

CÁMARA DE COMERCIO DE CALI

Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

ALEJANDRO DE LIMA BÖHMER Y AGROPECUARIA CUENCA S.A.

SOCIEDAD CIVIL

Vs.

AGROPECUARIA CALIMA S.A. SOCIEDAD CIVIL

LAUDO ARBITRAL

Santiago de Cali, veinticinco (25) de noviembre de dos mil once (2.011).

Agotado el cumplimiento de las etapas procesales previstas en las normas que regulan el Arbitramento institucional, la Ley 23 de 1.991 y los Decretos 2.279 de 1.989, 2.651 de 1.991 y 1.818 de 1.998, el Tribunal de Arbitramento procede a resolver sobre la controversia suscitada entre las partes y sometida a su decisión.

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES

SOLICITUD DE CONVOCATORIA E INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL

ALEJANDRO DE LIMA BÖHMER y AGROPECUARIA CUENCA S.A. SOCIEDAD CIVIL, AGROCUENCA, a través de apoderado, presentaron el 15 de Febrero de 2011 demanda arbitral con citación y audiencia de AGROPECUARIA CALIMA S.A. SOCIEDAD CIVIL, AGROCALIMA, con el fin de obtener por vía jurídica una serie de declaraciones y consecuentemente condena en virtud de lo cual se requiere un pronunciamiento positivo.

ALEJANDRO DE LIMA BÖHMER y AGROPECUARIA CUENCA S.A. SOCIEDAD CIVIL solicitaron la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento con fundamento en la siguiente

CLÁUSULA COMPROMISORIA

Se encuentra prevista en el artículo 48 de los estatutos de AGROPECUARIA CUENCA S.A. SOCIEDAD CIVIL, así:

“Asuntos sometidos a decisión arbitral: Las diferencias que ocurran entre los accionistas, o entre éstos y la sociedad, durante su vigencia o a su liquidación, originadas en las obligaciones y derechos emanados del contrato social, se resolverán por un Tribunal de Arbitramento designado por la Cámara de Comercio de Cali, que se sujetará a lo dispuesto en la Ley 446 de 1998 y el Decreto 1818 de 1998 o en las normas que los adicionen, sustituyan o modifiquen. El Arbitramento se llevará a cabo de acuerdo con las siguientes reglas: a) Los árbitros serán tres (3), a menos que las partes de común acuerdo convengan en que sea uno (1) solo. b) La organización interna del Tribunal se sujetará a las reglas previstas para el efecto por el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantil de la Cámara de Comercio de Cali. c) El Tribunal decidirá en derecho. d) El Tribunal funcionará en Cali, en el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantil de la Cámara de Comercio de esta ciudad. Parágrafo: En lo no previsto en este artículo, los árbitros se sujetarán a las disposiciones del Código de Comercio que regulen el Arbitramento mercantil”.

NOMBRAMIENTO DE LOS ÁRBITROS

Como árbitros fueron sorteados los doctores RODRIGO PALAU ERAZO, RODRIGO BECERRA TORO y JOSÉ FÉLIX ESCOBAR ESCOBAR.

INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL, NOTIFICACIÓN Y TRASLADO DE LA DEMANDA

El Tribunal de Arbitramento se instaló el 30 de Marzo de 2011.

En la misma audiencia se determinó fijar como lugar de funcionamiento del Tribunal y de la Secretaría del mismo las dependencias del Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cali.

Laudo proferido en el Arbitramento de AGROPECUARIA CUENCA S.A. SOCIEDAD CIVIL, AGROCUENCA, y ALEJANDRO DE LIMA BÖHMER, contra AGROPECUARIA CALIMA S.A. SOCIEDAD CIVIL, AGROCALIMA.

Igualmente, en la misma audiencia se admitió la demanda y se ordenó la notificación a la parte convocada, la cual se efectuó por aviso conforme al artículo 320 del C.P.C.

La parte convocada oportunamente contestó la demanda. La parte convocada no formuló demanda de reconvención. No hay ningún pendiente para el laudo.

AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN

Luego de surtido por Secretaría el traslado de las excepciones propuestas en la contestación de la demanda, el Tribunal fijó fecha para Audiencia de Conciliación, la cual fue declarada fracasada.

FIJACIÓN DE GASTOS Y HONORARIOS

Al declararse fracasada la audiencia de conciliación, se fijaron los gastos y honorarios, los cuales fueron consignados oportunamente por la parte convocante en su totalidad.

REFORMA DE LA DEMANDA Y CONTESTACIÓN

El apoderado de la parte convocada reformó la demanda, dentro de la oportunidad que le concede la ley, reproduciendo en forma integral el libelo correspondiente. La demanda reformada e integrada, fue admitida por el Tribunal, y de ella se corrió traslado a la parte convocada, quien oportunamente la contestó. La parte convocada no presentó demanda de reconvención.

PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE

Se llevó a cabo el 26 de Julio de 2011. En ella el Tribunal se declaró competente y consecuentemente decretó las pruebas solicitadas por los apoderados de las partes.

TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO

Al no señalar las partes el término del proceso, su duración conforme a lo establecido en el artículo 103 de la Ley 23 de 1991 es de seis (6) meses, a partir

de la primera audiencia de trámite, la cual tuvo lugar el 26 de Julio de 2011, término que vencería el 26 de Enero de 2012.

CAPÍTULO II

LA DEMANDA REFORMADA E INTEGRADA

En escrito presentado al Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cali, el día 15 de Febrero de 2011, ALEJANDRO DE LIMA BÖHMER y AGROPECUARIA CUENCA S.A. SOCIEDAD CIVIL, por conducto de apoderado, solicitaron la integración de un Tribunal de Arbitramento para dirimir las controversias suscitadas con la sociedad AGROPECUARIA CALIMA S.A. SOCIEDAD CIVIL.

La demanda fue reformada dentro del término que le concede la ley, el 7 de Julio de 2011. Las pretensiones de la demanda reformada e integrada, son las siguientes:

“IV. Pretensiones

1. Principales

Primera pretensión principal

Que se declare que el señor Alejandro De Lima Böhmer como persona natural, celebró con AGROCALIMA S.A. un contrato verbal en virtud del cual el primero le transfirió a la segunda 107'983.117 acciones que tenía en AGROCUENCA S.A.

Segunda pretensión principal

Que se declare que como contraprestación del traspaso de las acciones indicadas en la súplica anterior, Alejandro De Lima Böhmer suscribió el 2 de marzo de 2006, 5.395 acciones de AGROCALIMA S.A., equivalentes al 15.9% de su capital social y recibió de esta sociedad la cantidad de \$270'000.000 moneda corriente.

Tercera pretensión principal

Que se declare que con la celebración del contrato indicado en las dos peticiones anteriores, se violó la ley y los estatutos sociales de AGROCUENCA S.A., al no haberse formulado por parte de Alejandro De Lima Böhmer oferta previa de las acciones transferidas en virtud del mismo a AGROCALIMA S.A., con lo cual se impidió el ejercicio del derecho de preferencia.

Cuarta pretensión principal

Que se declare que es nulo, de nulidad absoluta, el contrato verbal celebrado entre Alejandro De Lima Böhmer y AGROCALIMA S.A., al cual se refieren las

peticiones anteriores y en virtud del cual el primero transfirió a la segunda la totalidad de las acciones que tenía en AGROCUENCA S.A.

2. Subsidiarias

Primera subsidiaria de la cuarta pretensión principal

Que se declare que no produce efectos el contrato verbal celebrado entre Alejandro De Lima Böhmer y AGROCALIMA S.A., al cual se refieren las peticiones principales y en virtud del cual el primero transfirió a la segunda la totalidad de las acciones que tenía en AGROCUENCA S.A.

Segunda subsidiaria de la cuarta pretensión principal

Que se declare que es absolutamente simulado el contrato verbal celebrado entre Alejandro De Lima Böhmer y AGROCALIMA S.A., al cual se refieren las peticiones principales y en virtud del cual el primero transfirió a la segunda la totalidad de las acciones que tenía en AGROCUENCA S.A.

Tercera subsidiaria de la cuarta pretensión principal

Que se declare que es inexistente el contrato verbal celebrado entre Alejandro De Lima Böhmer y AGROCALIMA S.A., al cual se refieren las peticiones principales y en virtud del cual el primero transfirió a la segunda la totalidad de las acciones que tenía en AGROCUENCA S.A.

Cuarta subsidiaria de la cuarta principal

Que se declare que son viles o irrisorias las prestaciones recibidas por Alejandro De Lima Böhmer de parte de AGROCALIMA S.A., en cumplimiento del contrato verbal a que se refieren las peticiones principales y en virtud del cual el primero de los nombrados le transfirió a la segunda la totalidad de las acciones que tenía en AGROCUENCA S.A.

3. Consecuenciales

Primera pretensión consecencial

Que se le ordene a los señores representantes legales de AGROCUENCA S.A. y AGROCALIMA S.A., que procedan a cancelar los títulos emitidos con ocasión del contrato verbal indicado en las pretensiones principales, siempre que a la fecha del laudo arbitral estuvieren vigentes.

Segunda pretensión consecencial

Que se le ordene a los señores representantes legales de AGROCUENCA S.A. y AGROCALIMA S.A., que deben cancelar en sus libros respectivos de Registro de Accionistas, cualquier anotación que tenga origen en el contrato verbal indicado en las pretensiones principales y que si por alguna circunstancia ya hubiesen sido cancelada no podrán en el futuro reversar dicha cancelación.

Tercera pretensión consecencial

Que se ordene a los señores representantes legales de AGROCUENCA S.A., y AGROCALIMA S.A., inscribir en sus respectivos Libros de Registro de Accionistas, las decisiones adoptadas por este Tribunal de Arbitramento, que conforme a la ley mercantil deban ser anotadas en dichos libros.

Cuarta pretensión consecucional

Que son de propiedad de Alejandro De Lima Böhmer, la totalidad de los dividendos pagados a partir del año 2006 por AGROCUENCA S.A., en relación con las 107'983.117 acciones a que se refiere la primera pretensión principal, de este escrito de reforma a la demanda.

Quinta pretensión consecucional

Que se ordene al señor Alejandro De Lima Böhmer restituir a favor de AGROCALIMA S.A., dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria del laudo, la cantidad de \$270'000.000 pagados por esta última en desarrollo del contrato indicado en las pretensiones principales.

Que en caso de no efectuar la restitución dentro del término anteriormente indicado, sobre dicho monto se liquidarán intereses de mora a la tasa máxima permitida por la ley.

Quinta pretensión consecucional

Que se condene a la sociedad AGROCALIMA S.A., para que dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria del laudo que acceda a las pretensiones que formulan los convocantes, cancele a AGROCUENCA S.A. el valor de los perjuicios materiales que le ha causado con la no restitución de las acciones que simuladamente le traspasó Alejandro De Lima Böhmer, los cuales estimo en la cantidad de dos mil millones de pesos (\$2.000'000.000) moneda corriente.

