 24 de noviembre de 2014 no fueron modificados por dicho órgano, por lo cual, a juicio de este Tribunal, la obligación de pago de las acciones suscritas por Somos K debe cumplirse como fue prevista en el numeral segundo del Resuelve de tal reglamento, es decir, dicha sociedad debía pagar la suma de \$10.000.000.000, a más tardar al 5º día hábil siguiente a la suscripción del acuerdo de accionistas, y respecto del segundo contado, no había obligación de hacer pagos trimestrales durante el plazo máximo previsto, sino que los instalamentos dependían de las necesidades de caja de la sociedad. En todo caso, el pacto de abrir un patrimonio autónomo o encargo fiduciario a nombre de Somos K con destino exclusivo a la capitalización de GIT Masivo que se previó en el numeral 6.3. del acuerdo de accionistas resulta contradictorio con la forma en la que se acordaron los pagos, pues no puede ser entendido como una obligación de ejecución instantánea que tenía que cumplir Somos K al momento de la suscripción del negocio jurídico, toda vez que, de ser así, enervaría el plazo de pago concedido en beneficio del deudor que en la misma cláusula se había previsto de solo 5 días hábiles desde la suscripción, y convertiría esta obligación en pura y simple.

Otro punto a tener en cuenta en el análisis de la obligación de suscripción y pago de acciones a cargo de Somos K es el de la llamada "*compensación*". Se señaló anteriormente que la oferta de Somos K del 8 de julio de 2014 se contraía a capitalizar la suma de \$20.000.000.000 adquiriendo las acciones correspondientes tasadas a su valor intrínseco con corte al 30 de junio de 2014. Sin embargo, como quedó establecido en el proceso de negociación entre los accionistas de GIT

Masivo y Somos K, el valor intrínseco de las acciones en circulación era de \$6.396, inferior en la suma de \$3.604 al valor nominal de cada acción, que correspondía a \$10.000.

Para dicha fecha, el capital suscrito y pagado de la sociedad era la suma de \$71.571.710.000, dividida en 7.157.171 acciones de un valor nominal de \$10.000 cada una; sin embargo, su patrimonio para el corte mencionado era apenas de \$45.777.623.814³³, por lo que, en efecto, el valor intrínseco de la acción era de \$6.396.

Como se desprende de lo consignado en las actas de Asamblea General de Accionistas y de Junta Directiva de la época de negociación entre las partes y como quedó plasmado en el sexto párrafo del numeral 6.1. de la cláusula 6 del acuerdo de accionistas, el interés de Somos K era adquirir, por la vía de la suscripción de acciones, por lo menos el 21,84% del capital suscrito y pagado de la sociedad, posterior a la capitalización, para que, aunado a lo que adquiriría por la compra de acciones en circulación a los demás accionistas (7,8%), pudiera obtener por lo menos una participación del 29,66% en tal capital suscrito y pagado. Originalmente parece que su interés era adquirir el 37,37% del capital suscrito según aparece en el Acta No. 165 de Junta Directiva correspondiente a una reunión celebrada el 12 de septiembre de 2014, sin embargo, lo que finalmente quedó plasmado en el acuerdo de accionistas es el porcentaje arriba referido.

Quedó claro para las partes que el aporte que dicha sociedad Somos K debería hacer para suscribir ese porcentaje de capital social era la suma de \$20.000.000.000, pero también que las 2.000.000 nuevas acciones de la sociedad que pagaría con esa suma, patrimonialmente apenas tenían un valor de \$12.792.000.000.

Por causa de lo anterior, la Asamblea General de Accionistas de GIT Masivo en reunión del 9 de septiembre de 2014, que consta en el Acta No. 028 de dicho órgano³⁴, aprobó la reforma de los estatutos sociales para ajustar el valor nominal de la acción de \$10.000 a \$6.396. Sin embargo, en vez de que como resultado de dicha decisión se redujera el monto del capital autorizado, suscrito y pagado de la

³³ Así aparece en el Acta de Junta Directiva número 163 del 11 de agosto de 2014, folio 165 del Cuaderno 1.1 Contestación de Demanda.

³⁴ Protocolizada en la escritura pública número 3453 del 17 de septiembre de 2014, otorgada en la Notaría Octava del Círculo de Cali, folios 197 a 216 del Cuaderno 1.1. Contestación de la Demanda.

sociedad, como debería ser, lo que aprobaron fue aumentar el número de acciones en que se dividía el capital autorizado, el suscrito y el pagado, para mantener las mismas sumas originales de tales expresiones del capital social. De hecho, en dicha reforma indicaron que emitían la cantidad de 6.339.119 acciones para mantener la suma de capital suscrito en la cantidad de \$71.571.710.000, que aparentemente se distribuirían entre los accionistas de la sociedad en proporción a su participación, sin que ellos hubieran hecho ningún aporte adicional de capital a la sociedad, lo cual contraría lo previsto en los artículos 377 y siguientes del Código de Comercio que regulan las acciones en la sociedad anónima. Esta propuesta de reforma ya se había considerado por la Asamblea de GIT Masivo en la reunión que celebraron el 23 de abril de 2014, pero allí señalaron que el valor intrínseco de las acciones era la suma de \$6.674; sin embargo, esa proposición no fue aprobada.

Lo que se ha debido aprobar por Asamblea General de Accionistas para lograr el efecto deseado, que era igualar el valor intrínseco a 30 de junio de 2014 al valor nominal de las acciones, era una disminución de capital por reducción del valor nominal de sus acciones. Así las cosas, las 7.157.171 acciones en circulación al valer cada una \$6.396, representarían un capital de \$45.777.265.716 y no de \$71.571.710.000; es decir, el nuevo capital suscrito y pagado coincidiría con el valor del patrimonio al corte del 30 de junio de 2014 y, en ese caso, lo que Somos K hubiera tenido que aportar para hacerse al 21,84% del capital suscrito de la sociedad, a través de suscripción de acciones, era la suma de \$12.791.995.121 y no de \$20.000.000.000.

Sin embargo, esta posibilidad tenía un escollo que no aparece expresado en las reuniones de Asamblea General de Accionistas, ni de Junta Directiva en las cuales se trató el tema y es que, conforme con nuestra regulación mercantil, la disminución de capital sin reembolso de aporte solo resulta posible para enervar la causal de disolución que se presenta por pérdidas que disminuyan el patrimonio en menos del 50% del capital suscrito, en los términos del artículo 459 del Código de Comercio.

En efecto, en dicha norma se prevé lo siguiente: *“La asamblea podrá tomar u ordenar las medidas conducentes al restablecimiento del patrimonio por encima del cincuenta por ciento del capital suscrito, como la venta de bienes sociales valorizados, **la reducción del capital suscrito conforme a lo previsto en este Código**, la emisión de nuevas acciones, etc. Si tales medidas no se adoptan, la asamblea deberá declarar disuelta la sociedad para que se proceda a su liquidación. Estas medidas deberán tomarse dentro de los seis meses siguientes a*

la fecha en que queden consumadas las pérdidas indicadas.” (el resaltado no es del texto original).

Con base en el tenor de esa norma, de tiempo atrás la Superintendencia de Sociedades ha concluido lo siguiente:

“Atendiendo en su contexto la solicitud y en particular el primer interrogante, es dable precisar que en términos generales, para reducir el capital de una sociedad, cuando la medida implique un efectivo reembolso de aportes, deben cumplirse los requisitos para ese fin previstos en el artículo 145 del Código de Comercio, entre ellos la autorización de esta Entidad. En ese evento valga aclarar, no es necesario que la compañía se encuentre en causal de disolución por pérdidas.

Contrario sensu, si el propósito de la operación es enervar la causal de disolución por pérdidas que han reducido el patrimonio por debajo del 50% del capital suscrito de que trata el numeral segundo del artículo 457 del Estatuto Mercantil, es posible disminuir el capital, sin necesidad de cumplir los requisitos anotados, puesto que la reducción no implica en ese caso un reembolso de aportes, condición que determina el cumplimiento de las condiciones a que alude la norma citada en el párrafo anterior.

*En tal virtud es dable afirmar en forma categórica, **que la reducción del capital social en el supuesto anterior, será procedente, en la medida en la sociedad efectivamente se halle incurso en causal de disolución por pérdidas en los términos y condiciones legales determinadas.***

*- Sobre el particular esta Superintendencia en diversas oportunidades se ha pronunciado, entre otras mediante Oficio 220-100867 del 9 de noviembre de 1999, donde manifestó: ‘...**La disminución de capital para enjugar pérdidas es una medida excepcional para restablecer el patrimonio de la empresa y principalmente contable, que de no permitirse obligaría a la compañía a declararse disuelta y en estado de liquidación. Ese es el sentido del artículo 459 del ordenamiento mercantil, que explica su inclusión en el Capítulo V – Disolución y liquidación de la sociedad anónima.**’*

En efecto, la norma dispone que, si no se adoptan tales medidas, dentro de las cuales está la de disminuir el capital suscrito, la asamblea deberá declarar disuelta la sociedad para que se proceda a su liquidación. Pero en el evento de no encontrarse en la causal de disolución referida, no será posible disminuir el capital en las condiciones permitidas por el citado artículo. Por tal motivo, hasta tanto no se consolide la causal de disolución por pérdidas, en los estados financieros de fin de ejercicio, no será posible acudir a tal herramienta.” (Oficio 220-004618 del 19 de enero de 2018) (el resaltado y subrayado no corresponde al texto original).

Para la fecha en que se aprobó la reforma (septiembre de 2014), aparentemente, la sociedad tenía un patrimonio cercano a los \$45.000.000.000 por lo que no le hacía imposible optar por esta medida, que solo sería procedente cuando dicho rubro fuera la suma de \$35.785.854.999 o menos. En todo caso, de este aspecto no aparece prueba en el expediente, ni tampoco se advierte que haya sido objeto de análisis en las reuniones en las que se trató el tema de la modificación del valor

nominal de las acciones, pero puede ser sin duda una explicación legal a la forma en que finalmente se acordó la operación.

A pesar lo anterior, aunque al parecer esta circunstancia no era de conocimiento de quienes intervenían en el negocio, la Junta Directiva de la sociedad en reunión del 12 de septiembre de 2014³⁵ aprobó un reglamento de colocación de acciones con el que se ofrecían a Somos K para suscripción la cantidad de 3.126.954 acciones, por un valor nominal de \$6.396 por acción, para un precio total de \$20.000.000.000 (a pesar de que la operación matemática de multiplicar las acciones por el precio en realidad arroja \$19.999.997.784 como resultado). De manera contradictoria con lo anterior, en el punto siguiente del orden del día de esa reunión se trató el tema de la negociación con Somos K quedando en evidencia la falta de acuerdo en varios temas, particularmente, en el porcentaje de acciones que dicha sociedad suscribiría por el aporte de \$20.000.000.000 que había ofrecido hacer. Se concluye, entonces, que la oferta contenida en el Reglamento de Colocación no fue comunicada en ese momento a Somos K por la administración de GIT Masivo.

Luego aparece que el 14 de noviembre de 2014, en reunión de Asamblea General de Accionistas de GIT Masivo se adoptó la decisión que denominaron “*REVERSIÓN DE LA REFORMA ESTATUTARIA CONSISTENTE EN LA REDUCCIÓN DEL VALOR NOMINAL DE LA ACCIÓN*”. Lo que allí indicaron fue que la Asamblea General de Accionistas de la sociedad había encargado a la Junta Directiva de “*buscar el mecanismo idóneo para materializar la oferta de manera tal que se formalizará a través de la suscripción del acuerdo de accionistas la negociación y el porcentaje de participación de Somos K de acuerdo a la oferta mencionada*” y que el mecanismo era el mandato de la Asamblea General de Accionistas de la reunión de 13 de agosto de 2014. Por ello aprobaron “*reversar*” la reducción del valor nominal de la acción y mantenerlo en la suma de \$10.000 así como no continuar con la solicitud de autorización de la oferta ante la Superintendencia de Puertos y Transporte³⁶.

³⁵ Acta 165, folios 177 a 188 del Cuaderno 1.1. Contestación de la Demanda.

³⁶ Este aspecto fue referido por la testigo Lilian Velasco en los siguientes términos:

“*DR. FALLA: ¿Usted recuerda los motivos, si algo tiene que ver la intervención de la Superintendencia de Transportes que tenía GIT Masivo en dicho momento, puede usted explicarle al Tribunal todo lo que tenga que ver?*”

DRA. VELASCO: Nosotros éramos un ente vigilado por la Superintendencia, ellos nos visitaban muy frecuentemente para ver el desempeño de la Compañía, habían decisiones que debían contar con el visto bueno de la Superintendencia, que dicho sea de paso en más de una ocasión nosotros presentamos documentos a la Súper, cuando digo nosotros hablo de GIT Masivo, que no obtuvieron una respuesta por parte de la Superintendencia; entonces sí recuerdo que ese tipo de situación no se generó con la

En dicha reunión la Asamblea General de Accionistas, además, ratificó la decisión que se había adoptado en la reunión del 13 de agosto anterior en el sentido de aceptar que Somos K recibiera una compensación de \$5.070.343.200 con ocasión de la diferencia entre el valor nominal porque el que debería suscribir las acciones para aportar \$20.000.000.000 y quedar con el 21,84% del capital suscrito y pagado de la sociedad y su valor intrínseco, mediante el mecanismo de legalización que definiera la Junta Directiva de la sociedad con cargo a los recursos que retornaría METRO CALI a la sociedad al modificar el Contrato de Concesión No. 01 de 2006 celebrado con ella o con cargo a nuevas acciones de la sociedad.