Que en caso de no cubrir el pago de estos perjuicios dentro del término anteriormente indicado, sobre ellos se liquidarán intereses de mora.

Sexta pretensión consecucional

Que se condene a la sociedad AGROCALIMA S.A., para que dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del laudo que acceda a las pretensiones que formulan los convocantes, cancele a Alejandro De Lima Böhmer el valor de los perjuicios materiales y morales que le causó con la no restitución de las acciones que ficticiamente le traspasó en el año 2006 los cuales estimo en su orden en mil millones (\$1.000'000.000) y cincuenta y tres millones de pesos (\$53'000.000) moneda corriente.

Que en caso de no cubrir el pago de estos perjuicios dentro del término anteriormente indicado, sobre ellos se liquidarán intereses de mora.

Nota: El requisito exigido por el artículo 211 del C.P.C., se cumple en el acápite denominado “Juramento Estimatorio”, que se presenta más adelante en este escrito.

Séptima pretensión consecucional

Que se condene a la parte convocada a pagar a la parte convocante el monto de las costas judiciales y agencias en derecho que se liquiden en este proceso arbitral”.

Las anteriores pretensiones de la demanda reformada e integrada, se fundamentaron en los siguientes hechos

“V. Hechos

Para una mayor claridad y precisión, agrupo en diferentes acápite los hechos pertinentes ocurridos en el curso de la relación precontractual y contractual materia de este arbitraje, de la siguiente manera:

1. Hechos relativos a la constitución y existencia de la sociedad Agropecuaria Cuenca S.A. - AGROCUENCA S.A.

Primero. La sociedad Agropecuaria Cuenca S.A. SOCIEDAD CIVIL - AGROCUENCA S.A., se constituyó por medio de la escritura pública No. 3837 del 30 de noviembre de 2001 de la Notaría Trece de Cali y fue inscrita en el registro mercantil de la Cámara de Comercio de Cali el 23 de noviembre de 2001, bajo el número 00201, del Libro XIII.

Segundo. La participación accionaria en el capital social de AGROCUENCA S.A., es como sigue:

Socio	Acciones	Participación
Ernesto De Lima Böhmer	288'651.331	13,31%
Niniva S.A. (sociedad familiar de María Virginia De Lima B)	293'780.175	13,54%
Fernando De Lima Böhmer	252'579.542	11,64%
Ricardo De Lima Böhmer	298'128.888	13,74%
Liliana De Lima Böhmer	294'050.148	13,56%
Agropecuaria Calima S.A. (sociedad familiar de José Felipe De Lima B.)	326'901.340	15,07%
Alejandro De Lima Böhmer	188'434.473	8,69%
Alianza Fiduciaria S.A. –Fideicomiso Mulato)	66'929.388	3,07%
Acciones propias readquiridas	159'976.388	7,38%
Total	2'169.131.920	100%

Tercero. El patrimonio de AGROCUENCA S.A., está conformado por distintos bienes que los señores Ernesto De Lima Le Franc y Virginia Böhmer Rengifo quisieron traspasarle, a través de esta compañía, a sus siete (7) hijos comunes: Ernesto, Alejandro, Fernando, María Virginia, Ricardo, Liliana y José Felipe De Lima Böhmer.

2. Hechos relacionados con el contrato verbal de negociación de acciones celebrado entre Alejandro De Lima Böhmer y AGROCALIMA S.A.

Cuarto. A partir del año 2005 Alejandro De Lima Böhmer tuvo que afrontar una serie de dificultades económicas y otras de índole diferente, que lo motivaron primero a poner en venta real y luego a traspasar simuladamente la totalidad de las acciones que tenía en AGROCUENCA S.A., a favor de la sociedad familiar de su hermano menor José Felipe De Lima Böhmer, denominada AGROCALIMA S.A.

Quinto. Para concretar este objetivo Alejandro De Lima Böhmer y AGROCALIMA S.A. iniciaron en enero de 2006 una serie de conversaciones preliminares, conocidas por la doctrina como tratativas, que luego se hicieron constar en un documento privado que suscribieron el 20 de febrero del mismo año, en el que también incluyeron temas independientes del propósito central que los animaba, con el único fin de darle una apariencia real al referido documento.

Sexto. Pasados los días Alejandro De Lima Böhmer y AGROCALIMA S.A. decidieron a través de un acuerdo verbal, materializar el traspaso simulado de las acciones de AGROCUENCA S.A., recibiendo como contraprestación el primero por parte de la segunda, 5.395 acciones de AGROCALIMA S.A. que equivalen al 15.9% de su capital social y la cantidad de \$270'000.000 que fueron pagados en varios desembolsos sucesivos.

Séptimo. Con la celebración del contrato verbal a que se refiere el hecho anterior, las partes dejaron sin efecto alguno las pautas trazadas en las conversaciones preliminares e insertadas en el precontrato del 20 de febrero de 2006, para formalizar en los términos indicados en el hecho anterior esta negociación simulada de acciones.

Octavo. Ese contrato simulado de negociación de acciones tiene además estos otros antecedentes:

i) Buscando las partes agotar el derecho de preferencia consagrado en los estatutos sociales, el 20 de febrero de 2006 ficticiamente “se reunió” la asamblea de accionistas de esta compañía.

Entre otras resoluciones en esa supuesta reunión de asamblea, se habría adoptado la decisión de autorizar la venta de las 28'208.107 acciones de la señora Virginia Böhmer Rengifo al señor Alejandro De Lima Böhmer y simultáneamente la

venta de 107'983.117 acciones de éste último a AGROCALIMA S.A. incluidas las recibidas de la señora Böhmer Rengifo.

Dichas resoluciones fueron adoptadas contrariando la ley y los estatutos sociales, puesto que la asamblea de accionistas tal como lo prevén los artículos 22 a 25 de la ley 222 de 1995 no es un órgano de administración de la sociedad y por lo tanto carece de atribuciones para aceptar o rechazar un negocio cualquiera, en este caso la supuestas oferta de acciones de Alejandro De Lima Böhmer.

Pero de haberse llevado a cabo dicha reunión de asamblea, además de la suplantación de funciones señalada, se habrían pretermitido los artículos 186 y 185 del Código de Comercio, puesto que no hubo convocatoria previa y se habría sesionado sin el quórum respectivo.

En efecto tal como está redactada el acta de esa supuesta reunión, se desprende que el quórum se integró con la representación de la accionista Virginia Böhmer Rengifo, lo cual habría constituido un acto ilegal, dado que en ese momento ella tenía el carácter de miembro o director de su junta directiva y además intervino representada por José Felipe De Lima Böhmer en ese momento gerente de la compañía, circunstancias que contravienen el artículo 404, inciso 1° del Código de Comercio.

ii) El mismo 20 de febrero de 2006 el gerente en ese entonces de AGROCUENCA S.A. y también de AGROCALIMA S.A. José Felipe De Lima Böhmer, faltando a la verdad de los hechos anotó en el Libro de Registro de Accionistas de AGROCUENCA S.A., la venta de acciones de Alejandro De Lima Böhmer a AGROCALIMA S.A., siendo que en esa fecha estas dos partes estaban suscribiendo un simple documento preliminar.

iii) En los archivos de AGROCUENCA S.A. no aparece orden escrita ni títulos endosados por Alejandro De Lima Böhmer, que le hubiese permitido al gerente de AGROCUENCA S.A. y a su vez gerente de AGROCALIMA S.A., señor José Felipe De Lima Böhmer, llevar a cabo la inscripción del traspaso de las acciones del primero a favor de su sociedad familiar.

iv) No aparece ninguna evidencia en el Libro de Actas de la junta directiva de AGROCUENCA S.A., respecto a que a la Sociedad le hubieren sido notificadas las ofertas de traspaso de acciones de los asociados Virginia Böhmer Rengifo y Alejandro De Lima Böhmer.

v) Tampoco consta en la correspondencia recibida por AGROCUENCA S.A. que el señor Alejandro De Lima Böhmer hubiere ofrecido por escrito, las 107'983.117 acciones que tenía el 20 de febrero de 2006 en esa compañía y tampoco aparece

la oferta que debió enviar la señora Virginia Böhmer Rengifo sobre las 28'208.107 acciones que en la misma fecha tenía en la referida Sociedad.

vi) Lo que si aparece curiosamente en esos archivos, es una carta de "Ofrecimiento de Acciones", dirigida el 1° de diciembre de 2005 por la señora Virginia Böhmer Rengifo a AGROCUENCA S.A., "aprobada" por el señor Alejandro De Lima Böhmer, mediante la cual ofrece en venta 109'169.348 acciones de esa compañía, de las cuales dice ser titular, cuando según aparece en el Libro de Registro de Accionistas de AGROCUENCA S.A., a esa fecha solamente la señora Böhmer Rengifo era titular de 28'208.107 acciones.

vii) En síntesis AGROCUENCA S.A. en esa oportunidad, no recibió oferta de traspaso de acciones que cumpla con los requisitos establecidos en los artículos 407 y 845 del Código de Comercio, en los que se prescribe que la oferta o propuesta "deberá contener los elementos esenciales del negocio". (Subrayas fuera de texto).

3. Hechos que acreditan la nulidad absoluta del contrato verbal celebrado entre Alejandro De Lima Böhmer y AGROCALIMA S.A., en virtud del cual el primero le traspasó a la segunda la totalidad de las acciones que tenía en AGROCUENCA S.A.

Noveno. El derecho de preferencia en la negociación de acciones se gobierna conforme al artículo 407 del Código de Comercio, que dispone lo siguiente:

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

Décimo. En el artículo 11 de los estatutos sociales de AGROCUENCA S.A., cuyo texto se transcribe a continuación, se estableció un procedimiento claro y específico para la negociación de acciones.

"Artículo 11. Derecho de preferencia. Cuando se pretenda negociar acciones además de las limitaciones legales, la negociación estará limitada por las normas que emanan del derecho de preferencia a favor de la sociedad y de los demás accionistas, derecho que se establece en este mismo artículo. El accionista que desee vender sus acciones deberá informarlo por escrito a la sociedad, al cual tendrá derecho preferencial para adquirirlas si tiene reservas que se lo permitan conforme a la ley. De este derecho deberá hacer uso la sociedad dentro de los 15

días hábiles siguientes al recibo del anuncio por parte del accionista. Si la sociedad no pudiera o no quisiera hacer uso del derecho de preferencia se lo comunicará a los demás accionistas, quienes tendrán un plazo de 15 días hábiles para adquirir las acciones ofrecidas en venta. El derecho de cada accionista será proporcional al número de acciones de que sea titular con relación a la totalidad de las acciones suscritas. La renuncia de la totalidad o de parte del derecho de cada uno de los accionistas beneficiará a los demás en proporción a las acciones que posean en relación con las de los demás accionistas que desean adquirir, y en forma tal que los terceros no podrán suscribir sino en último término. Los accionistas que de acuerdo con el párrafo anterior, deseen hacer uso del derecho de acrecimiento deberán manifestarlo así dentro de los 15 días hábiles siguientes a la oferta de las acciones. Cuando la sociedad o los accionistas hicieren uso del derecho de preferencia, el precio se señalará por acuerdo entre las partes y si éstos no se pusieren de acuerdo, por peritos designados por éstas o, en su defecto por la Cámara de Comercio de Cali.” (Subrayado en el texto citado).

Undécimo. Como no hubo oferta escrita de acciones del señor Alejandro De Lima Böhmer, tampoco se dio traslado de ella a AGROCUENCA S.A. y por esta razón jamás se consideró una proposición de esta naturaleza en su junta directiva y por supuesto que tampoco hubo respuesta alguna.

Duodécimo. Cabe reiterar que en las sociedades y dentro de ellas las anónimas, la decisión acerca de si se acepta o no una oferta de acciones presentada por un asociado, le corresponde tomarla a su administración por conducto de su junta directiva. Es menester insistir que de acuerdo con los artículos 22 a 25 de la ley 222 de 1995, en ningún caso la asamblea general de accionistas administra la sociedad.

Décimo tercero. En cuanto hace con los restantes asociados, ellos tampoco fueron destinatarios de oferta escrita de acciones, aunque sí conocieron de antemano el deseo que le asistía a Alejandro De Lima Böhmer de traspasar ficticia o simuladamente su participación en AGROCUENCA S.A. a la sociedad familiar de su hermano menor José Felipe De Lima Böhmer.

Décimo cuarto. Conforme queda explicado, en el contrato de traspaso de acciones de Alejandro De Lima Böhmer a AGROCALIMA S.A. se violó el artículo 403, numeral 2 del Código de Comercio, que es una norma imperativa de derecho, al haberse conculcado el derecho de preferencia consagrado en el artículo 11 de los estatutos sociales de AGROCUENCA S.A.

Décimo quinto. Debe señalarse que de conformidad con el acta No. 15 de la asamblea de accionistas de la sociedad AGROCUENCA S.A., esta compañía en

el año 2006 tenía una reserva para readquisición de acciones y que por lo tanto estaba habilitada para haber ejercido el derecho de preferencia.

Décimo sexto. El artículo 899, numeral 1 del Código de Comercio advierte que:

“Será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos:

1. Cuando contraríe una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa.
2. (...)
3. (...)”

Décimo séptimo. En conclusión es absolutamente nulo el negocio celebrado entre Alejandro De Lima Böhmer y AGROCALIMA S.A., en virtud del cual aquél le traspaso a ésta la totalidad de las acciones que tenía en AGROCUENCA S.A., ya que como se dejó dicho en la misma se violó el artículo 403, numeral 2 del Código de Comercio.

4. Hechos que prueban que el contrato verbal en referencia celebrado entre Alejandro De Lima Böhmer y AGROCALIMA S.A., no surte ningún efecto.

Décimo octavo. Dispone el artículo 897 del estatuto mercantil que: “Cuando en este código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho sin necesidad de declaración judicial.”

Décimo noveno. Por su parte el artículo 407 de la misma codificación prescribe que: “Si las acciones fueren nominativas y los estatutos estipularen el derecho de preferencia en la negociación, se indicarán los plazos y condiciones dentro de los cuales la sociedad o los accionistas podrán ejercerlo; pero el precio y la forma de pago de las acciones serán fijados en cada caso por los interesados y, si éstos no se pusieren de acuerdo, por peritos designados por las partes o, en su defecto, por el respectivo superintendente. No surtirá ningún efecto la estipulación que contraviniera la presente norma.” (Lo resaltado está fuera de texto.)

Vigésimo. Tal como se ha relatado en los hechos anteriores no existió oferta de Alejandro De Lima Böhmer para traspasar las acciones que el 20 de febrero de 2006 tenía como titular en la sociedad AGROCUENCA S.A.

Vigésimo primero. La junta directiva de AGROCUENCA S.A. por ser un órgano de administración y existir un directo interés entre el gerente de esta sociedad en ese entonces, señor José Felipe De Lima Böhmer y la adquirente de las acciones AGROCALIMA S.A. (Su empresa familiar) y de acuerdo con los estatutos de la sociedad, ha debido conocer cualquier oferta de venta de acciones que realizara el señor Alejandro De Lima Böhmer, cuyo destinatario sería AGROCALIMA S.A.

Vigésimo segundo. De acuerdo con el artículo 378 del Código de Comercio, los accionistas de una sociedad anónima únicamente pueden negociar libremente sus

acciones, si no se encuentra estipulado el derecho de preferencia a favor de la sociedad.

Vigésimo tercero. Conforme se ha relatado anteriormente es claro que el artículo 407 ibídem y el artículo 11 de los estatutos sociales de AGROCUENCA S.A., fueron violados flagrantemente en la celebración del contrato verbal en virtud del cual Alejandro De Lima Böhmer transfirió a AGROCALIMA S.A. las acciones que tenía en AGROCUENCA S.A., razón por la cual se impone aplicar la sanción prevista en la parte final del inciso 1° del precitado artículo 407, que indica que en estos eventos la contravención de la norma la hace ineficaz.

5. Hechos atinentes a la simulación absoluta del contrato de traspaso de acciones otorgado entre Alejandro De Lima Böhmer y AGROCALIMA S.A.

Vigésimo cuarto. Según se dejó dicho anteriormente, la negociación de acciones llevada a cabo entre Alejandro De Lima Böhmer y AGROCALIMA S.A., no representó la verdadera voluntad de las partes, toda vez que no fue real la intención de ceder acciones de AGROCUENCA S.A. por parte del primero y tampoco de adquirirlas por la segunda, tal como aparece acreditado en múltiples comunicaciones de las partes involucradas y en las versiones entregadas por los accionistas de AGROCUENCA S.A.

Vigésimo quinto. Tampoco hubo intención de Alejandro De Lima Böhmer en adquirir acciones de AGROCALIMA S.A. y de ésta en cederlas al primero, como se demostrará a lo largo de la actuación a través de diferentes medios de convicción.

Vigésimo sexto. Manifiestan los señores Ernesto, Ricardo, Fernando y Liliana De Lima Böhmer, accionistas de AGROCUENCA S.A., que si su hermano Alejandro hubiese ofrecido sus acciones en AGROCUENCA S.A., o bien la sociedad o ellos mismos habrían aceptado la propuesta, dado que la adquisición de estas acciones era y sigue siendo una inversión económica muy atractiva.

Vigésimo séptimo. Bajo el sistema de la sana crítica o de la libre apreciación razonada de la prueba que consagra el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, los indicios se erigen en la prueba por excelencia en materia de simulación y así lo ha reconocido la doctrina y la jurisprudencia patria.

De allí que para los efectos demostrativos de la simulación contractual que acordaron Alejandro De Lima Böhmer y AGROCALIMA S.A., en el negocio de acciones a que repetidamente se refieren los hechos de este memorial, valga la pena citar los siguientes que tienen la connotación jurídica de ser graves:

- i) El irrisorio valor que tenían y siguen teniendo los bienes entregados por AGROCALIMA S.A. a Alejandro De Lima Böhmer, como contraprestación a las acciones de AGROCUENCA S.A.
- ii) La actitud que siempre ha tenido Alejandro De Lima Böhmer frente a AGROCUENCA S.A. y a los demás accionistas que refleja su condición de asociado en todo tiempo.
- iii) La actitud societaria que siempre han tenido los restantes accionistas de AGROCUENCA S.A. respecto de Alejandro De Lima Böhmer.
- iv) La conducta asumida el 20 de febrero de 2006 por José Felipe De Lima Böhmer, en ese entonces gerente de AGROCUENCA S.A. y de AGROCALIMA S.A., al haber inscrito en esa fecha en el Libro de Registro de Accionistas de la primera de las nombradas, el traspaso de las acciones de Alejandro De Lima Böhmer, época en la cual tan sólo se estaba suscribiendo un precontrato o trato preliminar.
- v) La actitud asumida por AGROCALIMA S.A. cuando el 26 de julio de 2010, tratando de encubrir la adquisición simulada de acciones recibidas de Alejandro De Lima Böhmer, ofreció en venta la totalidad de sus acciones en AGROCUENCA S.A. (Incluidas por supuesto las de Alejandro De Lima Böhmer).

Vigésimo octavo. Fue precisamente esta oferta de acciones de AGROCALIMA S.A. y el despojo patrimonial que con ella se buscaba consolidar, lo que motivó que la asamblea de accionistas de AGROCUENCA S.A., integrada por los siete (7) hermanos De Lima Böhmer, en su reunión extraordinaria del 17 de agosto de 2010, que consta en el acta No. 33, reconociera los presupuestos de ineficacia de las decisiones adoptadas en la asamblea de accionistas que supuestamente sesionó el 20 de febrero de 2006 y en la que aparentemente se autorizó el traspaso de acciones de Alejandro De Lima Böhmer a AGROCALIMA S.A.

Vigésimo noveno. El reconocimiento de los presupuestos de ineficacia a que se refiere el hecho anterior, se adoptó a la luz de lo dispuesto en los artículos 186, concordante con el 190 y 897 del Código de Comercio, toda vez que la asamblea de accionistas de AGROCUENCA S.A. que teóricamente se reunió el 20 de febrero de 2006, lo habría hecho sin previa convocatoria.

Trigésimo. Enseñan las dos primeras disposiciones citadas, que la asamblea que se reúne sin previa convocatoria es ineficaz y la tercera de las normas en comento prescribe que: “Cuando en este código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial. (Subrayado en el texto citado).

Trigésimo primero. No obstante el reconocimiento de los presupuestos de ineficacia, de las decisiones tomadas en la reunión de esa asamblea extraordinaria de accionistas, se hizo necesario promover este proceso contra de AGROCALIMA S.A. para obtener un pronunciamiento de parte del Tribunal de Arbitramento, en torno al contrato verbal celebrado entre Alejandro De Lima Böhmer y AGROCALIMA S.A. y con el fin de obtener el reconocimiento de los perjuicios que la convocada le ha causado a mis mandantes.

6. Nuevos hechos que corroboran la simulación y explican la inexistencia subsidiaria y el precio vil o irrisorio del contrato verbal celebrado entre Alejandro De Lima Böhmer y AGROCALIMA S.A.

Trigésimo segundo. Dispone el artículo 898 del Código de Comercio que: Será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales.

Trigésimo tercero. Por su parte el artículo 920 ejusdem aplicable por analogía a esta negociación de acciones, regula que no habrá compraventa si los contratantes no convienen en el precio o en la manera de determinarlo... El precio irrisorio se tendrá por no pactado.