A este respecto lo primero que advierte el Tribunal es que la diferencia del valor nominal de las acciones suscritas por Somos K (\$20.000.000.000) y su valor patrimonial (\$12.792.000.000) no es la suma de \$5.070.343.200, sino \$7.208.000.000. Aunque reiteradamente en las reuniones de Asamblea General de Accionistas y de Junta Directiva celebradas en la época de la negociación entre las partes se señaló que esa diferencia entre un valor y otro era la causa de la compensación y así quedó también plasmado en el Reglamento de Colocación finalmente aprobado y en el acuerdo de accionistas, sin mayores explicaciones en ningún caso, también fue explícito que la suma a compensar sería \$5.070.343.200 y no la antes referida.

En la reunión de Junta Directiva que se celebró el 29 de enero de 2015³⁷ se aprobó que para el pago de la compensación a favor de Somos K, dicha sociedad emitiera una factura por la suma de \$5.881.598.112, incluido IVA, es decir, por la cantidad bruta de \$5.070.343.200.

En los diversos documentos que tuvo a consideración el Tribunal (Oferta de Somos K, Actas de Asamblea General de Accionistas, Actas de Junta Directiva de reuniones donde se trató el tema y acuerdo de accionistas) no aparece que se hubiera señalado por las partes la suma acordada como compensación.

Superintendencia, alcanzar a llegar a tener esa autorización eso implicaba seguir dilatando aún más todos los procesos que venía adelantando la Compañía para salir adelante.

DR. FALLA: Sabe si como decisión de una imposibilidad de disminuir el capital nominal y dejarlo en el capital intrínseco a corte 30 de junio de 2014 implicó una alternativa que fue la denominada compensación a través de la prestación de servicios por parte de SOMOS, o sea en la asamblea general de accionistas del mes de noviembre del 2014, la asamblea general de accionistas autorizó a la junta directiva para que buscara el mecanismo de la compensación, ¿usted recuerda eso?

DRA. VELASCO: Sí señor."

³⁷ Acta 169 del 29 de enero de 2015, folios 117 a 118 del Cuaderno No. 3.4. Pruebas

Dicha suma a compensar, según se explica en el dictamen financiero de Strategas Consultores S.A.³⁸, resulta del siguiente cálculo:

“Tomando como base las cifras del acuerdo de accionistas, para efecto de realizar la estimación correcta del valor de compensación a favor de Somos K el ejercicio matemático es el siguiente:

Tabla No 20

<i>Diferencia entre valor nominal y valor intrínseco de la acción (\$10,000 - \$6,396)</i>	<i>\$3,604</i>
<i>No. Acciones capitalizadas por Somos</i>	<i>2,000,000</i>
<i>Valor de la diferencia a compensar</i>	<i>\$7,208,000,000</i>
<i>Totas acciones de Somos k por compra y por capitalización según acuerdo</i>	<i>2,715,717</i>
<i>Reconocimiento de valorización sobre las acciones adquiridas y capitalizadas (7,183 - \$6,396)</i>	<i>\$787/Acción</i>
<i>Total a descontar del valor a compensar (2,715,717 acciones x \$787/acción)</i>	<i>\$2,137,269,358</i>
<i>Valor de Compensación (\$7,208,000,000 - \$2,137,269,358)</i>	<i>\$5,070,730,642</i>

La anterior es equivalente a excluir del valor a compensar (\$7,208,000,000) la participación accionaria de Somos K, producto de la compra de acciones y la capitalización:

Tabla No 21

<i>Participación Accionaria Somos K después de la capitalización y la compra de acciones (según acuerdo)</i>	<i>29.7%</i>
<i>Se afecta el valor a compensar excluyendo la participación de Somos K (Operación matemática)</i>	<i>\$7,208,000,000*(1 – 29,7%)</i>
<i>Valor de Compensación</i>	<i>5,070,730,642³⁹</i>

En este punto, vale la pena tener en cuenta que en su demanda, TRANSFUVALLE señaló que para determinar la compensación a que tendría derecho Somos K se tomó como valor intrínseco de la acción la suma de \$7.183, pero que ha debido hacerse por la suma de \$3.604 por acción y que el total de acciones a compensar es la cantidad de 705.867, por lo que el valor real a compensar es la suma de \$2.543.944.668 y no la que fue pactada en el Contrato. En apoyo de esta alegación presentó un documento titulado como “Informe de Auditoría SINERVAL GROUP ESTRATEGIAS FINANCIERAS” de fecha 16 de mayo de 2018.

³⁸ Folios 62 a 100 del Cuaderno No. 1.2. Reforma de la Demanda.

³⁹ Folio 91 del Cuaderno No. 1.2 Reforma de la Demanda.

Al romper el Tribunal encuentra que en el informe de Sinerval para determinar el valor de la compensación a la que entiende sí tiene derecho Somos K se cometieron varios yerros, a saber:

(i) señaló que las acciones que quedaron en poder de los accionistas de GIT Masivo, después de la suscripción y compra de Somos K, (6.441.454) sólo valían la suma de \$41.199.539.144, pues para determinar su valor tomó el valor intrínseco de la acción del 30 de junio de 2014, antes de la capitalización, esto es \$6.396, y no el posterior a la misma \$7.183, como es lo correcto, ya que el ingreso de la suma de \$20.000.000.000 a GIT MASIVO modificó el patrimonio de la sociedad en esa misma cantidad por tratarse de un aporte de capital.

(ii) Como consecuencia del errado cálculo indicó que la participación de Somos K en el capital suscrito de GIT Masivo después de la suscripción y compra de acciones era del 37,37% cuando en realidad era del 29,65% considerando que adquirió 2.715.717 acciones de un total de 9.157.171 acciones en circulación. Sin embargo, para llegar a esa conclusión lo que hizo fue sumar el supuesto valor que correspondía a las acciones de los demás accionistas con la suma que Somos K pagó por las acciones suscritas y readquiridas. No tuvo en consideración que el porcentaje de participación de un accionista en el capital suscrito de una compañía se calcula en relación con la cantidad de acciones que tiene tal accionista respecto del total de acciones en circulación y no en función al valor patrimonial de los aportes y menos si tal valor no es calculado considerando la totalidad de ellos.

(iii) A pesar de lo anterior, calculó la cantidad de acciones que Somos K debería tener para lograr una participación del 37,37% aplicando ese porcentaje al total de acciones en circulación (9.157.171) de GIT Masivo y eso le dio como resultado 3.421.584.

(iv) Por ello, concluyó que las acciones que Somos K tenía derecho a compensar corresponden a la diferencia entre esas 3.421.584 acciones y las que efectivamente suscribió y compró, 2.715.717, es decir, 705.867, y las multiplicó por su valor patrimonial después de la capitalización (\$7.183) estableciendo como resultado la cantidad de \$5.070.343.200, a pesar de que esa multiplicación en realidad arroja la suma de \$5.070.242.661.

(v) Para determinar lo que a su juicio era el valor correcto de compensación tomó la diferencia entre el valor nominal de las acciones suscritas por Somos K y el

valor intrínseco a 30 de junio de 2014, esto es, \$3.604, pero no lo multiplicó por las 2.000.000 acciones suscritas a ese inicial valor sino por 705.867 acciones, que como se detalló en el numeral anterior, fue calculado en forma errada. Obviamente al no tener en cuenta la totalidad de las acciones suscritas, sino solo una parte de ellas, extraída de una operación incoherente, la suma a compensar resultó menor, siendo \$2.543.944.668.

Estaría de más señalar que en su declaración testimonial el señor William Augusto Rodríguez Betancourt, autor del informe antes aludido, dejó en evidencia que había cometido varios errores en la determinación del valor de la compensación que arroja su informe. En el siguiente aparte de su intervención queda ilustrado este asunto:

“DRA. RUGELES: Pero perdón, discúlpeme señor Rodríguez. La base para determinar la compensación no es la diferencia entre el valor nominal y el valor intrínseco por el número de acciones suscritas?, porque es que usted primero dice que es que se ha debido tomar \$6.396, pero después me está diciendo que tengo que tomar el valor de \$3.600 que comporta la diferencia entre \$6.396.

SR. RODRÍGUEZ: Pongámoslo en dos ítems. El primero es cómo lo determinaron para el acuerdo de accionistas y yo hago mi análisis y tomo cuál es el valor, el valor sería entre los \$10.000 menos el valor intrínseco que me dijo que son \$6.396.

DRA. RUGELES: Exacto, ¿o sea eso da?

SR. RODRÍGUEZ: \$3.604.

DRA. RUGELES: Y eso multiplicado por los 20 millones de acciones suscritas cuánto le da?

SR. RODRÍGUEZ: Es que no eran 20.000.

DRA. RUGELES: Perdón los 2 millones de acciones.

SR. RODRÍGUEZ: No tengo el papel de trabajo pero aquí voy a hacer alusión a una anotación cómo se determinaba las acciones a compensar, y las acciones que determina Somos K a compensar son: El total de acciones que eran 3.421.584 menos las 2 millones de las acciones de las que estábamos hablando dan 715.707, y en el porcentaje que era el 9.86 sobre el cual es el que se tomaba la compensación; entonces si yo miro las \$7.183 que era el valor intrínseco calculado inicialmente por la acciones de 705.867 da los \$5.070.343.

DRA. RUGELES: Y por qué 700?

SR. RODRÍGUEZ: Porque las acciones a compensar era 3.421.584 menos los 2 millones de acciones a capitalizar. Ya voy a buscar de dónde sale ese.

(...)

SR. RODRÍGUEZ: Eso está incorporado en el documento, allí dice, yo debo determinar es cómo es el valor que le dan a la compensación que no fue digamos discernido dentro del cuerpo del documento, en el acuerdo de accionistas no dicen cómo lo determinaron, dice son \$5.070 millones, ¿entonces qué debo hacer yo? pues esto es una ecuación, entonces resuelva la ecuación para determinar de dónde sale el valor y por eso yo doy la referenciación qué es el valor nominal y qué es el valor intrínseco que en el acuerdo se dice qué es el valor intrínseco, entonces la diferencia de eso dice tome el patrimonio líquido, divídalo sobre el número de

acciones en circulación y ese es el valor intrínseco, ¿cuántas eran las acciones a compensar? 705.867.

DRA. RUGELES: Eso es lo que yo no entiendo, ¿por qué 705.000?

DR. PABÓN: La pregunta concreta es de dónde sale esa cifra.

SR. RODRÍGUEZ: Ese era el 10% de las acciones compradas de GIT Masivo.

DRA. RUGELES: Pero qué tienen que ver las acciones compradas con la capitalización, o sea por qué tendría GIT Masivo que devolver una suma que realmente recibieron fueron los accionistas de GIT Masivo, yo no entiendo por qué cuando usted dice las acciones a compensar incluye las de la venta y no las recibidas por cuenta de la capitalización, usted me dice que el número de acciones a compensar son 705.000 acciones, y usted dice que esas 705.000 acciones provienen de la compra que se hizo del 10%. ¿Sí o no?

SR. RODRÍGUEZ: Si señora.

DRA. RUGELES: Por eso, qué tiene que ver la compra de las acciones con la compensación por el exceso en la capitalización porque es que hasta donde entiendo yo en la compra de las acciones quien recibió el precio fue el accionista enajenante y no GIT Masivo, entonces por qué habría que compensar el valor pagado por una compraventa de acciones por parte de la sociedad emisora de las acciones.

DR. PABÓN: Para tratar de avanzar le pregunto: ¿El número de acciones que usted registra ahí corresponde a qué?

SR. RODRÍGUEZ: A la diferencia entre las acciones, voy a tratar de traer mi papel de trabajo aquí sobre esa parte, tengo que ubicar las 3.421.584 acciones que había menos los 2 millones de la capitalización.

DR. PABÓN: Le voy a hacer una pregunta más de abogado a partir de lo que le ha preguntado la doctora Mónica a ver si es más clara. ¿Por qué GIT tendría que devolver plata de una venta de acciones de sus accionistas?

SR. RODRÍGUEZ: Es que eso era lo que recibiría Somos K como compensación por el incumplimiento.

DR. PABÓN: Pero la compensación tiene como fruto la capitalización o como fruto la venta de acciones a los accionistas?

SR. RODRÍGUEZ: Era de dos maneras.

DR. PABÓN: No, no, la razón de la compensación era porque GIT había recibido una capitalización o era porque los accionistas de GIT habían vendido unas acciones?

SR. RODRÍGUEZ: Era por la venta porque en el acuerdo decía que la capitalización de las acciones no podría ser inferior a \$10.000 pesos."

Todo lo anterior permite al Tribunal desestimar las apreciaciones de la demandante sobre la supuesta falla que se presentó al hacer el cálculo de la llamada compensación a favor de Somos K, particularmente, aquellas a que se refieren los hechos 2.13, 2.14, 2.15 y 2.19 de la demanda. Como corolario de esa reflexión, el Tribunal encuentra un argumento adicional para concluir que Somos K por esta causa hubiera faltado a su deber de lealtad contractual societario; o abusado de su supuesta posición dominante.

Ahora bien, tal y como sucedió en el Tribunal de Arbitraje 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. vs Sistemas Operativos Móviles S.A.