Trigésimo cuarto. El valor que tenían y siguen teniendo los bienes entregados por AGROCALIMA S.A., a cambio de las acciones de AGROCUENCA S.A. que le cedió Alejandro De Lima Böhmer es colosalmente exigua, tal como se desprende de una lectura rápida de los siguientes valores:

i) Valor patrimonial

- Las 107'983.117 acciones de AGROCUENCA S.A. que Alejandro De Lima Böhmer le transfirió a AGROCALIMA S.A. tenían un valor de \$6.917'971.622,00, lo que resulta de multiplicar el patrimonio de AGROCUENCA S.A. al 31 de diciembre de 2005 que era 53.610'622.473, por el 12.2836% que equivalía a las acciones traspasadas.

- Las 5.395 acciones de AGROCALIMA S.A. que le fueron traspasadas a Alejandro De Lima Böhmer, tenían un valor de \$1.702'007.000 que resulta de multiplicar el patrimonio de AGROCALIMA S.A. al 31 de diciembre de 2005 que era de \$10.704'447.000 por el 15.9% que equivalía a las acciones traspasadas.

Nota: Al 31 de diciembre de 2005 el patrimonio de AGROCALIMA S.A. está compuesto en un 82% por las acciones que tenía en AGROCUENCA S.A.

Este valor resulta de dividir el patrimonio de AGROCALIMA S.A. que como ya se dijo era de \$10.704'447.000 por el 15.74% que era la participación de AGROCALIMA S.A. en AGROCUENCA S.A.

ii) Utilidades decretadas

- AGROCUENCA S.A. generó utilidades entre los años 2005 a 2010 de \$77.947'040.229 moneda corriente.
- AGROCALIMA S.A. generó utilidades entre los años 2005 a 2008 (Fecha hasta la cual se tiene conocimiento), únicamente de \$3.634'842.731 moneda corriente.

iii) Dividendos repartidos

- AGROCUENCA S.A. entre febrero de 2006 y marzo 25 de 2010 repartió dividendos por \$18.396'777.117 moneda corriente.
- AGROCALIMA S.A. hasta el año 2009 no había repartido dividendos.

iv) Venta de activos

- AGROCUENCA S.A. entre el año 2005 y el año 2009 realizó negocios por valor de \$45.454'940.268 moneda corriente.
- AGROCALIMA S.A. entre el año 2005 y el año 2009 realizó negocios por \$586'945.602 moneda corriente.

v) Cálculo del EBITDA

- El EBITDA de AGROCUENCA S.A. en el año 2006 fue \$7.902'792.654 moneda corriente.
- El EBITDA de AGROCALIMA S.A. en el año 2006 fue \$1.321'719.357 moneda corriente.

Trigésimo quinto. Los anteriores hechos no dejan duda que en esta “negociación” entre el señor Alejandro De Lima Böhmer y AGROCALIMA S.A., se produjo un grave detrimento patrimonial para el primero y además deja en claro lo siguiente:

- Que si la negociación hubiese sido real el precio sería irrisorio o inexistente.
- Que el precio pagado es un grave indicio de la simulación del contrato.
- Que dicha negociación en caso que hubiese sido real, originaría un enriquecimiento sin causa a favor de favor de AGROCALIMA S.A. y a cargo de Alejandro De Lima Böhmer.
- Que dicha negociación en caso de ser real, hubiese causado un grave perjuicio a AGROCUENCA S.A., por no haber podido adquirir las acciones supuestamente ofrecidas por el señor Alejandro De Lima Böhmer.

7. Hechos que demuestran los perjuicios sufridos por AGROCUENCA S.A. y Alejandro De Lima Böhmer.

Trigésimo sexto. Doctrina y jurisprudencia al unísono estiman que la responsabilidad civil es una fuente de obligaciones dado que somete a quien ha ocasionado un perjuicio a otro, a reparar las consecuencias de ese daño.

Trigésimo séptimo. Por perjuicio se entiende cualquier daño, detrimento, menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, honor, crédito, afectos, etc.

Trigésimo octavo. El perjuicio es material cuando se causa un daño patrimonial, económico en cambio, el moral vulnera los derechos de la personalidad, tales como el buen nombre, el honor, los afectos, las creencias, etc.

Trigésimo noveno. Los presupuestos anteriores resultan plenamente aplicables a las consecuencias que resultan de los hechos narrados en este escrito de reforma a la demanda, por cuanto AGROCALIMA S.A. le ha causado a mis mandantes, AGROCUENCA S.A. y Alejandro De Lima Böhmer un daño material respecto de los dos y además un perjuicio moral al segundo.

Cuadragésimo. En efecto, a partir del año 2007 Alejandro De Lima Böhmer, después de haber abandonado por algún tiempo su intención de vender su participación en AGROCUENCA S.A., volvió a retomar este propósito, no solo para obtener los recursos para atender su endeudamiento económico que de tiempo atrás venía arrastrando, sino también con el propósito de solventar los gastos que demandaba la contienda electoral en la que por aquella época se había empeñado con la finalidad de competir a la Gobernación del Valle del Cauca.

Cuadragésimo primero. Esta intención de vender su participación accionaria en AGROCUENCA S.A., se vio frustrada ante la posición obstinada de AGROCALIMA S.A. de negarse a restituirle las acciones que un año antes le había transferido en forma simulada.

Cuadragésimo segundo. Hay aquí sin duda alguna una pérdida de oportunidad que le generó a Alejandro De Lima Böhmer un daño cierto y que merece ser reparable, particularmente si se tiene en cuenta que en la actualidad AGROCUENCA S.A. negocia con el accionista Niniva S.A. la compra de sus acciones, cuya oferta como se dijo anteriormente fue presentada el 29 de julio del año 2010 y lo cierto del caso es que la compañía no tiene capacidad económica (sin afectar su patrimonio) para adquirir también las acciones de Alejandro De Lima Böhmer en la actualidad.

Cuadragésimo tercero. Para estimar este perjuicio material, sufrido por Alejandro De Lima Böhmer, consistente en la pérdida de la oportunidad de vender es menester tener en cuenta lo siguiente:

i) En el año 2007 el patrimonio de AGROCUENCA S.A., era de \$72.284'657.773 moneda corriente.

ii) De haber tenido en su poder Alejandro De Lima Böhmer las acciones que simuladamente le traspasó a AGROCALIMA S.A., su participación en AGROCUENCA S.A. sería de 12.2836 %.

iii) Por lo tanto el valor inicial de este paquete de acciones habría sido \$8.879'158.222,20 moneda corriente.

De acuerdo con los valores anteriores resulta entonces que el perjuicio, consistente en la pérdida de oportunidad en este caso, podría llegar a tener un valor cercano a los \$8.879'158.222,20 moneda corriente.

Cuadragésimo cuarto. Además del perjuicio material anterior, Alejandro De Lima Böhmer sufrió un nuevo desmedro en su patrimonio, toda vez que en el año 2009 AGROCUENCA S.A. decidió readquirir de sus asociados el 5% de la participación de cada uno de ellos, readquisición que le habría representado a Alejandro De Lima Böhmer \$1.011'000.000 moneda corriente en el evento de que AGROCALIMA S.A. le hubiese devuelto oportunamente las acciones que le cedió ficticiamente en el año 2006.

Cuadragésimo quinto. Igualmente Alejandro De Lima Böhmer ha experimentado un perjuicio moral porque con la no restitución oportuna por parte de AGROCALIMA S.A. de sus acciones en AGROCUENCA S.A. se alteraron sus condiciones de vida y su tranquilidad, porque la conducta asumida por la sociedad familiar de su hermano José Felipe De Lima Böhmer le ha causado un profundo sufrimiento que también se ha extendido a las personas más cercanas a él como son sus hijos, su cónyuge y especialmente sus padres.

Cuadragésimo sexto. El valor de este perjuicio moral, tal como se indica en las pretensiones de la demanda, deberá ser establecido por el Tribunal de Arbitramento siguiendo la doctrina trazada por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, conocida como el *arbitrium iudicis*.

Cuadragésimo séptimo. Por su parte AGROCUENCA S.A. también ha sufrido un perjuicio material derivado de la pérdida de una oportunidad, que en su caso consiste en no haber podido adquirir en el año 2007 las acciones de Alejandro De Lima Böhmer, cuando éstas tenían un valor patrimonial muy inferior al que hoy tienen.

Cuadragésimo octavo. Con ocasión de la venta de una de las inversiones más importantes, como fue la participación accionaria en la firma Delima Marsh, AGROCUENCA S.A. entre el mes de diciembre de 2008 y febrero de 2009, aumentó su valor patrimonial en cerca de \$72.025'702.925 moneda corriente.

Cuadragésimo noveno. De acuerdo con la anterior valorización patrimonial, de haber adquirido AGROCUENCA S.A. las acciones de Alejandro De Lima Böhmer,

teniendo en cuenta que conforme al derecho de preferencia pactado en sus estatutos sociales le correspondía la primera opción, habría tenido una utilidad en esa negociación cercana a los \$9.000'000.000 moneda corriente”.

“VI. Juramento Estimatorio

Para dar cumplimiento al artículo 211 del Código de Procedimiento Civil, de la manera como fue reformado por el artículo 10 de la ley 1395 de 2010, manifiesto bajo juramento que los perjuicios materiales que reclama AGROCUENCA S.A. y Alejandro De Lima Böhmer, tal como se solicita en el petitum de este escrito de reforma a la demanda, tienen en su orden un valor de \$2.000'000.000,00 y 1.000'000.000,00 moneda corriente y los perjuicios morales a favor de Alejandro De Lima Böhmer \$53'000.000 moneda corriente.

La razonabilidad exigida en la disposición en cita, proviene del análisis financiero que la revisora fiscal de AGROCUENCA S.A., doctora Martha Lucía Torres Bedoya, entregó el día 7 de julio de 2011, y el cual acompaño a este memorial como documento probatorio.”

CAPÍTULO III

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA REFORMADA E INTEGRADA

La apoderada de la parte convocada se opuso a las pretensiones de la demanda arbitral inicial, mediante escrito que fue recibido el 9 de Mayo de 2011. La demanda reformada e integrada fue contestada el 15 de Julio de 2011, de la siguiente manera:

“1. LAS PARTES

Fijan los nuevos hechos y pretensiones formuladas, que el asunto de fondo se circunscribe a las diferencias surgidas entre dos accionistas de la sociedad AGROCUENCA S.A., ALEJANDRO DE LIMA como persona natural y la sociedad AGROCALIMA S.A. SOCIEDAD CIVIL, en abstracto, con ocasión de la celebración de un presunto CONTRATO VERBAL aparentemente convenido entre ellas y fruto del cual se dio el traspaso de las acciones que tenía el primero en la sociedad AGROCUENCA S.A. a favor de la segunda.

Si bien es cierto salta a la vista la vaguedad respecto a la existencia del presunto contrato verbal sobre el cual se fundamenta el nuevo escrito, pues en ninguna parte se precisan las circunstancias de tiempo, modo y lugar de su aparente celebración, ni mucho menos las convenciones alcanzadas entre las partes, la realidad es que tanto en el contenido de la demanda original como de su aparente

reforma, que por disposición del art. 89 del C.P.C. se deben considerar integradas, se tiene que en ambos escritos se reconoce igualmente la existencia real de un CONTRATO ESCRITO, el cual tiene el mismo propósito de transferir las acciones que tenía el señor Alejandro De Lima en la sociedad AGROCUENCA S.A. a AGROCALIMA S.A., aunque obviamente fundado en derechos y obligaciones totalmente diferentes a las que acomodaticamente se pretenden predicar del supuesto contrato verbal.

Así mismo salta a la vista del texto del CONTRATO ESCRITO, que en quien recaen las obligaciones principales derivadas de la negociación allí contenida son las personas naturales ALEJANDRO DE LIMA por una parte y por la otra FELIPE DE LIMA, siendo el sujeto pasivo la sociedad AGROCALIMA S.A., pues tan solo fue el vehículo escogido para alcanzar el propósito declarado de una integración patrimonial entre los dos hermanos De Lima.

Independiente si la susodicha negociación contenida en el Contrato Escrito fue tan solo una operación simulada con un precio vil o irrisorio, o que este apenas era un "precontrato" como acomodaticamente lo define el apoderado de los convocantes, la realidad es que no se puede desconocer la efectiva participación en ésta del señor José Felipe De Lima y MUCHO MENOS QUE LAS RESULTAS DE ESTE PROCESO PUDIERAN AFECTAR DIRECTAMENTE SUS INTERESES ECONÓMICOS, pues como se demostrará más adelante con los documentos aportados en esta oportunidad, fue el señor JOSÉ FELIPE DE LIMA a título personal y tal como aparece convenido en el CONTRATO ESCRITO, quien le entregó no solo los trescientos millones al señor Alejandro De Lima, sino que también fue él quien en cumplimiento de los términos económicos acordados por las partes, aportó igualmente a la sociedad AGROCALIMA S.A. un significativo patrimonio adicional (fincas, acciones en otras sociedades) y asumió pasivos importantes de AGROCALIMA S.A., a fin de fortalecerla económicamente y cuya consolidación patrimonial a FEBRERO DE 2006, redundo en que la participación final DESPUES DE LAS CAPITALIZACIONES DE LAS PARTES, fuera para el señor Alejandro De Lima del 25% de las acciones de Agrocalima S.A, como expresamente él lo reconoce en el texto del documento escrito, ya debidamente obrante en este plenario y que no fuera tildado de falso en su debida oportunidad procesal por parte de los convocantes, por lo cual adquiere su plena validez probatoria.

Así pues por expresa disposición del artículo 149 del decreto 1818 de 1998 que señala "Cuando por la naturaleza de la situación jurídica debatida en el proceso, el laudo genere efectos de cosa juzgada para quienes no estipularon el pacto

arbitral, el Tribunal ordenará la citación personal de todas ellas para que adhieran al Arbitramento..." es claro entonces que se debe convocar personalmente al señor JOSÉ FELIPE DE LIMA como LITISCONSORTE NECESARIO de este proceso, pues de lo contrario sería una clara VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO al conculcársele claros derechos constitucionales para salir en defensa de su patrimonio en esta contienda judicial.

De otra parte no es claro que le asista ningún interés jurídico para actuar como parte en esta contienda a la sociedad AGROCUENCA S.A., pues el conflicto declarado por el convocante para ser dirimido por este Tribunal Arbitral, se refiere exclusivamente a las consecuencias jurídicas de una transacción de acciones entre dos accionistas de una sociedad anónima, para lo cual una de las partes signatarias de la transacción, ha decidido acudir a la justicia arbitral para que se defina en derecho sus presuntas diferencias y por lo tanto, las partes jurídicamente interesadas deben ser aquellas que participaron en dicha negociación o que puedan verse afectadas por los resultados del proceso, en este caso serían:

1. El Dr. ALEJANDRO DE LIMA BÖHMER
2. El Dr. JOSÉ FELIPE DE LIMA BÖHMER.
3. La sociedad AGROCALIMA S.A. - SOCIEDAD CIVIL

El debate paralelo propuesto por el apoderado de los convocantes, respecto a que presuntamente al interior de la sociedad AGROCUENCA S.A. se produjeron actuaciones irregulares en torno al ejercicio de su derecho de preferencia respecto de la transacción de las acciones de uno de sus accionistas, es un hecho jurídico que debe o debió ser debatido dentro de su correspondiente jurisdicción y entre las partes directamente intervinientes, esto es el Dr. ALEJANDRO DE LIMA, quien en su calidad de titular de sus acciones fue quien directa y exclusivamente pudo haberle conculcado ese derecho y la sociedad AGROCUENCA S.A. quien se dice lesionada, pero esta es una disputa que es totalmente ajena a la sociedad AGROCALIMA S.A., pues esta tan solo fue un TERCERO ADQUIRIENTE DE BUENA FE de dichas acciones.

II. DE LA COMPETENCIA

Como se desprende de los nuevos hechos y pretensiones de la reforma de esta demanda, el objeto de la controversia sometida a este Tribunal quedo circunscrito a dos aspectos esenciales, en primer lugar a establecer la presunta existencia de un contrato verbal, aparentemente entre una persona natural y una jurídica cuyo objeto era la transacción de un paquete accionario de una sociedad anónima y a que se diriman sus consecuencias jurídicas a la luz de los hechos que se

PRUEBEN y por la otra parte, a que se declare que de existir ese presunto contrato, se determine si con él se violó la ley y los estatutos de la sociedad que emitió las acciones, por cuanto en el proceso de oferta de las mismas a su interior, aparentemente se pudieron haber cometido irregularidades que en su sentir conculcaron su derecho de preferencia para su readquisición.

Como sustento de la convocatoria de este Tribunal Arbitral, se invoca la Cláusula Compromisoria de la sociedad AGROCUENCA S.A., que en su Cláusula Compromisoria contenida en el art. 48 de los estatutos sociales estableció que "Las diferencias que ocurran entre los accionistas, o entre estos y la sociedad, durante su vigencia o a su liquidación, originadas en las obligaciones y derechos emanados del contrato social se resolverían por un Tribunal de Arbitramento..."

Como los aspectos sometidos a debate de este Tribunal se refieren exclusivamente con las consecuencias jurídicas de la transacción de un paquete accionario de una sociedad anónima, vale la pena recrear en primer lugar cuales serían entonces las obligaciones y derechos que emanan al respecto del contrato social de la sociedad AGROCUENCA S.A., con relación a la transacción de sus propias acciones, para fijar en consecuencia el alcance de esta jurisdicción para resolver los eventuales conflictos.

A este respecto el art. 8° de sus estatutos sociales define que sus acciones son Ordinarias, Nominativas y de Capital y que a cada accionista se le expedirá uno o varios títulos que acrediten su calidad de tal en los términos de ley. Su artículo 9° en su numeral c) confiere el derecho a "Negociar libremente las acciones, observando lo prescrito en el artículo 11 de estos estatutos", el cual a su vez consagra el denominado "Derecho de preferencia" estableciendo en dicho artículo un procedimiento reglado para que DEBE CUMPLIR EL ACCIONISTA que esté interesado en negociar sus acciones.

A su turno el Código de Comercio establece en su art. 406 que la enajenación de las acciones nominativas de una sociedad anónima podrá hacerse por el simple acuerdo de las partes y en el art 407 ibídem consagra igualmente el procedimiento que se debe surtir en el evento que en los estatutos sociales se halla estipulado el derecho de preferencia para la negociación de acciones.

Acorde con este marco normativo se tiene que este Tribunal carece de competencia para abordar los conflictos propuestos por las siguientes razones:

1. Los hechos presentados tanto en la demanda como en su escrito de reforma al igual que la contestación presentada por esta apoderada, coinciden en reconocer que existe prueba documental debidamente aportada a este plenario y que no ha sido tachada de falsa en su debida oportunidad procesal, respecto a que el

procedimiento establecido tanto en la ley como en los estatutos sociales de AGROCUENCA S.A. para agotar el procedimiento fijado para ejercer el derecho de preferencia antes referido, SE CUMPLIÓ y quedo documentado en el acta N° 15 del libro de actas de la sociedad, el cual da cuenta de la reunión de Asamblea Ordinaria de AGROCUENCA S.A. acaecida el 20 de febrero de 2006 y cuyo presidente fue el Dr. Alejandro De Lima.

No obstante la contundencia de la prueba y el hecho que provenga del mismo libro de actas de la sociedad y fuera aceptada pacíficamente por varios años al punto que nunca fue impugnada ante la autoridad judicial correspondiente, el argumento que presenta 5 años después de los hechos el apoderado de la sociedad AGROCUENCA S.A. y con el cual pretende derivar ahora su legitimación como parte para comparecer a este proceso, estriba en señalar que la referida reunión o no existió o que si esta se realizó, comportaba irregularidades en su convocatoria y en la conformación de su Quórum, con los cuales se configuraban los presupuestos de una presunta ineficacia de la misma, según su interpretación de los artículos 186 y 190 del Código de Comercio, configurándose así su presunta violación al derecho de preferencia y todo eso para reclamar su perjuicio, curiosamente no al que supuestamente incumplió con el procedimiento, sino al tercero que transó las acciones legalmente liberadas para ser negociadas con cualquiera.

Independiente de las posibilidades de prosperidad de esta tesis, reiteradamente esgrimida por el convocante en diferentes estadios judiciales y que va en contravía de nutrida jurisprudencia pues la ineficacia no se puede declarar unilateralmente sino hay acuerdo entre todos los socios, la realidad es que por la demora propia de los procesos judiciales todavía no se tiene un pronunciamiento judicial en firme al respecto, pero lo más importante para los efectos de este proceso, es que dicha controversia tiene expresos caminos procesales definidos en la jurisdicción civil para ser avocada, como quiera que en esencia se refiere es a la impugnación de las decisiones tomadas en el seno de su propia Asamblea de Accionistas, por lo cual es claro que no es posible asumir aquí competencia para dirimirla, pues desborda el alcance jurisdiccional de la justicia privada, como quiera que se trata es de eventuales violaciones a la ley comercial o incluso transgresiones al Código Penal, pues por ejemplo habría que declarar en primer lugar que la mencionada acta N° 15 adolece de falsedad ideológica, aspectos que claramente comprometen disposiciones de Orden Público que no pueden ser tramitadas por la Jurisdicción arbitral.

Como las actas de las sociedades tienen presunción de legalidad que solo puede destruir una autoridad judicial competente, no es posible pretender legitimar la comparecencia a un proceso arbitral con base en meras especulaciones y malabarismos jurídicos y de igual manera le está vedado al Tribunal Arbitral asumir competencia para conocer aspectos donde lo que está comprometido es el cumplimiento de normas de Orden Público.