"Somos K S.A." la validez de esa estipulación del acuerdo de accionistas no fue cuestionada por la demandante, sin embargo, en este caso, esa sociedad en su pretensión 3.3. reclamó que se declare que la demandada incumplió lo pactado en la cláusula 6 del citado acuerdo de accionistas por haberse pactado en dicha cláusula que Somos K recibiría una compensación por la suma de \$5.070.343.200; lo que tendría como efecto que el aporte real de capital sería la suma de \$14.929.656.800.

El Tribunal comparte esa conclusión final de la demanda pues, descontada la compensación, el valor del aporte de Somos K en GIT Masivo sería la suma de \$14.929.656.800. Sin embargo, no por ello entiende que Somos K ha incumplido su obligación consagrada en el artículo 6º de los estatutos sociales, como pasa a explicarse.

Quedó establecido en este proceso que el interés de Somos K era adquirir acciones de la sociedad a un valor coincidente con su valor intrínseco con corte al 30 de junio de 2014, inicialmente que le permitieran hacerse al 37,37% del capital suscrito de GIT Masivo. Ello se confirma con la oferta del 8 de julio de 2014 y con lo que se deliberó y aprobó en la reunión de Junta Directiva de la sociedad del 28 de julio de 2014. Para ese momento, al parecer, ni Somos K, ni GIT Masivo, ni sus accionistas habían advertido la imposibilidad de que esta última emitiera acciones por valor inferior a su valor nominal.

Solo en la reunión de Junta Directiva que se llevó a cabo el 11 de agosto de 2014⁴⁰ se hizo alusión a la figura de la compensación. Allí, el representante legal de Somos K señaló que *“en la figura de la compensación por cualquier camino que se plantee entrarían los \$20.000 millones (...)”* y añadió que *“[l]a presente situación se ha mirado desde varios ángulos y se ha llegado a la conclusión que la mejor opción es la ya propuesta actual porque esto genera un costo \$0 para las partes”*.

Posteriormente en la reunión de la Asamblea General de Accionistas de GIT Masivo del 13 de agosto de 2014 se señaló que esa sociedad necesitaba una capitalización de por lo menos \$16.000 millones para que Bancolombia estudiara la posibilidad de una tercera refinanciación de la deuda. En el punto 4 del Orden del Día quedó explícito que se haría una capitalización por \$20.000.000.000 por

⁴⁰ Acta 163, folios 165 a 169 del Cuaderno 1.1 Contestación Demanda.

parte de Somos K, pero que esta tendría derecho a recibir una compensación de \$5.070.343.200 respecto de la cual se indicaron alternativas para su entrega a Somos K. Y resulta relevante en este punto destacar que esa propuesta fue votada favorablemente por el señor Miguel Muñoz⁴¹ en representación de la sociedad que aquí demanda.

En reuniones de Junta Directiva celebradas en el mes de septiembre de 2014, se aprobaron reglamentos de colocación de acciones que dejaban a salvo dos premisas: que Somos K aportaría \$20.000.000.000 y que las acciones que recibiría por ese aporte deberían ser tasadas a su valor intrínseco a 30 de junio de 2014. En la reunión del 12 de septiembre de 2014⁴² se deliberó ampliamente sobre el porcentaje que Somos K adquiriría de la sociedad, inicialmente 37,37% y luego del 29,66%⁴³, explicando que la diferencia entre uno y otro se debía a la forma en que se legalizaría la operación.

En reunión del 6 de noviembre de 2019, se informó a los miembros de Junta Directiva que *“se va a aceptar una formula conciliadora donde a Somos K se le reconoce una suma de 5.070 millones de pesos más los costos tributarios (IVA y RENTA), como compensación a favor de Somos K por la diferente entre el valor intrínseco y el nominal de la acción. Es decir, materializar el negocio de la forma que se aprobó en reunión extraordinaria de la asamblea general de accionistas del 13 de agosto de 2014.”*

Por lo anterior, tanto en la decisión de la Asamblea General de Accionistas de esa fecha, como al aprobarse el Reglamento de Colocación de Acciones por parte de la Junta Directiva y en el acuerdo de accionistas, quedó prevista la compensación a favor de Somos K.

Entiende el Tribunal que la voluntad de las partes consignada en el Acuerdo refleja el interés de que la suma que finalmente quedaría como aporte de capital de Somos K a GIT Masivo era la de \$14.929.656.800 y no la de \$20.000.000.000 y que la obligación de Somos K de entregar esta última cantidad a GIT Masivo por la

⁴¹ Obra a folios 246 a 253 del Cuaderno No. 1.1 Contestación de Demanda un certificado histórico de los representantes legales de TRANSFUVALLE donde consta que el señor Miguel Angel Muñoz Narvaez fue designado Gerente de esa sociedad el 12 de abril de 2012, cargo que ejerció hasta el 27 de febrero de 2018, cuando fue efectuada una designación para reemplazarlo. En su diligencia de testimonio el señor Muñoz confirmó esta información y, además, indicó ser accionista de la sociedad por conducto de otra sociedad.

⁴² Acta 165, folios 177 a 188 del Cuaderno 1.1 Contestación Demanda..

⁴³ Este porcentaje incluye tanto las acciones adquiridas por suscripción como por compraventa a los accionistas.

suscripción de acciones se pactó únicamente para superar el obstáculo legal de emitir acciones por menos de su valor nominal.

Esa voluntad era coincidente con la de GIT Masivo, quien a través de sus órganos sociales aprobó la capitalización por parte de Somos K teniendo en consideración la compensación a favor de esta última.

No resulta ajeno a esta clase de contratos (suscripción de acciones) que se presente una diferencia entre el valor nominal de las acciones ofrecidas y el valor por el que se haya negociado su suscripción; en el caso de una sociedad prospera suele suceder que el valor de negociación o comercial es superior al nominal y, por ello, la suscripción se hace con lo que se denomina prima en colocación de aporte⁴⁴.

Pero también puede acontecer que tal valor de negociación, por la situación en que se encuentre la sociedad, sea inferior al valor nominal, como sucedió en el caso del cual nos ocupamos. Como de conformidad con lo previsto en el numeral 4º del artículo 386 del Código de Comercio el precio al que son ofrecidas las acciones para su suscripción, que debe incluirse en el reglamento de suscripción de acciones, “no será inferior al nominal” los intervinientes en el negocio encaminado a tal suscripción encuentran un obstáculo para alinear sus mutuos intereses de obtener la participación esperada a un precio justo, de una parte, y, por la otra, de obtener los recursos de capital que requiere para la continuidad de su empresa social. Esta norma solo tiene una excepción consagrada en el artículo 42 de la Ley 1116 de 2006, que reza así: “[l]a suscripción y pago de nuevos aportes en el capital de los deudores reestructurados, podrá hacerse en condiciones, proporciones y plazos distintos de los previstos en el Código de Comercio, sin exceder el plazo previsto para la ejecución del acuerdo. La colocación de las participaciones sociales podrá hacerse **por un precio de suscripción inferior al valor nominal**, fijado con base en procesos de valoración técnicamente reconocidos, por evaluadores independientes. (...)”.

⁴⁴ 4. “La “prima por colocación” si bien no tiene una consagración en el ordenamiento mercantil, su existencia se desprende de la posibilidad prevista en el reglamento de colocación de acciones al prever que las participaciones se pueden colocarse a un precio “(...) que no será inferior al nominal” (Art. 386, Núm. 4 del Código de Comercio). El término de prima por colocación surge en el Decreto 2649 de 1993, por el cual se reglamenta la contabilidad en general y se expiden los principios o normas de contabilidad generalmente aceptados en Colombia, cuando en el artículo 84 se expresa “**La prima en la colocación de aportes** representa **el mayor valor cancelado sobre el valor nominal o sobre el costo de los aportes**, el cual se debe contabilizar por separado dentro del patrimonio”. (Negrilla fuera del texto). Es de lo expuesto que se colige que la diferencia entre el valor nominal de la acción y el precio de colocación de las mismas es lo que constituye la prima en colocación de acciones.” (Oficio 220-050783 del 27 de mayo de 2019 de la Superintendencia de Sociedades)

Para sociedades que no se encuentren en el supuesto de la norma comentada, la opción usual es la reducción del valor nominal de la acción antes de la colocación para que coincida o sea inferior al de la oferta de las acciones, mediante reforma estatutaria que implica, necesariamente, la reducción del capital de la compañía, como fue explicado en aparte anterior. Dice, con razón, Francisco Reyes Villamizar en su obra “Derecho Societario Tomo I” que “[c]onvenría una flexibilización de las reglas sobre capital suscrito y valor nominal. En las legislaciones estatales estadounidenses se han suprimido estos conceptos, con resultados halagüeños”⁴⁵.

Dado que el valor nominal de cada acción de esa sociedad fue establecido al momento de su constitución en la suma de \$10.000 y que no era posible modificarlo, según ya quedó explicado, para que Somos K pudiera recibir el porcentaje al que aspiraba en el capital suscrito de la sociedad, una vez efectuada la capitalización, debía entregar una suma muy superior al valor de negociación que las partes convinieron. No debe perderse de vista que el valor nominal de una acción corresponde a la cifra estatutaria que se fijó desde el momento de constitución de la sociedad y tiene como fin ser divisor de la suma de capital que se aporta a la compañía para determinar cuánta cantidad de dicho aporte entregará cada socio y la participación porcentual que le corresponde. Tal valor nominal es el que permite distribuir de manera equitativa el capital inicialmente aportado por los socios constituyentes y puede establecerse en cualquier cantidad, \$1, \$100, \$1.000 o la que resulte de un divisor conveniente para el monto de capital inicialmente determinado, sin que exista una regla que fije un valor mínimo, máximo o concreto a dicho elemento. Su asignación corresponde a la decisión de quienes celebran el contrato social. En el caso de GIT Masivo en su acto de constitución, los accionistas constituyentes determinaron que el valor nominal de las acciones en que se dividía el capital autorizado, suscrito y pagado de la sociedad era de \$10.000⁴⁶, como aparece reflejado en el artículo quinto de los estatutos sociales. Pero bien podrían haber señalado que ese valor nominal fuera otra suma por lo que, sin afectar el capital que querían asignar a la sociedad, hubieran existido más o menos acciones en las diversas expresiones del capital social en dicha compañía.

⁴⁵ REYES VILLAMIZAR, Francisco. Derecho Societario. Tomo I. Segunda Edición. Editorial Temis. Bogotá D.C.. 2011. Página 339.

⁴⁶ Folio 104 del Cuaderno 1 Solicitud de Convocatoria Tribunal.

Si el valor nominal de las acciones de GIT Masivo hubiese sido \$1.000 al suscribir las 2.000.000 que requería para adquirir las acciones representativas de un 21,84% del capital suscrito y pagado, aproximadamente, tomando como referencia de negociación el valor intrínseco al 30 de junio de 2014, solo hubiese tenido que entregar la suma de \$12.792.000.000 o de \$14.365.994.520, si es que el valor de negociación se estableciera incluyendo el aumento de patrimonio que la sociedad obtendría con la capitalización de Somos K, que es lo que las partes hicieron para determinar la suma a compensar, como quedó atrás analizado.

Por la elección de divisor del capital social de la compañía que hicieron los accionistas constituyentes en la suma de \$10.000 se ocasionó una importante disparidad entre los términos del negocio que GIT Masivo y sus accionistas celebraron con Somos K para que esta adquiriera acciones de aquella y los que debían aparecer consignados en el Reglamento de Colocación de Acciones, lo cual las partes del acuerdo de accionistas y los órganos estatutarios de GIT Masivo convinieron en igualar con la llamada compensación.

En su demanda, TRANSFUVALLE alega que Somos K no tenía derecho a compensar la suma prevista en la cláusula 6º del Contrato y pide que se declare que la misma constituye *“el no pago de la totalidad de la compensación determinada en el acuerdo de accionistas y el no pago de los aportes correspondientes a la suscripción de acciones por parte de Somos K”* (pretensión 3.3).

Sin embargo, lo que fue probado en este proceso, como ya se explicó, fue que tal compensación constituía la causa de la aceptación de Somos K de suscribir acciones de GIT Masivo y que así fue pactado expresamente en el negocio que se celebró entre las partes del acuerdo de accionistas. Por ello, mal podría entenderse que el acuerdo respecto de la compensación, que por lo demás se reitera, fue aprobado en su momento por el representante legal de la aquí demandante, constituya a su vez un incumplimiento de la obligación de pago del capital suscrito por Somos K. Ha quedado explicada en detalle la razón por la cual las partes acudieron a la figura de la compensación y por ello, resulta contradictorio que la estipulación contractual que introdujo esa figura, hoy sea invocada como una alegación de incumplimiento del pago, máxime cuando la misma fue discutida y aprobada por los accionistas de GIT Masivo, entre ellos, la sociedad que convoca este Tribunal.

Por otra parte, tampoco resulta admisible para el Tribunal que la demandante alegue ahora que Somos K no tenía derecho a reclamar tal compensación y pretenda edificar sobre ese hecho el incumplimiento referido, habida cuenta – se reitera – que la misma fue pactada expresamente en el acuerdo de accionistas del que ella fue parte y que suscribió sin reservas y, también, que por conducto de su representante Miguel Muñoz, participó y votó favorablemente en la reunión de Asamblea General de Accionistas del 14 de noviembre de 2014 el reconocimiento de tal devolución a Somos K. Destaca el Tribunal que el mencionado señor Miguel Muñoz fue quien compareció en representación de la demandante en el acuerdo de accionistas.