2. No obstante y en el improbable evento que se soslayara la validez de nuestro anterior argumento, surgiría el hecho que la controversia respecto la presunta violación del derecho de preferencia planteada por el apoderado de los convocantes, compromete exclusivamente a la sociedad AGROCUENCA S.A. con quien presuntamente le conculcó su derecho en este caso el Dr. Alejandro De Lima, pues por ser éste el titular de los derechos accionarios reconocidos por todas las partes como legítimamente poseídos por él, al 20 de febrero de 2006.

No reviste discusión alguna para todas las partes, que el querer del Dr. Alejandro De Lima por aquella época era el disponer de sus acciones en AGROCUENCA S.A. y es claro que aun en el hipotético escenario que su deseo fuera tan solo traspasarlas de manera ficticia o simulada a un tercero, la realidad es que él era el único obligado a cumplir con la carga estatutaria y legal de surtir el procedimiento del derecho de preferencia a favor de la sociedad o el resto de los accionistas de dicha sociedad.

Consecuentemente y en el escenario planteado por los convocantes, el único llamado a responder por los eventuales perjuicios que se hubiesen acarreado ante el hipotético incumplimiento contractual aludido, sería el mismo Dr. Alejandro De Lima, por ello no deja de ser exótico que sea éste mismo, en su calidad de CONVOCANTE, quien pretenda aquí endilgarle su responsabilidad a la sociedad AGROCALIMA S.A., pues en últimas ésta sería un TERCERO en dicha actuación y una víctima más de su irregular proceder, pues como se observa en el texto del ACUERDO ESCRITO suscrito por el mismo Dr. Alejandro, éste declara haber surtido a cabalidad el cuestionado procedimiento y en consecuencia estar EN PLENA CAPACIDAD LEGAL para disponer de sus acciones, hecho que derivaría entonces en una indebida acumulación de pretensiones, pues en otras palabras es como si en un juicio se pudiese ser a la vez accionante y accionado.

Ahora bien y siguiendo en los términos de la hipótesis estudiada, como quiera que el Acta 15 del 20 de Febrero de 2006, que como ya se dijo aparece suscrita por el Dr. Alejandro De Lima como presidente de la referida Asamblea Ordinaria de Accionistas, no fue impugnada dentro del término legal de los dos meses o aun dentro de los 5 años siguientes que establece la ley para ordinariamente acudir

ante el juez civil competente, mal podría este Tribunal derivar competencia para su estudio, pues si es cierta su falsedad como dicen los convocantes, estaríamos en presencia de un delito o si es un asunto civil, YA PRESCRIBIO EL TIEMPO PARA SU IMPUGNACION, en ambos casos desbordando la jurisdicción arbitral.

3. En cuanto a lo que se refiere a la disputa principal sometida a valoración de este Tribunal Arbitral, cual es el conflicto propuesto referente a determinar la existencia de un presunto CONTRATO VERBAL de carácter privado cuyo objeto era la transacción de las acciones que poseía el Dr. Alejandro De Lima en la sociedad Agrocuencia S.A, se tiene en primer lugar que pese a que no se precisa por parte de los convocantes las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que presuntamente se concretó el supuesto contrato verbal, este supuestamente debió realizarse con posterioridad a la fecha de suscripción del CONTRATO ESCRITO debidamente aportado a este plenario, cuál fue el 20 DE FEBRERO DE 2006 y antes de la fecha en que se recibieron las acciones de AGROCALIMA S.A. por parte del Dr. Alejandro De Lima, según los convocantes el 2 DE MARZO DE 2006, por lo que es evidente que respecto a cualesquier pretensión derivada de este presunto contrato, operaría hoy el fenómeno de la PRESCRIPCION EXTINTIVA ORDINARIA DE LAS OBLIGACIONES, en virtud de haber dejado transcurrir más de 5 años para su eventual reclamación, pues como lo ilustra la profusa jurisprudencia constitucional al respecto, la presentación de la demanda interrumpe el termino prescriptivo pero exclusivamente con relación a las pretensiones formuladas en la demanda, de tal suerte que al presentarse una REFORMA A LA DEMANDA CON NUEVAS PRETENSIONES, dicho fenómeno suspensivo solo ocurre respecto de estas desde el momento de su nueva aportación al proceso, esto es en nuestro caso presente para el 5 DE JULIO DE 2011.

4. En segundo lugar, el objeto de la controversia propuesto respecto a la negociación de las acciones, se redujo a dirimir cual era el alcance de las prestaciones vinculantes, reales o simuladas, si las contraprestaciones acordadas eran o no razonables y como consecuencia de ello, que tipo de sanción legal debería aplicarse, esto es su nulidad, simulación o inexistencia, ordenando a las partes las respectivas restituciones con la condena a los presuntos perjuicios que se ocasionaron.

Como se observa Prima Facio (sic) estos asuntos nada tienen que ver las "obligaciones y derechos emanados del contrato social" de la sociedad AGROCUENCA S.A., pues se corresponden con aspectos propios de la facultad legal de negociar libremente las acciones que tienen los particulares dentro de su

libertad de configuración de sus relaciones comerciales y por ello de existir algún vicio propio de este contrato, el cual es autónomo e independiente, se debía acudir a la respectiva jurisdicción civil en busca de la eventual protección, en el evento de considerarse lesionados sus intereses económicos ante un eventual desequilibrio contractual.

Como ya se dijo, la única restricción al tráfico negocial de acciones nominativas, era cumplir con el requisito del ofrecimiento del derecho de preferencia a favor de la sociedad o al resto de los socios de la sociedad emisora, pero dicha carga está radicada en cabeza del accionista titular de las acciones, de tal suerte que EL TERCERO quien negocie estas acciones con fundamento en la prueba documental que se le exhiba del cumplimiento de dicha obligación, está amparado bajo el principio de la BUENA FE y por ello, no queda cobijado bajo la cláusula arbitral que cobija a los accionistas, cuando se trate de conflictos derivados exclusivamente de las prestaciones económicas relacionadas con su negociación.

5. En tercer lugar por más que se pretenda repetir una y otra vez que en el supuesto contrato verbal no tuvo participación directa el Dr. JOSÉ FELIPE DE LIMA y que el contrato legalmente celebrado el 20 de febrero de 2006 entre los Drs. ALEJANDRO y JOSÉ FELIPE DE LIMA BÖHMER como personas naturales y la sociedad AGROCALIMA S.A. SOCIEDAD CIVIL, era tan solo un "acuerdo previo" o un "precontrato" o cualesquier otro calificativo que se quiera inventar el apoderado de los convocantes, en el ejercicio de su "creatividad" jurídica a que ya nos tiene tan acostumbrados, la realidad es que la doctrina y la jurisprudencia nos han enseñado, que lo importante no es el nombre que las partes le den a sus convenciones o los mecanismos directos o interpuestos que utilicen para actuar o hacerse representar a la hora de configurar sus relaciones con transcendencia jurídica, pues sabido es que ante una eventual disputa, se debe procurar establecer cual fue realmente el denominado "CONTRATO REALIDAD" a partir del cual mediante los documentos, declaraciones, indicios o demás medios de prueba que se incorporen a un proceso, se determina finalmente cuales fueron los respectivos derechos y obligaciones que se derivaron para las partes actuantes en un contrato o convención.

En este sentido existe ya, está aportado un documento tan claro y diáfano que realmente resulta hasta vergonzoso, el pretender desconocer su naturaleza como fuente primigenia de las obligaciones que adquirieron las partes, a fin de llevar a cabo su declarado objeto de capitalizar en especie a la sociedad AGROCALIMA S.A. por parte de los señores Alejandro y Felipe De Lima, contrato de naturaleza privada que no solo fue el declarado objeto de ataque por parte de los

convocantes al momento de presentar su demanda original, sino como ya se ha dicho anteriormente, no fue cuestionado ni tachado de falso en su debida oportunidad procesal.

La cláusula octava del referido acuerdo privado escrito TIENE EFECTO VINCULANTE PARA LAS PARTES PUES NO APARECE ACREDITADA SU DECLARATORIA JUDICIAL DE NULIDAD, y estableció como mecanismo alternativo de solución de conflictos posteriores a la celebración del susodicho acuerdo, la aplicación en primera instancia del mecanismo de amigables componedores y subsidiaria mente el sistema de arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali.

Por lo que en respecto de la autonomía de configuración de las relaciones de carácter privado debidamente amparados por la ley y nuestra Constitución Nacional, se deberá agotar en primera instancia el procedimiento allí establecido, máxime si se tiene que uno de los convocantes es una de las partes de dicho contrato y quien se obligó a respetar el procedimiento allí acordado para zanjar sus eventuales diferencias. No sobra recordar que el mismo documento en la parte final de su cláusula en cita estableció que "para la presente cláusula de solución de conflictos se entiende como partes el Señor Alejandro De Lima B y por la otra el Señor Felipe De Lima (como persona natural y como representante de AGROCALIMA S.A.)".

6. Así mismo y como se desprende de la esencia misma del contrato escrito aportado, la naturaleza civil de las partes y su objeto declarado, contiene una negociación entre dos personas naturales y una jurídica regida por el régimen privado y en ejercicio de la autonomía de la voluntad de los particulares dentro del marco de la ley y que nada tiene que ver con el CONTRATO SOCIAL que gobierna a la sociedad AGROCUENCA S.A., pues la única relación tangencial con dicha sociedad, se derivó del hecho que el medio empleado por uno de los contratantes (el Dr. Alejandro) para cumplir las obligaciones voluntariamente por el asumidas, fue el compromiso de aportar unas acciones que poseía en la sociedad AGROCUENCA S.A. y sobre las cuales declaró tener la titularidad y plena capacidad de disposición.

Ahora bien como emerge de los compromisos allí descritos, la transferencia de las acciones de AGROCUENCA S.A. que poseía el Dr. Alejandro a AGROCALIMA S.A., NO ERA UN HECHO AISLADO, sino que comportaba una obligación coetánea por parte del señor FELIPE DE LIMA de igual manera aportar un significativo patrimonio a la susodicha Agrocalima, y de entregar, como en efecto lo hizo y se demuestra con las pruebas aportadas en esta oportunidad, la suma

300 millones de pesos que el mismo convocante reconoció como recibidos en el hecho Décimo séptimo de su demanda original. Por esta sola razón, es un hecho incontrovertible que cualesquier discusión o sentencia que se produzca en cualesquier estadio que deba resolver sobre estos asuntos debe necesariamente contar con la presencia como LITISCONSORTE NECESARIO del Dr. José Felipe De Lima, so pena de una violación al debido proceso por defecto factico y una clara ilegalidad al asumirse una competencia que desconozca esta realidad procesal.

III. LEGITIMACION PARA OBRAR

Como bien lo señalan los convocantes, la legitimación en la causa sólo existe cuando demanda quien tiene por ley sustancial facultad para ello, en este sentido y como ya quedo dicho, No se acredita suficientemente el interés jurídico para demandar de parte de la sociedad AGROCUENCA S.A., pues el sustento factico presentado por el CONVOCANTE se refiere a una presunta violación del artículo 11 de sus estatutos sociales, que como ya se indicó, solo se refiere a la presunta violación de su derecho de preferencia, el cual tan solo se puede ejercer en contra del señor Alejandro De Lima por ser éste el único titular de las acciones al momento de su negociación y en nada se puede vincular a la sociedad AGROCALIMA S.A., TERCERO ADQUIRIENTE DE BUENA FE.

Así mismo y como ya se dijo, éste negocio se refiere a un contrato privado de capitalización de la sociedad AGROCALIMA S.A. por parte de los hermanos Alejandro y Felipe De Lima, actuando y obligándose mutuamente como personas naturales y sin la participación de la sociedad AGROCUENCA S.A..

Los hechos referidos como perjuicios a dicha sociedad, los sustentan en la presunta falsedad en el proceso de ofrecimiento de las acciones por parte del Dr. Alejandro De Lima en la asamblea de AGROCUENCA S.A. consignada en el acta N° 15 del 20 de febrero de 2006, hecho extraño al contrato aquí impugnado y que no obstante, dicha acta tiene presunción de legalidad y obligatoriedad para las partes, hasta tanto alguna autoridad competente desestime su legalidad, hecho que no ha ocurrido, por lo que se reitera, la sociedad AGROCUENCA S.A. carece de interés jurídico para convocar este Tribunal.

IV. A LAS PRETENSIONES

Con sustento en los hechos y los fundamentos de derecho que más adelante sustentaré, me opongo a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la medida que no presentan sustento factico o probatorio que las legitime.

V. A LOS HECHOS

A los hechos relativos a la constitución y existencia de la sociedad Agropecuaria Cuenca S.A. - Agrocuenca.

1.0 CIERTO.

2.0 NO ES CIERTO. La composición accionaria presentada en este hecho es la consecuencia de la implementación de VIAS DE HECHO de parte de algunos de los administradores y accionistas quien detentan la mayoría accionaria de la sociedad y que es objeto de sendas demandas judiciales tendientes a restablecer la composición accionaria, acorde a las disposiciones legales y estatutarias. De todas maneras no deja de sorprender la contradicción entre los hechos y las pretensiones formuladas, pues como se observa el petitorio orienta a que se reintegren las acciones al Dr. Alejandro De Lima pero como lo declara la misma sociedad en este hecho, las mismas ya están a su nombre.

3.0 PARCIALMENTE CIERTO. Es cierto en cuanto parte del patrimonio de la sociedad AGROCUENCA S.A. tuvo su origen en bienes que aportaron por diversos caminos los señores Ernesto De Lima Le Franc y Virginia BÖHMER Rengifo, pero también se acrecentó con el producto de fusiones, escisiones e incorporaciones de otras sociedades así como por la gestión del gerente Dr. Felipe De Lima, durante los cerca de 10 años en que estuvo al frente de la administración de esta compañía.

A los hechos relacionados con el SUPUESTO contrato verbal de negociación de acciones celebrado entre Alejandro De Lima BÖHMER y AGROCALIMA S.A.

4.0 NO ES CIERTO. Las razones que motivaron al Dr. Alejandro De Lima a transferir su patrimonio de acciones en la sociedad AGROCUENCA S.A. fue su deseo de que ambos hermanos pudiesen integrar sus patrimonios a fin de trabajar juntos y ampliar el espectro de negocios pues la sociedad AGROCALIMA S.A. poseía otra gama de negocios diferentes a las desarrolladas por AGROCUENCA S.A. cualesquier otra intención o hechos relevantes diferentes a los aquí enunciados deberán ser probados legalmente por el convocante.

5.0 NO ES CIERTO. El documento suscrito libre y voluntariamente por las partes el 20 de febrero de 2006 y que obra como plena prueba, da cuenta de las convenciones acordadas por las partes y en especial entre los hermanos Felipe y Alejandro De Lima en forma personal, como lo acreditan las múltiples comunicaciones al respecto. Así mismo este contrato tiene plena validez y eficacia pues no ha sido judicialmente declarado nulo por ninguna autoridad judicial y como bien es sabido una parte unilateralmente no puede desconocer sus efectos.

6.0 NO ES CIERTO. Como el supuesto contrato verbal se lo acaba de inventar el apoderado de la parte convocante, que lo pruebe en los términos de ley.

7.0 NO ES CIERTO. Que lo pruebe el convocante.

8.0 NO ES CIERTO. Todos los hechos relacionados con las decisiones tomadas en la reunión del 20 de febrero de 2006 y que quedaron contenidas en el Acta N° 15 del libro de actas de la Asamblea Ordinaria de Accionistas de la sociedad AGROCUENCA S.A. NO pueden ser objeto de debate ante esta jurisdicción arbitral, lo único cierto es que el referido documento por disposición legal tiene presunción de legalidad y en consecuencia hasta tanto una autoridad judicial lo declare NULO tiene plenos efectos legales, por lo que cualesquier discusión al respecto es estéril y sin mayor trascendencia ante este Tribunal.

A los hechos que SUPUESTAMENTE acreditan la nulidad absoluta del contrato verbal entre ALEJANDRO DE LIMA BÖHMER y AGROCALIMA S.A. en virtud del cual el primero le traspasó a la segunda la totalidad de las acciones que tenía en AGROCUENCA S.A.

9.0 ES CIERTO. Aunque no es un hecho, es una disposición legal.

10.0 ES CIERTO.

11.0 NO ME CONSTA, que lo pruebe el convocante.

12.0 Es una opinión del convocante que no estoy obligada a responder.

13.0 NO ME CONSTA, que lo pruebe el convocante.

14.0 NO ES CIERTO. De acuerdo con los DOCUMENTOS aportados, no aparece evidencia alguna que se le hubiese conculcado el derecho de preferencia a la sociedad o sus accionistas.

15.0 NO ME CONSTA, que lo pruebe el convocante.

16.0 ES CIERTO. Aunque no es un hecho, es una disposición legal.

17.0 NO ES CIERTO. Los argumentos esgrimidos por el actor no son prueba ni legal ni fáctica suficiente para destruir los efectos de un contrato legalmente suscrito entre las partes.

A los hechos que SUPUESTAMENTE prueban ue el contrato verbal en referencia celebrado entre Alejandro De Lima BÖHMER v Agrocalima no surte ningún efecto.

18.0 ES CIERTO. Aunque no es un hecho, es una disposición legal.

19.0 ES CIERTO. Aunque no es un hecho, es una disposición legal.

20.0 NO ME CONSTA, que lo pruebe el convocante.

21.0 NO ME CONSTA, que lo pruebe el convocante.

22.0 ES CIERTO.

23.0 NO ES CIERTO. Como el supuesto contrato verbal es un artilugio jurídico de última hora creado por la convocante, debe ser probada en los términos de ley.

A los hechos atinentes a la simulación absoluta del contrato de traspaso de acciones otorgado entre Alejandro De Lima BÖHMER v Agrocalima.

24.0 NO ES CIERTO. De acuerdo con los DOCUMENTOS aportados, no aparece evidencia alguna en que existiera una presunta simulación por parte de quienes suscribieron el contrato real de transferencia de acciones cuyos contenidos quedaron fijados en el documento del 20 de febrero de 2006, por ello cualesquier estipulación en contrario, deberá probarla el convocante con los medios de prueba legales y no a partir de simples especulaciones.

25.0 NO ES CIERTO. Los documentos aportados manifiestan lo contrario a lo señalado por el convocante.

26.0 NO ME CONSTA, sin embargo no es esta la oportunidad jurídica para tardíamente manifestar una intención de compra de un hecho acaecido hace más de cinco años.

27.0 NO ES CIERTO. Pues en primer lugar no está probada la existencia de un contrato verbal que desnaturalice los efectos del escrito y en segundo lugar tampoco está probado que fuese irrisorio el valor reconocido por el señor Felipe De Lima y la sociedad AGROCALIMA S.A. al momento de su negociación. A este respecto téngase en cuenta el valor al cual adquirió en octubre de 2005 las acciones de AGROCUENCA S.A. el señor Alejandro De Lima, que es el mismo valor al cual tan solo CUATRO MESES DESPUES, las negocio con su hermano menor y AGROCALIMA S.A. Obsérvese al respecto el contenido del acta de Asamblea de AGROCUENCA S.A. No. 013 del 5 de Octubre de 2005 y el acta N° 20 del 10 de Octubre de 2005 de la Junta Directiva de la misma sociedad, por la cual se reglamentó la emisión de las nuevas acciones y definió el precio al cual TODOS LOS ACCIONISTAS suscribieron el nuevo paquete accionario.

28.0 NO ES CIERTO. En dicha asamblea lo que se configuró fue una vía de hecho pues la asamblea no tenía facultades legales para mayoritariamente declarar una ineficacia de una reunión anterior, pues ante la falta de criterio uniforme de todos los accionistas se debió acudir a la jurisdicción ordinaria.

29.0 NO ES CIERTO. De todas maneras son hechos extraños a este proceso.

30.0 NO ES UN HECHO es una opinión personal extraña al debate propuesto.

31.0 NO ES UN HECHO, pero se pareciera traslucir que el verdadero propósito de esta demanda es el hecho de no estar seguros de la sostenibilidad jurídica de las actuaciones de los accionistas mayoritarios de AGROCUENCA S.A. y sus apoderados que condujeron al despojo por vías de hecho de las Acciones legítimamente adquiridas por la sociedad AGROCALIMA S.A.

A los supuestos nuevos hechos que corroboran la simulación y explican la inexistencia subsidiaria y el precio vil o irrisorio del contrato verbal celebrado entre Alejandro De Lima BÖHMER y Agrocalima.

32.0 ES CIERTO. Aunque no es un hecho, es una disposición legal.

33.0 NO ES UN HECHO es una interpretación personal del apoderado de los convocantes basada en normas legales que no son objeto de debate.

34.0 NO ES CIERTO. Lo formulado en este hecho no es más que una interpretación acomodaticia de las circunstancias que rodearon la negociación entre los hermanos Alejandro y Felipe De Lima y que quedaron contenidas en el texto del contrato debidamente aportado, suscrito por ello el 20 de febrero de 2006, de todas maneras y como simple información, es prudente recordar el valor al cual adquirió no solo el Dr. Alejandro De Lima adquirió sus acciones de AGROCUENCA S.A. sino también el resto de sus accionistas, que fue al valor nominal de 1 peso por acción, tal como consta en las actas ya referidas (acta de Asamblea de AGROCUENCA S.A. No. 013 del 5 de Octubre de 2005 y el acta N° 20 del 10 de Octubre de 2005 de la Junta Directiva) y aportadas aquí como pruebas. En segundo lugar que esa negociación estuvo condicionada a una capitalización simultanea de parte del Dr. José Felipe De Lima de otros bienes en la sociedad AGROCALIMA S.A. al igual del descargo de pasivos de esta sociedad, todo ello acaecido en febrero de 2006, por lo que no es posible fundar análisis al respecto con base en estados financieros de diciembre de 2005, pues lo que se está pretendiendo con ello es inducir en error al juzgador hecho que podría configurar un posible fraude procesal.