En el testimonio que rindió el señor Miguel Muñoz en el proceso, sobre esta parte del acuerdo de accionistas, señaló lo siguiente:

“DR. PAZ: No, porque es que usted ahorita refiere que había tres maneras de compensar, pero al tenor de lo que dice el acuerdo de accionistas cómo era la forma de establecer esas compensaciones y qué condiciones se deberían cumplir para que Somos K realizara o tuviera derecho a esas compensaciones?”

SR. MUÑOZ: No sé si de pronto valdría la pena revisar el acuerdo, en el acuerdo está claramente definido eso; o sea Somos K entregaba los 20.000 millones de pesos a GIT para capitalización y tener liquidez para cubrir lo que debía, las emergencias que tenía que cubrirse inmediatamente, prestaciones sociales, y en fin, pero necesitábamos 20.000; y ya posterior una vez haberse entregado esos 20.000 millones de pesos era que se podía la compensación del excedente entre el valor intrínseco y el valor nominal que creo que eran como otros 5.000 y pico millones de pesos, en esos 5.000 millones de pesos era que ellos podían de alguna manera compensar con lo que les iba a dar METRO CALI por un devolución que ya les comenté de tarifas, la otra que les comenté ahora que era vía recursos propios, que me acuerde perfectamente ese, de los recursos que venían de METRO CALI, el de recursos propios, había uno que creo que era el de emisión de nuevas acciones también para compensar, algo así”.

A partir de lo anterior, encuentra el Tribunal que lo planteado en la demanda en relación con la ausencia de derecho de Somos K a reclamar la compensación, o bien, el supuesto incumplimiento en su obligación de aportar el precio de las acciones suscritas, fundado en la existencia de la misma compensación, constituye un repudio ilegítimo de la demandante a sus propios actos que no puede ser avalado por este Tribunal. El respeto al acto propio, que en nuestra regulación encuentra soporte en el principio de buena fe, exige a quien formula una demanda que las pretensiones que en ella incluya sean coherentes con la conducta o actuación que tuvo previamente en relación con aquello que demanda. No puede respaldarse un proceder contradictorio que vulnere la confianza legítima que se otorgó por la demandante a los demás intervinientes del acuerdo de

accionistas, entre ellos Somos K, admitiendo reclamos sobre aquellos aspectos en los que expresamente se estuvo de acuerdo y que, como consta, fueron objeto de amplio análisis y debate al interior de la sociedad GIT Masivo.

Por las anteriores razones el Tribunal declarará la prosperidad de la excepción propuesta por Somos K en el numeral 4.7. de su contestación, a la que nominó “*La actuación de Transfuvalle constituye una actuación contraria al principio “venire contra factum proprium non valet”* respecto de las pretensiones 3.3. y la consecuencial de la misma contenida en el numeral 3.4., 3.8 y 3.9, en cuanto se refiere al supuesto incumplimiento por el pacto de la compensación y 3.10 de la demanda.

El otro tema relacionado con esta cláusula 6 del acuerdo de accionistas se encuentra vinculado a la alegación que hace la demandante sobre el incumplimiento en el pago de la suma de \$20.000.000.000 por parte de Somos K allí regulada. Como ya se indicó, para el Tribunal la obligación de Somos K, en cuanto se refiere a la suscripción y pago de las 2.000.000 de acciones de GIT Masivo que le fueron ofrecidas y que se encuentra prevista en el acuerdo de accionistas, debe entenderse en el sentido de que esa sociedad se obligó a cumplir con los términos del contrato de suscripción de acciones que le fue propuesto por GIT Masivo con la oferta contenida en el Reglamento de Colocación de Acciones y bajo esa perspectiva, debe verificarse si Somos K cumplió o no con esa prestación.

Como también ya fue mencionado, la obligación de Somos K era pagar la cantidad de \$20.000.000 en dos instalamentos, uno de \$10.000.000.000 (del cual ya había anticipado una parte a GIT Masivo durante las negociaciones) a más tardar el 10 de diciembre de 2014 (fecha en la que se cumplía el 5º día hábil desde la firma del acuerdo de accionistas), y otro del mismo monto en un plazo máximo de un año desde la comunicación de la oferta con abonos durante dicho plazo, según las necesidades de caja de GIT Masivo. Sobre la comunicación de la oferta, como ya se dijo, no aparece evidencia en el expediente, por lo que el Tribunal entiende que, en el peor escenario, la misma se hizo en la misma fecha de firma del acuerdo de accionistas, 2 de diciembre de 2014, así que debía entregarse a más tardar el 2 de diciembre de 2015.

Lo que a este respecto alegó la demandante es que el pago de dicha suma no se hizo de manera completa, sin haber precisado en los hechos de su demanda cuál

suma si fue pagada y cuál quedaba pendiente. Asimismo, indicó que el aporte de capital que debía hacer Somos K con los servicios que prestó a GIT Masivo representados en las facturas que aparecen relacionadas en los hechos de su demanda no es real, por cuanto esos servicios no se prestaron y, en consecuencia, no podían tenerse en cuenta los valores de las facturas presentadas para constituir parte del aporte de capital.

En sus alegatos de conclusión reconoció que del primer contado se había pagado la cantidad de \$8.600.000.000 y aseguró que existía incertidumbre sobre la forma en que se había pagado el saldo de ese primer contado y que Somos K no había acreditado las razones para no constituir el encargo fiduciario previsto en el acuerdo de accionistas. Entiende el convocante que el plazo para el pago de esta parte del precio vencía el 7 de diciembre de 2014. Sobre el segundo contado de \$10.000.000.000 aseguró que no hubo prueba alguna en el proceso de haberse efectuado su pago y que los pagos que se hubieran hecho por parte de Somos K de obligaciones de GIT Masivo no podían imputarse a ese contado.

Por su parte la demandada aseguró que había efectuado el pago de la suma de \$20.000.000.000 correspondiente a la suscripción de las 2.000.000 de acciones de GIT Masivo e incluso más, dadas las necesidades de liquidez que tenía esta compañía, así como que tales pagos se hicieron dentro de los plazos previstos en el acuerdo de accionistas.

Sobre esta materia lo que encontró probado el Tribunal es que Somos K dio cumplimiento a los términos del contrato de suscripción que celebró con GIT Masivo al aceptar la oferta contenida en el Reglamento de Colocación de Acciones que su Junta Directiva aprobó el 24 de noviembre de 2014, por lo que, al haber honrado ese pacto, también dio cumplimiento a lo previsto en la Cláusula 6 del acuerdo de accionistas.

En efecto, del pago de los dos instalamentos del precio de las acciones aparecen varias evidencias en el expediente que permiten fundamentar esa conclusión del Tribunal, como sigue:

Según se indicó en el Reglamento de Colocación de Acciones que reguló la oferta de acciones a GIT Masivo, la suma de \$10.000.000.000, que correspondía al primer contado del precio, debía pagarse por Somos K dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha de firma del acuerdo de accionistas, que corresponde al 2 de

diciembre de 2014, esto es el 10 de diciembre de 2014 y no el 7 de diciembre de 2014, como ha indicado la demandante. Lo que se pudo verificar es que para esa fecha Somos K había pagado dicha suma y una adicional por el orden de los \$1.000.000.000.

Efectivamente, en el curso de su declaración, el testigo de la parte demandante William Augusto Rodríguez Betancourt presentó como parte de los papeles de trabajo que tuvo en consideración para presentar su informe, que además fueron aportados al expediente, una impresión del libro auxiliar contable de la cuenta 281005⁴⁷⁴⁸ con los movimientos desde el 10 de julio de 2014 al 31 de diciembre de 2016 correspondiente a GIT Masivo, que coincide con el contenido de una versión pdf del mismo auxiliar que fue aportada por Somos K en la diligencia de inspección judicial que se practicó en sus instalaciones⁴⁹, aun cuando en ese caso aparecen registros hasta el 31 de julio de 2017. Conforme con dicho auxiliar en el que aparece el registro contable de las sumas de dinero que GIT Masivo recibió de Somos K, para la fecha citada para el 10 de diciembre de 2014 aquella había recibido la suma de \$11.361.327.325,11. Para establecer ese valor, se sumaron las partidas indicadas en la columna de créditos del libro auxiliar desde el 10 de julio de 2014 hasta el 10 de diciembre de ese mismo año. Esta cantidad es muy cercana a la que fue certificada por Adriana Patricia Ortiz Largo, Contadora de GIT Masivo el 11 de octubre de 2017 en documento que fue aportado por Somos K en la inspección judicial que le fue practicada. Allí la contadora indica que, en la cuenta de depósitos para futuras capitalizaciones, Somos K registraba un saldo de \$11.370.594.745,87. Apenas existe una diferencia de \$9.267.420,76 que, en todo caso, no afecta el pago de la cantidad estipulada para esa fecha, esto es, \$10.000.000.000.

Esa suma también aparece consistente con la que se señaló en el dictamen pericial de la parte demandada elaborado por Strategas Consultores S.A., en la “*Tabla No. 2 – Detalle del pago de acciones por parte de Somos K*”⁵⁰ se expresa que para el 9 de diciembre de 2014 Somos K había efectuado pagos por la suma de \$11.158.986.000, en todo caso superior a la cantidad a la que estaba obligada.

⁴⁷ Folios 64 a 68 del Cuaderno No. 3.0 Pruebas.

⁴⁸ De acuerdo con el Plan Único de Cuentas adoptado mediante Decreto 2650 de 1993 en la cuenta 281005 se registran los depósitos recibidos por la sociedad para futura suscripción de acciones. Los créditos de dicha cuenta corresponden al valor de los dineros recibidos por el ente económico para este propósito.

⁴⁹ Aparece en el CD que obra a folio 47 del Cuaderno No. 3.0 Pruebas.

⁵⁰ Folio 70 del Cuaderno 1.2. Reforma de la Demanda.

Sobre este punto resalta el Tribunal que, adicionalmente, cuando el señor Rodríguez rindió su declaración testimonial reconoció que su afirmación de que Somos K no había pagado en el término señalado el primer contado de \$10.000.000.000 era errada. Ciertamente esto fue lo que afirmó el testigo:

“DR. FALLA: Digamos la afirmación y la conclusión en la que usted dice que Somos K incumplió es porque usted se basa en lo que dice el documento, usted no verificó en la contabilidad de GIT Masivo al 12 de diciembre cuánta plata había sido girada.**SR. RODRÍGUEZ:** Está aportado en el documento del auxiliar contable que sale de GIT Masivo.

DR. FALLA: ¿Puedo ver ese auxiliar contable por favor? Usted me puede indicar en el documento en dónde se evidencia que al 12 de diciembre solo había aportado la suma que usted indica?

SR. RODRÍGUEZ: Entonces si nos vamos aquí a la fecha 9 de diciembre del 2014 está el registro anual de capitalización de \$11.158.986.208.

DR. FALLA: Si es \$11.000 como usted lo acaba de indicar, lo acaba de leer, y la cifra que tenía que tener aportada eran \$10.000 porque usted como conclusión dice que fue un incumplimiento?

SR. RODRÍGUEZ: Es que no es sobre ese primer 50%, lo que se da es sobre el 50% que tenía el plazo de 1 año para aportar los otros \$10.000 millones que eran en forma trimestral, eran 4 trimestres, pero que efectivamente él no los aportó en capital porque hizo cruce de unas facturas que emitió.

DR. FALLA: A ver señor Rodríguez, yo me refiero al informe que está incorporado en el expediente, el informe de auditoría, pagina 92, dice conclusiones, dice: Primera conclusión. A través de la auditoría se evidenciaron los hechos que enmarcaron los hechos encontrados y que originaron las siguientes conclusiones. Primero. Existe un incumplimiento entre los términos de la oferta para la capitalización y compras de acciones de GIT Masivo presentadas por Somos K con respecto al pago del primer 50% del total de la capitalización, es decir la suma de \$10.000 millones de pesos tiempo además en pagar los 4 meses. Usted nos acaba de contestar que usted para el 11 de diciembre, y acaba de leer la cifra de \$11.000 millones de pesos, por qué usted arribó a esa conclusión diciendo que hubo un incumplimiento si con la información que usted mismo acaba de decir se evidenciaron que habían sido cancelados al 12 de diciembre la suma de \$11.000 millones.

SR. RODRÍGUEZ: Entonces dice: Existe un incumplimiento entre los términos de la oferta para la capitalización y compra de acciones de GIT Masivo S.A. presentada por Somos K S.A. con respecto al pago del primer 50% del total de la capitalización, es decir, la suma de \$10.000 millones de pesos, tiempo de demás en pagarlos en 4 meses. Entonces digamos que sí pudo haber un error de redacción y da a un error en la interpretación pero no es sobre el primer pago porque él hizo el pago de los \$10.000 millones sino es con respecto al 50% seguido que eran de los \$10.000 millones y por eso le digo que era en forma trimestral, y efectivamente más adelante pues allego a los incumplimientos por parte de que no fue en efectivo el pago si no mediante el cruce de facturas.”

En el mismo sentido se pronunció el testigo de la parte demandante Guillermo Martín Forero:

“DR. FALLA: Usted recuerda a diciembre del 2014 cuánta plata había desembolsado SOMOS para el cumplimiento de ese acuerdo.

SR. FORERO: \$11.000 algo millones, doctor.”

Así, tanto la prueba documental como la prueba testimonial y el dictamen pericial que reposa en el expediente, demuestran que Somos K pagó el primer contado del precio de las acciones suscritas por ella en el término que determinado por GIT Masivo en el Reglamento de Colocación de Acciones, es decir, antes del 10 de diciembre de 2014.

En lo que tiene que ver con el pago del segundo contado, que igualmente corresponde a la suma de \$10.000.000.000, quedó demostrado que Somos K también hizo el pago en el término señalado por el Reglamento, que correspondía al día en que se cumpliera 1 año desde que fue comunicada la oferta a Somos K. Como ya se señaló, de la comunicación de la oferta por parte de GIT Masivo no aparece prueba en el expediente que permita determinar con certeza su fecha; por ello el Tribunal entiende que no podría haber sido antes del 2 de diciembre de 2014, fecha en la que se suscribió el acuerdo de accionistas, por lo que el plazo máximo de pago de la cantidad señalada sería el 2 de diciembre de 2015.

Del mismo libro auxiliar contable antes referido, en las dos versiones que fueron señaladas, se establece que en los créditos de la cuenta 281005 aparecen créditos a favor de Somos K por la suma de \$17.478.261.312,11. La operación que se hace para llegar a esta conclusión es la misma que ya se explicó, pero tomando como cifra de partida el exceso del saldo a 10 de diciembre de 2014 respecto del primer contado, o sea, \$1.361.327.325,11 y adicionando al mismo el valor de todos los movimientos crédito hasta el 30 de noviembre de 2015.

Teniendo en cuenta lo anterior, a esa fecha, Somos K habría efectuado depósitos a esa cuenta por valor de \$27.478.261.312,11, que superan ampliamente su compromiso de pagar la suma de \$20.000.000.000.

Un pago más o menos de ese orden era el que el testigo de la demandante Guillermo Martín Forero dio confirmación en su testimonio, así:

“DR. FALLA: *Y usted recuerda cuál era los recursos desembolsados por SOMOS a diciembre del año 2015?*

SR. FORERO: *A diciembre de 2015, \$24.500 millones.*

DRA. RUGELES: *¿Cuánto?*

SR. FORERO: *\$24.500 millones si no estoy mal, todo lo que se había cruzado contablemente se llevaban \$24.500 millones.”*

También concuerda lo antes dicho con lo que aparece en el dictamen pericial de la parte demandada elaborado por Strategas Consultores S.A., en la “*Tabla No. 2 –*

*Detalle del pago de acciones por parte de Somos K*⁵¹, pues allí se señaló que para ese corte se habían aportado recursos por la cantidad de \$26.362.079.000.

En el testimonio rendido por José Harvey Hurtado en el Tribunal de Arbitraje 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. vs Sistemas Operativos Móviles S.A. y Grupo Integrado de Transporte Masivo S.A., que se decretó en este proceso como prueba trasladada, aparece consignado lo que sigue a continuación:

“DR. FALLA: *¿Al haber usted efectuado el estudio de los estados financieros y sus notas, usted recuerda que en algún momento se hubiera informado sobre mora en el pago de las acciones suscritas por Somos K?*

SR. HURTADO: *No, en ningún momento, en ningún momento fui informado que había mora en los pagos, no fue así.”*

El señor Hurtado tenía la calidad de representante legal de un accionista de GIT Masivo y fue miembro de Junta Directiva de esa sociedad.

Lo que acreditan esas pruebas coincide con lo que en su declaración de parte afirmó el señor Enrique Wolff Marulanda:

“DR. FALLA: *Pregunta 12.- ¿Usted sabe que si Somos K en el período comprendido del anticipo, que es julio del 2014 a diciembre del 2015, SOMOS aportó en efectivo los 20.000 millones de pesos?*

SR. WOLFF: *Más de 27.000 millones, acercándose a los 30.000.*

DR. FALLA: *Pregunta 13.- ¿En ese valor están incluidas las facturas, la facturación de los servicios por transferencia de Know how digamos por servicios prestados a SOMOS?*

SR. WOLFF: *En esos 27.000 millones o 30.000 sí se hizo el proceso de esa facturación.”*

Todo lo anterior es suficiente para que el Tribunal tenga acreditado el pago del precio de las acciones suscritas por Somos K. Sin embargo, no se pasará por alto el hecho de que la demandante ha señalado que parte de esa cantidad se “pagó” con el importe de las facturas que dicha sociedad o sus vinculadas (SOMOS INVERSIONES Y CÍA S.A.S. y TRANSPORTES TULUM S.A.S) emitieron para hacer el cobro de diversos servicios a la sociedad.

⁵¹ Folio 70 del Cuaderno 1.2. Reforma de la Demanda.

Lo que apareció demostrado en el expediente es que, en efecto, en la cuenta 281005 de la contabilidad de GIT Masivo donde aparecen las operaciones celebradas con Somos K como depósitos recibidos por la sociedad para futura suscripción de acciones, fueron acreditadas sumas por las facturas que se han cuestionado en este proceso, esto es, las facturas 002 de SOMOS INVERSIONES Y COMPAÑÍA S.A.S. expedida el 13 de febrero de 2015 por concepto de reestructuración y planeación GIT por la suma de \$2.900.000.000, incluido IVA; 027 de Transportes Tulum S.A.S. de la misma fecha por concepto de servicio de transporte operativo por la suma de \$1.358.000.000 (sin IVA); 030 de Transportes Tulum S.A.S., también del 13 de febrero de 2015, por concepto de asesoría año 2015-2016 NIIF por la suma de \$422.634.989 (incluido IVA) y 624 de Somos K, de la misma fecha, por concepto de reintegro de gastos de prevención vial 2015 y 2016 por la suma de \$700.000.000 (sin IVA), que en sus valores netos de pago aparecen por la suma total de \$4.994.641.486.

De este cálculo se excluye la factura 623 de Somos K por corresponder a un reembolso de gastos⁵² y no al cobro de un servicio.

Empero, si al valor acreditado al 30 de noviembre de 2015 a favor de Somos K de \$27.478.261.312,11 que fue precisado por el Tribunal se deduce el importe antes denotado, el valor girado hasta ese momento por Somos K correspondería a \$22.483.619.826,11, el cual supera con holgura el pertinente a la obligación de pago adquirida por esta compañía al suscribir las acciones.

Aun así, si por cualquiera causa, que en todo caso no fue alegada por la demandante ni con la demanda, ni al momento de presentar sus alegatos de conclusión, se entendiera que en la suma correspondiente al pago de la suscripción de acciones objeto de este proceso necesariamente debe incluirse la que corresponde al importe de las facturas señaladas, tampoco encuentra el Tribunal que por ello se constituya un incumplimiento.

En primer lugar, porque, como ya se anotó, las condiciones de pago del contrato de suscripción de acciones que obligan a Somos K son las que fueron determinadas por la Junta Directiva de la sociedad al aprobar el Reglamento de Colocación de Acciones y no las del acuerdo de accionistas. Por tal causa, GIT

⁵² De esos gastos se entregaron soportes al Tribunal en la diligencia de inspección judicial practicada en Somos K en el CD que obra a folio 47 del Cuaderno No. 3.0 Pruebas; dentro de la carpeta Anexo 2, Soportes factura 623 y también se acreditaron con los documentos que entregó la demandada con memorial que obra a folio 70 del Cuaderno 3.0 Pruebas.

Masivo, como único acreedor de esa obligación, válidamente podría aceptar que el precio de la suscripción de las acciones fuera compensado con el que le correspondía pagarle a Somos K por los servicios a que se referían esas figuras. En la declaración del testigo de la parte demandante Guillermo Martín Forero aparece claro que esa fue la decisión que se adoptó al interior de la compañía:

“DRA. RUGELES: Le voy a poner este ejemplo. METRO CALI les entregó \$50.000 millones de pesos en caja, de ahí tienen que coger \$5.000 y tantos para devolvérselos a Somos K; ¿a título de qué se los hubieran entregado?

SR. FORERO: Pues el pago de las facturas.

DR. PABÓN: Hubieran utilizado la misma figura pero después?

SR. FORERO: Claro, claro es que era la única figura que podía existir doctor, o sea no existía otra figura, en su momento se estuvo intentando, no existía otra figura, entonces era que Somos K le facturara o una empresa del grupo, a GIT, para devolverle esa diferencia entre el valor nominal y el valor intrínseco.

DRA. RUGELES: O sea que en últimas lo que le entiendo es un problema de caja, poner \$20.000 de una vez y devolver \$5.000.

SR. FORERO: Sí.

DRA. RUGELES: O coger \$15.000 y compensar \$5.000, para llegar a un mismo resultado final.

DR. PABÓN: Para evitar la liquidación de esos \$5.000?

SR. FORERO: Para evitar efectivamente que GIT Masivo entrara en liquidación.”

(...)

“DRA. RUGELES: Eso está clarísimo tal vez entonces no he sido clara en mi pregunta. Yo tengo muy claro el tema de lo que debe registrarse contablemente, pero usted ha dicho para las inversiones se requerían \$20.000 millones de pesos para pagar los gastos y lo demás se requerían \$20.000 millones de pesos, como no se podían recibir \$20.000 millones de pesos porque la acción no valía eso, porque no pactaron recibir una suma superior para poder conservar los \$20.000 millones de pesos para hacer las inversiones de capital porque es que desde el día 1 sabían que de los \$20.000 millones \$5.000 mil no iban a quedarse en GIT Masivo.

SR. FORERO: Doctora perdone pero digamos esa si no era mi atribución, esa era una atribución de junta directiva.

DRA. RUGELES: Pero usted nos comentó que participó en todas las negociaciones, entonces qué recuerda que haya pasado porque eso se comentó, no le estoy diciendo que usted porque no decidió.

SR. FORERO: No sabría decirle digamos la decisión final porque esa es una decisión de junta directiva y de socios de SOMOS o sea no me acuerdo algo más, se consultó que no se podía y eso fue y hasta ahí llegó mi responsabilidad doctora y en mi conocimiento como tal, pero ya ahí de que por qué no se pactaba \$25.000 mil millones para que efectivamente llegara a \$20.000 pues tocaría ya con la junta directiva o el representante legal.”

También el testigo de la demandante Miguel Muñoz sobre este tópico expresó lo siguiente en su declaración:

“DR. PAZ: Preguntado.- Como usted manifiesta que hacía parte de la junta directiva de GIT Masivo, diga usted a este Despacho si la junta directiva autorizó algún tipo de compensación a través de un cruce de cuentas?

SR. MUÑOZ: A ver, dentro del acuerdo quedó establecido de que Somos K entregaba los 20.000 millones de pesos como capitalización pero como había un problema de tipo financiero y jurídico en el tema de la diferencia entre el valor intrínseco de la acción y el valor nominal de la misma no se podía compensar las acciones al valor nominal sino que la negociación se hizo

sobre el valor intrínseco que eran 6.000 y pico de pesos por acción, entonces lo que se dijo y se acordó era que ellos entregaban su capital, los 20.000 millones de pesos, me acuerdo que en su momento METRO CALI iba a hacer una compensación de recursos dentro de la operación porque como estaban pagando con una tarifa que no era la técnica que estaba establecida en el contrato entonces METRO CALI iba a hacer unas compensaciones porque la tarifa no daba para cubrir la prestación del servicio que era alrededor como de 7.000 millones de pesos en su momento que con ese valor se podía compensar ese excedente, de todas formas lo ideal era que en su momento Somos K inyectara los 20.000 millones de pesos para poderle generar liquidez a la empresa y ya la compensación creo que soltaron como tres propuestas, una era con recursos propios, otros era con recursos de esa devolución de dinero por parte de METRO CALI, y la otra tercera no me acuerdo si era con la prestación de unos servicios que Somos K le pudiera ofrecer a GIT Masivo como tal.”

De lo anterior se concluye que acreedor (GIT Masivo) y deudor (Somos K) estuvieron de acuerdo en compensar las obligaciones que mutuamente tenían para esa época, aun cuando para ese momento la obligación de pagar el segundo contado de \$10.000.000.000 a cargo de Somos K no fuera exigible, dado que contaba con plazo hasta el 2 de diciembre de 2015 para cumplir con esto. En este caso, la compensación de sus mutuas obligaciones no fue de carácter legal⁵³, sino voluntario como lo ha admitido la doctrina⁵⁴, y Somos K, al consentir con la misma, renunció parcialmente al plazo que en su beneficio se la había otorgado para hacer exigible la prestación a su cargo. Aquí resulta necesario aclarar que SOMOS INVERSIONES Y COMPAÑÍA S.A.S. y TRANSPORTES TULUM S.A.S., originales acreedoras de las facturas 002, 027 y 030 a cargo de GIT Masivo cedieron a Somos K sus respectivos derechos de reclamar pago de las facturas. Ello fue acreditado por esta última sociedad en la diligencia de inspección judicial que se practicó en su sede al exhibir los correspondientes documentos de cesión de crédito⁵⁵.

En relación con las facturas a cargo de GIT Masivo ha sostenido la demandante que la obligación de pago que surgía para ella carecía de causa por cuanto los servicios de que daban cuenta las mencionadas facturas no se prestaron; sin embargo, el Tribunal considera que esta objeción puede resolverse de uno u otro modo como se expone a continuación.

⁵³ Por su carácter voluntario, a juicio del Tribunal, para esta compensación no se aplica la exigencia del numeral 3º del artículo 1715 del Código Civil, en el sentido de que ambas obligaciones deben ser exigibles.

⁵⁴ “*Compensación voluntaria es, como su nombre lo indica, la que se produce por voluntad de los particulares cuando no concurren los requisitos de la compensación legal. Ella es perfectamente lícita en virtud del principio de la autonomía de la voluntad.*” Alessandri R. Arturo “Tratado de las obligaciones”. Tomo II Página 171.

⁵⁵ Folios 14 y 17 del Cuaderno No. 3.0 Pruebas.

En el proceso fue acreditado que GIT Masivo recibió servicios de Somos K en relación con los aspectos a que se refiere cada una de las facturas, a saber, reestructuración y planeación GIT, asesoría año 2015-2016 NIIF, servicio de transporte operativo y prevención vial 2015 y 2016. Tales actividades constituyeron el modo en que Somos K traslado el Know How a GIT Masivo, que como se dijo desde el inicio de las tratativas entre ellas, constituía uno de los incentivos de los accionistas de esta sociedad para aceptar el ingreso de Somos K a dicha compañía. Resultaría contrario a la verdad aseverar que GIT Masivo no recibió importantes aportes de aquella sobre aspectos que resultaban de relevancia para la continuidad de la operación. En este punto el Tribunal resalta que ni en el acuerdo de accionistas, y menos en el Contrato de Suscripción, fue incluida obligación alguna a cargo de Somos K en cuanto a transferir conocimiento y experiencia a GIT Masivo sobre el desarrollo de las actividades sociales, las prestaciones a su cargo en lo que se refiere a aportes a dicha sociedad se vincularon exclusivamente a lo que fue determinado para la suscripción de acciones; por lo tanto resulta procedente que Somos K hubiese valorado la asesoría y acompañamiento que en diferentes frentes iba a otorgar a GIT Masivo.

Sobre la efectiva prestación de estos servicios constan en el expediente variadas pruebas, a saber, los testimonios de Jorge Andrés Gutiérrez Arboleda, Coordinador de Operaciones de Somos K; Eivar Humberto Vargas Rodríguez, ingeniero de prevención de accidentes y gestiones de riesgo en Somos K; Vicente Gutiérrez Aponte, quien fue contador de Somos K; Álvaro José Muñoz Murillo, Jefe de Programación ITI de GIT Masivo; Liliana Velasco Perdomo, quien tuvo la calidad de miembro de Junta Directiva de GIT Masivo; Rodrigo Camacho Godoy, quien fue Gerente de Operaciones de GIT Masivo; los documentos que al respecto fueron exhibidos por Somos K en la diligencia de inspección judicial que se practicó en su sede, en particular los que aparecen como soportes de cada una de las facturas presentadas⁵⁶, los que fueron aportados con memorial de la demandada como complementó a dicha inspección⁵⁷; dictamen pericial de parte de Strategas Consultores S.A.⁵⁸, coincidentes todas con lo que en su declaración de parte señaló el representante legal de la parte demandada.

⁵⁶ CD que obra a folio 47 del Cuaderno No. 3.0 Pruebas.

⁵⁷ Folios 70 y siguientes del Cuaderno 3.0 Pruebas.

⁵⁸ Folios 62 a 100 del Cuaderno No. 1.2. Reforma de la Demanda.

Con relación a ese punto, hasta el testigo de la demandante Guillermo Martín Forero, reconoció que tales servicios se prestaron como se deduce del siguiente aparte de su declaración:

“DRA. RUGELES: Mientras encuentran el documento retomo en relación con la pregunta que le hice anteriormente. ¿Si se hubiera cumplido la entrega de recursos en caja de los \$20.000 millones y hubiera tenido que hacer la devolución de la suma de compensación en todo caso Somos K hubiera facturado los servicios en los que usted dice que sí hubo prestación parcial los de acompañamiento de operación, los reintegros de gasto, eso en todo caso se hubiera facturado?

SR. FORERO: Claro doctora se tenía que facturar.

DRA. RUGELES: Ahí hubiera implicado gasto para GIT Masivo adicional.

SR. FORERO: Si señora, y es que es gasto porque se convierte en un diferido y luego se convierte en gasto.

DRA. RUGELES: O sea que al final Somos K hubiera recibido la suma de la compensación y el pago por esos servicios.

SR. FORERO: Correcto.”

Es cierto que parte de dichos servicios se facturaron originalmente por otras sociedades vinculadas a dicha sociedad; que, en todo caso, no tenían ninguna limitación legal en su objeto social al respecto como lo alegó la demandada⁵⁹, sin embargo, tal circunstancia no desvirtúa el hecho de que GIT Masivo recibió de Somos K los servicios referidos y de que ello se prestaron como una transferencia de los conocimientos que por razón de su experiencia en la prestación de servicios de transporte, la demandada podía ofrecer en beneficio de GIT Masivo. No se trata, como se ha querido plantear por la parte convocante, de que Somos K o sus filiales hubieran excedido su objeto social o se hubieran dedicado a otra actividad, sino que como nuevo socio de GIT hizo un aporte de conocimiento del negocio que es usual en este tipo de operaciones, sin que por ello pueda entenderse que se está desviando la finalidad para la cual fue creada esa sociedad.

En segundo término, no puede perderse de vista que, aún si tales servicios no se hubiesen prestado, en todo caso existía para GIT Masivo una obligación de pago con Somos K que habría de extinguirse por vía de compensación, tal y como fue pactado en todos los documentos que fueron necesarios para la unión de Somos K a dicha sociedad como accionista; tema al cual ya se refirió ampliamente el Tribunal, por lo que también resultaría justificado que se compensara el pago de la suma pactada por este concepto con parte del precio de las acciones. Sobre este aspecto, se reitera, la ya citada explicación del testigo de la parte demandante Guillermo Martín Forero:

⁵⁹ En el objeto social de ambas compañías que aparece certificado en sus correspondientes certificados de existencia y representación legal se señala que podrán ejercer cualquier acto lícito de comercio.

DRA. RUGELES: Le voy a poner este ejemplo. METRO CALI les entregó \$50.000 millones de pesos en caja, de ahí tienen que coger \$5.000 y tantos para devolvérselos a Somos K; ¿a título de qué se los hubieran entregado?

SR. FORERO: Pues el pago de las facturas.

DR. PABÓN: Hubieran utilizado la misma figura pero después?

SR. FORERO: Claro, claro es que era la única figura que podía existir doctor, o sea no existía otra figura, en su momento se estuvo intentando, no existía otra figura, entonces era que Somos K le facturara o una empresa del grupo, a GIT, para devolverle esa diferencia entre el valor nominal y el valor intrínseco.

DRA. RUGELES: O sea que en últimas lo que le entiendo es un problema de caja, poner \$20.000 de una vez y devolver \$5.000.

SR. FORERO: Sí.

DRA. RUGELES: O coger \$15.000 y compensar \$5.000, para llegar a un mismo resultado final.

DR. PABÓN: Para evitar la liquidación de esos \$5.000?

SR. FORERO: Para evitar efectivamente que GIT Masivo entrara en liquidación.”

Resultaba procedente que GIT Masivo aceptara compensar el dinero que en todo caso debía pagar a Somos K con la suma que esta última también le adeudaba. Nótese que ni en el acuerdo de accionistas, ni en las consideraciones de la Asamblea General de Accionistas, ni de la Junta Directiva al aprobar las decisiones relacionadas con este asunto, se señaló en concreto cómo debía pagarse la compensación; aunque se acordó que debía realizarse una vez recibida la suma esperada de METROCALI, y que, de no haberse hecho en los 6 meses siguientes a la aprobación de la Asamblea General de Accionistas, dicha suma debería ser capitalizada. Tampoco se concertó que para el pago de la compensación fuera necesario que GIT Masivo hubiese recibido el pago completo de la suma correspondiente al valor de las acciones suscritas, como erradamente lo ha señalado el demandante sin soportar su afirmación, y menos quedó proscriba la posibilidad de compensar las obligaciones recíprocas de pago que surgieron para ellas por causa de este negocio.

Dado que la última vez que la Asamblea General de Accionistas aprobó esa resolución sobre la compensación a favor de Somos K (al ratificar la decisión anterior de agosto de 2014) fue el 14 de noviembre de 2014 y que el acuerdo de accionistas se suscribió el 2 de diciembre de ese mismo año, queda claro que era posible que GIT Masivo pagará la compensación a Somos K antes de que esta última hubiera completado sus aportes de capital, para lo cual tenía plazo de un año, pues, según lo dicho, podía hacer tal pago dentro de los 6 meses siguientes a la aprobación de la resolución, se entiende a la suscripción del acuerdo. De no haber sido ese el querer de las partes expresamente, el pago de la compensación hubiera condicionado a la entrega íntegra de los aportes, pero del texto de la resolución de la Asamblea - que fue incorporado en la cláusula 6 del acuerdo de

accionistas- queda claro que Somos K sí podría recibir la compensación antes de haber completado el aporte de capital. Se insiste que la voluntad coincidente de las partes era que, de hecho, aquella aportará a GIT Masivo la suma de \$14.929.656.800 y no de \$20.000.000.000.

Sin embargo, todo lo atinente a este asunto fue delegado expresamente en la Junta Directiva de la sociedad y fue ella quien en reunión de enero de 2015, a la que se ha hecho mención repetidas veces, decidió que para el pago de la compensación antedicha se presentara factura por parte de Somos K. Inicialmente se esperaba recibir un pago de METROCALI, como se dijo, lo cual fue pactado en el acuerdo de accionistas y fue parte de la decisión de Asamblea de Accionistas y de Junta Directiva de GIT Masivo, y constituía la fuente de pago primaria de la nombrada compensación. No obstante, en la reunión de Junta Directiva mencionada se optó por este otro mecanismo para lograr el objetivo acordado, lo que implicaba que no se haría uso de la liquidez que daría METROCALI, sin duda alguna, en beneficio de GIT Masivo y de sus accionistas.

Estando claro, como ya se dijo, que la verdadera intención de las partes era que Somos K hiciera un aporte a la sociedad, inicialmente de \$14.929.656.800, no resulta censurable para el Tribunal que ambas sociedades acordaran que la suma objeto de compensación no fuera girada a Somos K, sino que el valor al que tenía derecho se imputara al pago del precio sobrestimado de las acciones, por cuanto ello no afectaba, ni tenía incidencia en el aporte real convenido por las partes, que valga la pena reiterar, fue incluso superior al acordado, evitándose, en consecuencia, la causación de un daño a GIT Masivo o a sus accionistas.

En otras palabras, no colige el Tribunal que se haya presentado ningún perjuicio o detrimento para GIT Masivo y, por ende, para sus accionistas, con ocasión de la imputación referida; tal operación en nada afectaba la expectativa que las partes tenían cuando convinieron las condiciones de su negocio, consistente en recibir un aporte de capital del orden de \$14.929.656.800, que a la postre, resultaría representativo del 21,89% del capital suscrito y pagado. No puede pasarse por alto que una vez recibidos los \$20.000.000.000, GIT Masivo hubiera tenido, en todo caso, que devolver la cantidad de \$5.070.343.200, por lo cual, la realidad del negocio no se vio afectada por la compensación.

Lo que sí hubiese sido reprochable es que Somos K, habiendo pagado únicamente la suma de \$14.929.656.800, hubiese recibido giro de suma de dinero

por el importe de las mencionadas facturas, sin haber completado la suma de \$20.000.000.000, pues esa compensación disminuiría el valor efectivamente pagado. En tal caso, GIT Masivo, y, por ende, sus accionistas, verían afectado el valor del aporte que Somos K se había obligado a hacer. Pero como fue acreditado, tanto por prueba testimonial como documental y pericial, Somos K no recibió suma alguna de dinero de parte de GIT Masivo por tales facturas, como se señala seguidamente.

El testigo de la parte demandada, Vicente Gutiérrez Aponte, quien fue contador de Somos K se refirió a este tema en los siguientes términos:

“DR. FALLA: Sí. Puede usted indicar, ¿estas facturas aportadas por terceros asociados a SOMOS quién las canceló, si las canceló GIT Masivo o las canceló Somos K?

SR. VICENTE: Somos K en el caso de..., porque con Somos K no se ha pagado.

DR. FALLA: ¿Y usted sabe si entonces las facturas emitidas por Somos K le fueron canceladas a GIT Masivos por Somos K?

SR. VICENTE: Otra vez doctor vuélvame a repetir.

DR. FALLA: Usted acaba de decir las facturas emitidas por terceros, o Inversiones, TULUM, fueron pagadas por Somos K; las facturas emitidas por Somos K, usted dice Somos K no las pagó, no se pagó así mismo, la pregunta es: ¿Usted sabe si GIT Masivo le canceló esas facturas a Somos K?

SR. VICENTE: Lo que pude evidenciar de los documentos es que fueron sumadas en la parte de la capitalización.”

Por su parte, Guillermo Martín Forero, testigo de la parte demandante, reiteradamente explicó que GIT Masivo no hizo pago alguno a Somos K de la cuantía de las facturas mencionadas, al punto que en algún momento de su declaración el Tribunal solicitó a quien interrogaba no insistir en ese punto que había quedado clarísimo en el curso de su versión. Justamente lo que el testigo aseveró en conexión con esta cuestión fue lo siguiente:

“DR. PAZ: Preguntado. Si usted dice que no ingresaron los \$20.000 millones, cuáles fueron las razones para que Somos K hiciera la respectiva compensación, o sea si me permite profundizar un poquito o poner en contexto eso, qué razones internas ustedes tuvieron para hacer una compensación si en realidad no habían entrado los \$20.000 millones de pesos.

SR. FORERO: Pues a ver ese tema se expidió las facturas y son lineamientos directamente de la gerencia, la gerencia general de SOMOS, y pues que era la misma gerencia general de GIT Masivos.

DR. PAZ: Cómo reportaron ustedes tributariamente a la Dian digamos los servicios prestados y el concepto de esas facturas.

SR. FORERO: Pues eso se genera para cada una de las compañías un ingreso que se reporta como tal y se pagó el IVA y se pagó rentas.

DR. PAZ: Si se reportó como un ingreso diga usted al Despacho si GIT Masivo pagó efectiva y realmente esas facturas.

SR. FORERO: Si se refiere que si pagó movimiento de caja como tal y bancos no lo hubo porque hubo sea el efectivo nunca circuló entre las empresas.

DR. PAZ: Teniendo en cuenta que hubo un cruce de cuentas según su decir, Somos K si tenía o no tenía derechos a esas compensaciones.

SR. FORERO: Digamos que dejarlo a mi decisión pues está muy complicado; digamos el acuerdo decía que se tenía que pagar los \$20.000 millones y que se tenía derecho a la compensación. Pues si se refiere al pago efectivo, pues se llegan a los \$15.000 millones pago efectivo y se hace un cruce de cuentas por \$5.000 millones.”

Y se insistió tanto en indagar el punto del pago de las facturas que fue necesario que el Tribunal, en cumplimiento de los deberes que le impone el artículo 42 del Código General del Proceso, reconviniera a los apoderados de la siguiente manera:

“DR. PABÓN: Yo les pediría a los apoderados y al declarante que ya no insistan más en el cuento de que se pasó o no dinero porque ya todos tenemos claro que no hubo movimiento de caja.”

Finalmente, de los registros del libro auxiliar de la contabilidad de GIT Masivo, aportado tanto por el testigo de la parte demandante William Rodríguez como por la misma Somos K en la inspección judicial, y considerado también por el perito Strategas Consultores S.A., al que se ha hecho repetida cita, también puede concluirse que esa sociedad no hizo giros de dinero a Somos K por concepto de tales facturas, pues ninguno de los movimientos débito de dicha cuenta se identifica como pago o giro alguno a su favor.

En conclusión, de las pruebas recaudadas en el proceso quedó acreditado para este Tribunal que GIT Masivo no hizo ningún giro de dinero a Somos K de las sumas representadas en las facturas, como ya fue señalado precedentemente.

Por otra parte, revisados tanto los registros contables como las declaraciones rendidas a lo largo del proceso, tampoco advierte el Tribunal que exista una doble emisión de esas facturas o una irregularidad en las mismas como lo sostuvo la parte convocante. Así lo confirmó el contador de la sociedad demandada, en los siguientes términos:

“(…), pero en ningún momento se está hablando de una doble facturación ni nada de eso, para nada, con mi profesión doctor discúlpeme en ningún momento se llega a hacer nada que afecte mi profesión ni lo voy a permitir nunca, y no puede ser que yo esté hablando acá con los árbitros de algo que eso si me molesta, no me gusta.

Y en igual sentido, frente a la discusión que se suscitó en el proceso sobre la supuesta existencia de doble facturación, el testigo Vicente Gutiérrez Aponte, explicó que los documentos entregados en la inspección judicial realizada a Somos K, no pueden entenderse, ni mucho menos tienen el alcance de probar una doble facturación, sino que los mismos son el soporte documental que el sistema utilizado por esa empresa arroja cuando se le pide que genere un soporte de la factura, que fue lo que ocurrió:

“DR. FALLA: *Ok. Por favor infórmele al Tribunal si ese es una factura que está de soporte en la contabilidad de Somos K o qué tipo de documento es.*

SR. VICENTE: *Esto es una factura que emite el programa Siesa Pyme, que es donde se llevaba la contabilidad de Transportes TULUM en esa fecha, y como dentro de los requisitos solicitados estaba evidenciar que eso había sido registrado en el sistema se generó este documento.*

DRA. RUGELES: *Perdón, ¿me puede repetir la respuesta?*

SR. VICENTE: *Este es un documento que genera el sistema Siesa Pyme, un programa que lleva la contabilidad o llevaba la contabilidad en esa fecha, y es la evidencia de que la factura fue contabilizada, entonces uno va al software y le dice génereme la Factura 27, su registro contable, y esto es lo que genera la factura.*

DRA. RUGELES: *¿O sea eso no es la factura sino el soporte del registro?*

SR. VICENTE: *Correcto.”*⁶⁰

Finalmente, se reitera que GIT Masivo, acreedor de la obligación de pago del precio de las acciones suscritas, no reclamó a Somos K sobre su supuesto incumplimiento; no aparece evidencia alguna en el expediente sobre algún reparo de aquella respecto del pago que efectuó Somos K, aspecto que sería necesario para derivar el supuesto incumplimiento del acuerdo de accionistas que se ha reclamado.

Como corolario de la anterior argumentación el Tribunal reconocerá la prosperidad de las excepciones de mérito denominadas El acuerdo de accionistas ha sido cumplido por parte de Somos K; No concurren los elementos de responsabilidad civil contractual en cabeza de Somos K e Improcedencia de hacer efectiva la cláusula penal contenida en la cláusula 19.5 del acuerdo de accionistas debido al cumplimiento de las obligaciones principales por parte de Somos K y Cláusula Penal enorme, razón por la cual desestimaré las pretensiones 3.1., 3.2., 3.3., 3.4., 3.7., 3.8, 3.9. y 3.10 de la demanda reformada.

⁶⁰ Testimonio Vicente Gutiérrez Aponte. Cuaderno 1.3 Folio 75.

5.2. Cláusula 13. Negocios Complementarios

En esta estipulación del acuerdo de accionistas las partes convinieron que cualquier negocio relacionado con la venta de equipos de transporte y el objeto principal de la sociedad, negocios de los que se incluyeron varios ejemplos a título enunciativo, únicamente podría ser *“canalizado a través de sociedades íntegra y exclusivamente integradas por todos los accionistas de GIT MASIVO”*. Como consecuencia de ello se estableció que cuando un accionista o sus Afiliadas⁶¹ quisiera desarrollar actividades definidas como negocios complementarios debía presentar el negocio *“a los accionistas representados en la Junta Directiva”* para que esta decidiera si querían llevarlo a cabo. Se determinó, igualmente, que sólo podría hacerse la actividad señalada si conjuntamente participaban con el Accionista proponente quienes hubiesen manifestado interés en tal sentido.

Este pacto resulta usual en Acuerdos de Accionistas, o incluso en contratos de compraventa de acciones, y tiene por propósito conjurar los efectos adversos que para la sociedad y para sus accionistas pudiera tener la celebración de negocios con los accionistas o administradores y/o entes vinculados a ellos en condiciones que favorecieran injustificadamente a éstos, logradas, precisamente, por su condición de tales. También, como parece ser en este caso, tiene por fin que el beneficio que los negocios conexos a la actividad social reporte sea para todos los accionistas de la compañía en condiciones equitativas y sin exclusión de ninguno de ellos.

Una manera de lograr esos objetivos es a través de un pacto de tenor similar al estudiado o con el establecimiento de derechos de veto a las decisiones de aprobación de esta clase de negocios, que, además, siempre deben ser autorizados por los órganos sociales, bien sea, los de representación de accionistas o socios (Asamblea de Accionistas o Junta de Socios) o de administración (Junta Directiva), de forma tal que con ello se puedan controlar las operaciones que adelanta la sociedad. Dada la calidad que tienen todos los accionistas de la compañía -ligados de una manera u otra al negocio del transporte masivo de pasajeros-, incluida la sociedad suscriptora de nuevas acciones Somos K, resultaba razonable pactar tal exigencia en protección de los

⁶¹ Este término fue definido en la cláusula 1 de Definiciones e interpretación así: *“significa, cualquier persona, cualquier subordinada, filial o subsidiaria, directa o indirecta, de tal Persona y cualquier otra Persona que directamente o a través de intermediarios Controla, o es Controlada, por o se encuentra bajo el Control común con tal persona.”*

intereses de todos, y, particularmente, de quienes no tenían control de la administración de la sociedad.

Empero, en el caso del acuerdo de accionistas objeto de análisis, se incurrió en una contradicción al establecer ese convenio. Primero se dijo que las “*Actividades Complementarias*” **únicamente** podrían “*canalizarse*” -el Tribunal entiende contratarse- con sociedades donde tuvieran participación todos los accionistas de GIT Masivo, en forma **exclusiva e íntegra**, según se indica expresamente. Pero a renglón seguido establecieron que el accionista que quisiera desarrollar las Actividades Complementarias debía presentar el negocio a la Junta Directiva para que esta decidiera si el mismo se celebraría y, en caso de ser autorizado, solo podría adelantarse con la participación de los otros Accionistas que hubiesen manifestado interés en participar, es decir, con la sola autorización de la Junta Directiva pueden llevarse a cabo Actividades Complementarias con accionistas de la sociedad, y no necesariamente con sociedades donde todos ellos tuvieran participación; incluso, por uno solo de ellos, si ningún otro manifestaba su interés de ser parte del negocio en concreto. Esta posibilidad, obviamente deja sin efecto el pacto en relación con sociedades integradas exclusiva e íntegramente por todos los accionistas de GIT Masivo. Por lo demás nunca fue referido en el proceso que una sociedad de este tipo existiese y que con ella se hubieran efectuado negocios de cualquier clase, y si parece excesivo que los accionistas de GIT Masivo tuvieran que constituir sociedades paralelas para llevar a cabo tales Actividades Complementarias, que, en adición, eran de variado tipo, como suministro de insumos propios de la industria del transporte, o de capacitación de personal o de publicidad. Tampoco se percató el Tribunal de que en la discusión de los términos del acuerdo de accionistas hubiese surgido el plan de constituir esta sociedad o siquiera se hubiera hecho mención de la misma.

Así las cosas, para el Tribunal dicha cláusula imponía a los signantes del Acuerdo, entre ellos Somos K, pero no solo a ella, una obligación consistente en presentar la oportunidad de negocio que fuera de su interés y correspondiera a la categoría enlistada a la Junta Directiva de la sociedad (en donde entiende se encuentran representados los demás accionistas⁶²) para que ésta decidiera si quería llevar o

⁶² Este entendimiento surge de la aplicación del sistema de cociente electoral para la elección de los miembros de este órgano, sistema de carácter imperativo según disponen los artículos 197 y 436 del Código de Comercio, y respecto del cual la Superintendencia de Sociedades ha indicado lo siguiente: “*El referido sistema tiene como finalidad obtener que tales cuerpos colegiados estén conformados por representantes de los diversos grupos o tendencias que existan en el seno de la asamblea general y así orientar los negocios de la sociedad, conforme al querer de la mayoría, en tal virtud, lo que la norma pretende, es permitir la participación de todos los accionistas a fin de que a través de las distintas*

no a cabo la transacción. También imponía que tal negociación debía adelantarse con todos los accionistas que hubieran manifestado su interés en participar, es decir, exigía a quien quisiera ser parte de la negociación que debía informarlo al interior de la Junta Directiva. No hubo referencia a ningún procedimiento que debería cumplirse para ello, ni de la forma en que los accionistas interesados podrían unirse para este fin. Interpreta el Tribunal, entonces, que, en el caso de los Negocios Complementarios, el interés de las partes era propender porque los mismos fueran del beneficio de todos los accionistas, pero permitió que se pudieran hacer con uno o algunos de ellos con autorización de la Junta Directiva, de manera tal que sí resulta posible que tales actividades complementarias fueran prestadas en condiciones distintas a las señaladas en la parte inicial de la cláusula.

Ha sostenido la demandante que Somos K incumplió esta estipulación del acuerdo por haber prestado, directamente o por medio de sociedades a ella vinculadas, los servicios a que se refieren las facturas 002 de SOMOS INVERSIONES Y COMPAÑÍA S.A.S. relativa a servicios de reestructuración y planeación GIT 15 años; 623 de Somos K por reintegro de gastos de personal en misión; 024⁶³ de la misma Somos K por concepto de reintegro de gastos de prevención vial y 027 de Transportes Tulum S.A.S. por concepto de servicio de transporte operativo, aunque también señaló que los servicios no fueron efectivamente prestados y que, a pesar de eso, las facturas fueron pagadas por GIT Masivo, tema del que ya se ocupó el Tribunal.

Por su parte, la demandada alegó que los servicios a los que se refieren esas facturas fueron prestados efectivamente, trasladando de esta manera el Know How de Somos K a GIT Masivo, y su contratación contó con la previa aprobación de la Junta Directiva de la sociedad, como da cuenta el acta 169 correspondiente a la reunión celebrada el 29 de enero de 2015. Señaló también que la prestación de esos servicios y presentación de esas facturas fue el mecanismo que la Junta Directiva de la sociedad estableció para que Somos K recibiera la compensación pactada en el acuerdo de accionistas, para no afectar los recursos líquidos que GIT Masivo recibió en diciembre de 2014 de parte de METRO CALI por una suma aproximada de \$9.000.000.000 como compensación por el no reajuste a la tarifa al usuario de los últimos cinco (5) años de vigencia del contrato celebrado con esa

planchas, se vean representadas todas las tendencias sociales.” (Oficio 220-17807 del 9 de diciembre de 2009).

⁶³ En realidad, se trata de la factura 624 de Somos K.

entidad. Igualmente, como ya vimos, señaló que las facturas correspondientes al cobro de servicios que se prestaron por Somos K o compañías vinculadas no fueron pagadas por GIT Masivo.

En cuanto se refiere a la imputación de incumplimiento de la cláusula 13 del Acuerdo por parte de Somos K por la presentación de las facturas mencionadas, lo primero que debe aclarar el Tribunal es que la factura 623 expedida por Somos K el 13 de febrero de 2015⁶⁴, según se indica en el cuerpo de la misma y según fue explicado por el testigo Guillermo Martin Forero⁶⁵, corresponde a un reembolso de gastos.

Esto aparece consistente con el hecho de que en la misma no fue incluida suma alguna por concepto de IVA, como corresponde hacer en el caso de prestación de servicios, y con los soportes que obran en el Anexo 2 de la información entregada digitalmente por Somos K en la inspección judicial⁶⁶. En efecto, allí aparecen sendos soportes de gastos efectuados por dicha sociedad, que según se explicó por la demandada, fueron incurridos por los desplazamientos del personal de Somos K a la ciudad de Cali en la época en que se estaba haciendo el análisis y valoración de la situación de GIT Masivo. Por tal causa, dicha factura se encuentra excluida del concepto de Actividades Complementarias regulado, y su expedición no puede constituir incumplimiento de lo pactado en la cláusula 13 del acuerdo de accionistas.

En lo que se refiere a las facturas 002 de SOMOS INVERSIONES Y COMPAÑÍA S.A.S. expedida el 13 de febrero de 2015 por concepto de reestructuración y planeación GIT por la suma de \$2.900.000.000, incluido IVA; 027 de Transportes Tulum S.A.S. de la misma fecha por concepto de servicio de transporte operativo por la suma de \$1.358.000.000 (sin IVA); 030 de Transportes Tulum S.A.S.,

⁶⁴ Obra en el CD que aparece en el folio 47 del Cuaderno No. 3.0 Pruebas, que contiene la información que fue entregada digitalmente por Somos K en la diligencia de inspección judicial practicada en sus instalaciones.

⁶⁵ Lo que el señor Forero dijo en su declaración fue lo siguiente: “**DR. PAZ:** *Exactamente, pero es que quiero especificar el concepto específico. Hay una factura que es la 623 por un valor de \$148.002.092 por conceptos de reintegro de gastos de personal en misión. Diga si GIT Masivo realizó el pago de la factura y cuál fue el personal en misión que se fue de Somos K a GIT Masivo a prestar esos servicios.*

SR. FORERO: *Doctor, recuerda que yo le comenté digamos hace un ratico a la doctora que me preguntaba sobre la factura de SOMOS de personal en misión, esos \$140 millones fue de personal de operación, de mantenimiento, unos cálculos nuevos que se hicieron para poder liquidar esa factura a Somos K de \$140 millones. Que se haya pagado, como le comento, efectivamente si se refiere a pago cruce vía entidades financieras no se hizo porque lo que se hizo fue un cruce de cuentas de esas facturas.*

DR. PAZ: *Muy bien.*

DRA. RUGELES: *Esta fue la factura para reembolsar los gastos de personal para el acompañamiento en la operación.*

SR. FORERO: *Correcto doctora.*” (Destacado del Tribunal).

⁶⁶ Tales soportes obra en el mismo que aparece en el folio 47 del Cuaderno No. 3.0 Pruebas.

también del 13 de febrero de 2015, por concepto de asesoría año 2015-2016 NIIF por la suma de \$422.634.989 (incluido IVA) y 624 de Somos K, de la misma fecha, por concepto de reintegro de gastos de prevención vial 2015 y 2016 por la suma de \$700.000.000 (sin IVA)⁶⁷, la conclusión del Tribunal es la misma, su presentación a cargo de GIT Masivo y la prestación de los servicios a que ellas se refieren tampoco constituye incumplimiento de la estipulación consagrada en la cláusula 13 del acuerdo de accionistas, pero por otras razones que se explican a continuación.

En el punto 4 del acta 169 de Junta Directiva de GIT Masivo del 29 de enero de 2015⁶⁸ correspondiente a la reunión se acordó lo siguiente:

“4. LEGALIZACIÓN DE LA COMPENSACIÓN PARA Somos K EN LA RAZÓN A LA CAPITALIZACIÓN A VALOR NOMINAL.

De conformidad con lo aprobado en reunión extraordinaria de la asamblea general de accionistas del 14 de noviembre de 2014, donde se ratificó que el mejor mecanismo para la materialización de la oferta era darle cumplimiento a lo aprobado en la asamblea de accionistas del 13 de agosto de 2014 y que se cita a continuación:

“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.”

Compensación que tiene un valor de \$ 5.070.343.200 y que deberá ser cancelada de conformidad con lo señalado y aprobado en el Acta No. 29 de reunión extraordinaria de asamblea general de accionistas del 14 de noviembre de 2014.

Por lo anterior, Somos K o una de sus filiales facturará a GIT MASIVO dicha compensación a través de una factura cuyo concepto será el de “asesoría técnica, financiera, legal y operativa” por un valor total de CINCO MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y UN MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL CIENTO DOCE PESOS (\$5.881.598.112,00) MCTE, incluido el impuesto al valor agregado IVA.

Así mismo de conformidad con el mandato de la asamblea anteriormente citado, se deberá pagar el costo por concepto del Impuesto de Renta de alrededor del 25% y CREE del 11% a favor de Somos K.

Tras una deliberación, la Junta Directiva, en forma unánime aprueba el informe de legalización de la compensación y costos fiscales a favor de Somos K en razón a la capitalización a valor nominal de la acción, e instruye

⁶⁷ Aun cuando esta factura se expidió bajo ese concepto de reintegro de gastos, también se acreditó la existencia de un contrato de prestación de servicios entre GIT Masivo en el curso de la inspección judicial de Somos K (Obra en el CD que aparece en el folio 47 del Cuaderno No. 3.0 Pruebas, que contiene la información que fue entregada digitalmente por Somos K en la diligencia de inspección judicial practicada en sus instalaciones) y los demás soportes que se acompañaron dan cuenta de la prestación de un servicio por parte de Somos K.

⁶⁸ Folios 117 y 118 del Cuaderno 3.4 Pruebas.

al gerente de la compañía para que proceda de conformidad con lo anunciado en el presente punto del orden del día, autorizándolo para recibir las facturas expuestas. (...)”.

Esta decisión fue aprobada de manera unánime por los miembros de Junta Directiva presentes en la reunión, entre ellos, el señor Miguel Ángel Muñoz, representante legal de TRANSFUVALLE para la época. Aunque en el texto de esa acta se hizo referencia a una sola factura, el testigo Guillermo Martín Forero explicó durante el curso de su declaración y al ser preguntado por las facturas antes referidas, que, finalmente, esos servicios se representaron en varias facturas:

“DR. PAZ: Voy a precisar un poquito más la pregunta que hizo la doctora Mónica. Según su explicación entonces la expedición de esas facturas lo era para soportar un movimiento contable o realmente tenían un sustrato o un servicio o una relación causal o contractual que las soportara y le diera vida y realidad a esas facturas.

SR. FORERO: Era un tema como lo comenté hace un rato para poder llegar a lo acordado con el tema de la compensación se expidieron esas facturas buscando el mecanismo como lo dice en el acta se aprobó por junta directiva de GIT Masivo que buscara un mecanismo que generara el menor costo fiscal para GIT Masivo, y esas facturas se hacen con ese fin de poder buscar ese mecanismo de compensación entre el valor nominal y el valor intrínseco de la acción en su momento.”

De lo anterior aparece claro que la presentación de esas facturas fue expresamente autorizada por la Junta Directiva, así que lo demandado por la cláusula 13 se habría cumplido con esa decisión. Es decir, los servicios de que dan cuenta esas facturas no se prestaron a la sociedad sin conocimiento y aquiescencia de la Junta Directiva de la compañía, no se trató de acto oculto o soterrado de la administración que se hubiera advertido posteriormente, ni que se hubiera ocultado para evitar la posibilidad de participación de los otros accionistas de la compañía.

No está demás reiterar que la aprobación de la Junta Directiva para la presentación de esas facturas no comprende únicamente la autorización para que se prestaran los servicios a que ellas se refieren por parte de Somos K, sino que, como ya se explicó, también constituyó la definición por parte de la Junta Directiva del mecanismo para devolver a dicha sociedad el valor de la compensación pactada en el acuerdo de accionistas y aprobada tanto por la Asamblea General de Accionistas como por la Junta Directiva de GIT Masivo, que, también como ya se dijo nunca fue girada en dinero a dicha sociedad.

Así las cosas, y al no haberse probado la transgresión de Somos K a lo previsto en la cláusula 13, el Tribunal negará la pretensión 3.5. de la demanda y su consecuencial 3.6. del mismo escrito.

6.- Conclusión

Síguese de cuanto queda expuesto que las excepciones que han resultado probadas tienen la virtualidad de enervar la totalidad de las pretensiones de la demanda, por lo cual, por sustracción de materia, resulta innecesario entrar a realizar un pronunciamiento sobre los demás medios de defensa planteados por la demandada.

VII. COSTAS

Teniendo en cuenta que las pretensiones de la demanda no prosperan y que varias de las excepciones propuestas se han encontrado probadas, el Tribunal, con fundamento en el numeral 1° del artículo 365 del Código General del Proceso, condenará a la parte demandante a pagar el 100% de las costas del proceso y de las agencias en derecho, estas últimas por un valor de \$150.000.000 determinadas de acuerdo con los parámetros establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura en el Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, conforme a la siguiente liquidación:

Concepto	Valor
Total honorarios y gastos (incluido IVA)	\$1.335.180.000
Agencias en derecho	\$ 150.000.000
Total costas más agencias en derecho	\$1.485.180.000

No obstante lo anterior y en atención a que para la parte convocada se expidió la certificación de que trata el inciso segundo del artículo 27 de la Ley 1563 de 2012, en el evento en que el 50% de los honorarios y gastos del proceso ya le hayan sido pagados, se descontará de la suma anterior, el valor correspondiente a lo que haya recibido.

VIII. SOBRE EL JURAMENTO ESTIMATORIO

En el escrito de contestación a la reforma de la demanda, la parte convocada objetó el juramento estimatorio y solicitó que se apliquen las sanciones

establecidas en el artículo 206 del Código General del Proceso. Dichas sanciones, como bien se sabe, operan en dos circunstancias particulares, a saber:

La primera, prevista en el inciso cuarto de la norma, cuando se accede a las pretensiones de la demanda, pero la condena impuesta al demandado resulta ser inferior en un 50% a la cifra incorporada en el juramento estimatorio, evento en el cual a la parte demandante se le impone una sanción equivalente al 10% de la diferencia entre lo estimado y lo probado;

La segunda, prevista en el parágrafo de la disposición, opera si las súplicas de la demanda son denegadas por falta de demostración de los perjuicios cuya reparación se pretendía, evento en el cual la sanción que se le debe imponer al demandante corresponde al 5% del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron denegadas.

De lo anterior se sigue que no siempre que se deniegan las pretensiones de la demanda se debe imponer la sanción contemplada en el parágrafo del artículo 206 del Código General del Proceso, toda vez que, como se vio, esta solamente opera cuando la causa exclusiva por la cual las pretensiones no alcanzan prosperidad es la falta de demostración de los perjuicios a cuya reparación aspiraba el demandante, de manera que cuando las súplicas son denegadas por cualquier otra razón, la sanción no está llamada a operar.

En el presente caso, como se explica con suficiencia en las motivaciones y fundamentos de este laudo arbitral, las pretensiones de la demanda son denegadas por la ausencia del incumplimiento contractual que se le achacó a la parte demandada, por lo cual no resulta procedente la aplicación de la sanción prevista en el citado artículo 206 del Código General del Proceso.

IX. PARTE RESOLUTIVA

En mérito de las consideraciones que anteceden, el Tribunal de Arbitraje integrado para resolver las controversias surgidas entre **TRANSPORTES FUTURO DEL VALLE S.A.**, por una parte, y **SISTEMAS OPERATIVOS MÓVILES S.A.**, por la otra, administrando justicia, por habilitación de las partes, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: Declarar no probada la excepción denominada “Jurisdicción - La Cláusula Arbitral está circunscrita a la comprendida en el Acuerdo de Accionistas”.

SEGUNDO: Declarar no probada la objeción por error grave formulada por la parte convocada respecto del dictamen pericial rendido por Yobanni Alfonso Tapias.

TERCERO: Declarar probadas las excepciones denominadas “El acuerdo de accionistas ha sido cumplido por parte de Somos K”, “No concurren los elementos de responsabilidad civil contractual en cabeza de Somos K”, “Improcedencia de hacer efectiva la cláusula penal contenida en la cláusula 19.5 del acuerdo de accionistas debido al cumplimiento de las obligaciones principales por parte de Somos K”, “Improcedencia del ejercicio de una “posición dominante” por parte de Somos K”, “Inexistencia de un abuso del derecho por parte de Somos K”, “Improcedencia de la falta al deber de lealtad por parte de Somos K”, y “La actuación de Transfuvalle constituye una actuación contraria al principio *“venire contra factum proprium non valet”*”

CUARTO: Negar, en consecuencia, las pretensiones de la demanda.

QUINTO: Condenar a **TRANSPORTES FUTURO DEL VALLE S.A.** a pagar a **SISTEMAS OPERATIVOS MÓVILES S.A.** la suma de \$1.485.180.000 por concepto de costas y agencias en derecho.

SEXTO: Ordenar la expedición de copias auténticas de este laudo con destino a cada una de las partes.

SÉPTIMO: Ordenar la devolución del expediente al Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cali.

Esta providencia queda notificada en estrados.

ANTONIO PABÓN SANTANDER

Presidente

MÓNICA RÚGELES MARTÍNEZ

Árbitro

HENRY SANABRIA SANTOS

Árbitro

MARÍA DEL PILAR RAMÍREZ ARIZABALETA

Secretaria