35.0 NO ES CIERTO. Nuevamente se presentan toda una serie de conjeturas sin mayor respaldo probatorio

A los supuestos hechos que demuestran los perjuicios sufridos por AGROCUENCA S.A. y Alejandro De Lima BÖHMER

36.0 CIERTO. Aunque no es hecho sino una opinión legal.

37.0 CIERTO. Aunque no es hecho sino una opinión legal.

38.0 CIERTO. Aunque no es hecho sino una opinión legal.

39.0 NO ES CIERTO. Le corresponde probarlo al convocante.

40.0 NO ME CONSTA.

41.0 NO ES CIERTO. No existe ningún documento que compruebe lo anterior por ello deberá probarlo el convocante dentro del contexto de la negociación real.

42.0 Es una opinión del convocante que no estoy obligada a responder.

43.0 Son opiniones del convocante que no estoy obligada a responder.

44.0 Nuevamente son opiniones sin respaldo probatorio.

45.0 NO ES CIERTO. Deberán ser probados en los términos de ley.

46.0 NO ES UN HECHO, es una opinión legal.

47.0 NO ES CIERTO. Deberán ser probados en los términos de ley.

48.0 ES CIERTO.

49.0 NO ES UN HECHO, es una mera opinión.

VI. AL JURAMENTO ESTIMATORIO

En los términos del artículo 211 del Código de Procedimiento Civil me permito objetar la estimación de los supuestos perjuicios presentada por los convocantes, pues no se encuentran estimados razonadamente dentro del contexto de lo que fue la negociación real de la transferencia de acciones de parte del Dr. Alejandro De Lima en virtud de su negociación con el señor José Felipe De Lima y por cuanto se ha demostrado en los términos de esta contestación, no le existe interés jurídico para reclamarle a la sociedad AGROCALIMA S.A. por parte de AGROCUENCA S.A., en relación a la violación de su derecho de preferencia, pues quien supuestamente no se lo concedió sería el señor Alejandro De Lima, por ser el titular de los derechos accionarios al momento de su negociación.

VII. DE LAS EXCEPCIONES DE MERITO

Se proponen las siguientes excepciones para que sean estudiadas y resueltas al resolver la respectiva sentencia:

1. DE LA PRESCRIPCION.

Las pretensiones contenidas en la reforma de la demanda se encuentran prescritas a la luz del artículo 235 de la 222 del 1995 que señala:

Artículo 235: TERMINO DE PRESCRIPCIÓN: "las acciones penales, civiles y administrativas derivadas del incumplimiento de las obligaciones o de la violación a lo previsto en el libro segundo del código del comercio y en esta ley, prescribirán en cinco años, salvo que en esta se haya señalado expresamente otra cosa".

Por otro lado el código civil hace referencia a la extinción de una pretensión en concreto, y debe considerarse que la prescripción se interrumpe en la medida en que efectivamente la demanda contenga dicha pretensión específica respecto de la cual está corriendo el término para su extinción, como que se den los presupuestos contenidos en el código de procedimiento civil. En otros términos la presentación de la demanda interrumpe el cómputo de la prescripción respecto de la pretensión concretas reclamadas en la respectiva demanda inicial, siempre y cuando se haya surtido la notificación respectiva exigida por el código de procedimiento civil en su artículo 90 y no de aquellas que el actor a través de la reforma de la demanda ha incluido como nuevas pretensiones, pues en este último caso la interrupción de la prescripción para esas nuevas pretensiones y contenidas en la reforma de la demanda, deberá contarse de nuevo a partir de esa formulación nueva presentada.

Por todo lo anterior las nuevas pretensiones contenidas en la reforma de la demanda se encuentran totalmente prescritas.

2. ILEGITIMIDAD EN LA CAUSA POR EL EXTREMO ACTIVO DE LA RELACION PROCESAL.

Descansa esta excepción en el hecho que ni el señor Alejandro De Lima ni la sociedad AGROCUENCA S.A. están legitimados para invocar este Tribunal con sustento en una Cláusula Compromisoria que obliga solo a los accionistas de la sociedad AGROCUENCA S.A., para entrar a debatir aspectos que se circunscriben a un contrato de naturaleza privada, autónomo e independiente que el mismo estableció un mecanismo autónomo para la solución de los conflictos que de él se deriven, por cuanto a pesar que con ocasión de la reforma de la Demanda se pretende indicar que el prevalente es un contrato verbal no probado, obra en el plenario que existe un contrato escrito plenamente legal y a pesar que los convocantes quieran minimizar sus efectos con el peregrino argumento que se trata de un "precontrato" o acuerdo preliminar, la realidad es que tiene plena vigencia legal, pues no ha sido declarado nulo o con cesación de sus efectos por ninguna autoridad judicial.

Los hechos presentados tanto en la demanda como en su escrito de reforma de Demanda, al igual que la contestación presentada, por esta apoderada, coinciden en reconocer que existe prueba documental debidamente aportada a este plenario y que no ha sido tachada de falsa en su debida oportunidad procesal, respecto a que el procedimiento establecido tanto en la ley como en los estatutos sociales de AGROCUENCA S.A. para agotar el procedimiento fijado para ejercer el derecho de preferencia antes referido, SE CUMPLIÓ y quedó documentado en el acta N° 15 del libro de actas de la sociedad, el cual da cuenta de la reunión de Asamblea Ordinaria de AGROCUENCA S.A. acaecida el 20 de febrero de 2006 y cuyo presidente fue el Dr. Alejandro De Lima.

No obstante la contundencia de la prueba y el hecho que provenga del mismo libro de actas de la sociedad y fuera aceptada pacíficamente por varios años al punto que nunca fue impugnada ante la autoridad judicial correspondiente, el argumento que presenta 5 años después de los hechos el apoderado de la sociedad AGROCUENCA S.A. y con el cual pretende derivar ahora su legitimación como parte para comparecer a este proceso, estriba en señalar que la referida reunión o no existió o que si está se realizó, comportaba irregularidades en su convocatoria y en la conformación de su Quórum, con los cuales se configuraban los presupuestos de una presunta ineficacia de la misma, según su interpretación de los artículos 186 y 190 del Código de Comercio, configurándose así su presunta

violación al derecho de preferencia y todo eso para reclamar su perjuicio, curiosamente no al que supuestamente incumplió con el procedimiento, sino al tercero que transó las acciones legalmente liberadas para ser negociadas con cualquiera.

Independiente de las posibilidades de prosperidad de esta tesis, reiteradamente esgrimida por el convocante en diferentes estadios judiciales y que va en contravía de nutrida jurisprudencia pues la ineficacia no se puede declarar unilateralmente sino hay acuerdo entre todos los socios, la realidad es que por la demora propia de los procesos judiciales todavía no se tiene un pronunciamiento judicial en firme al respecto, pero lo más importante para los efectos de este proceso, es que dicha controversia tiene expresos caminos procesales definidos en la jurisdicción civil para ser avocada, como quiera que en esencia se refiere es a la impugnación de las decisiones tomadas en el seno de su propia Asamblea de Accionistas, por lo cual es claro que no es posible asumir aquí competencia para dirimirla, pues desborda el alcance jurisdiccional de la justicia privada, como quiera que se trata es de eventuales violaciones a la ley comercial o incluso transgresiones al Código Penal, pues por ejemplo habría que declarar en primer lugar que la mencionada acta N° 15 adolece de falsedad ideológica, aspectos que claramente comprometen disposiciones de Orden Público que no pueden ser tramitadas por la Jurisdicción arbitral.

Como las actas de las sociedades tienen presunción de legalidad que solo puede destruir una autoridad judicial competente, no es posible pretender legitimar la comparecencia a un proceso arbitral con base en meras especulaciones y malabarismos jurídicos y de igual manera le está vedado al Tribunal Arbitral asumir competencia para conocer aspectos donde lo que está comprometido es el cumplimiento de normas de Orden Público.

3. INEXISTENCIA DEL CONTRATO VERBAL

Fijan los nuevos hechos y pretensiones formuladas, que el asunto de fondo se circunscribe a las diferencias surgidas entre dos accionistas de la sociedad AGROCUENCA S.A., ALEJANDRO DE LIMA como persona natural y la sociedad AGROCALIMA S.A. SOCIEDAD CIVIL, en abstracto, con ocasión de la celebración de un presunto CONTRATO VERBAL aparentemente convenido entre ellas y fruto del cual se dio el traspaso de las acciones que tenía el primero en la sociedad AGROCUENCA S.A. a favor de la segunda.

Salta a la vista la vaguedad respecto a la existencia del presunto contrato verbal sobre el cual se fundamenta el nuevo escrito, y que como ya se expresó con anterioridad en este escrito de descorre de Reforma de Demanda, en ninguna

parte se precisan las circunstancias de tiempo, modo y lugar de su aparente celebración, ni mucho menos las convenciones alcanzadas entre las partes y de lo único que se habla es que en virtud de este contrato fue que se dio la transferencia de las acciones de parte del Dr. Alejandro De Lima a la sociedad AGROCUENCA S.A., y que no obstante como ya se señaló en algún aparte del presente escrito, tanto en el contenido de la demanda original como de su aparente reforma, que por disposición del art. 89 del C.P.C. se deben considerar integradas, en ambos escritos se reconoce igualmente la existencia real de un CONTRATO ESCRITO, el cual tiene el mismo propósito de transferir las acciones que tenía el señor Alejandro De Lima en la sociedad AGROCUENCA S.A. a AGROCALIMA S.A., aunque obviamente fundado en derechos y obligaciones totalmente diferentes a las que acomodaticamente se pretenden predicar del supuesto contrato verbal.

Así mismo salta a la vista del texto del CONTRATO ESCRITO, que en quien recaen las obligaciones principales derivadas de la negociación allí contenida son las personas naturales ALEJANDRO DE LIMA por una parte y por la otra FELIPE DE LIMA, siendo el sujeto pasivo la sociedad AGROCALIMA S.A., pues tan solo fue el vehículo escogido para alcanzar el propósito declarado de una integración patrimonial entre los dos hermanos De Lima.

Así mismo el referido contrato da cuenta de la participación de dos personas naturales y una jurídica, una de las cuales el Dr. Felipe De Lima, no es parte del presente proceso y no puede ser forzado a comparecer a él, por cuanto no era accionista al momento de la suscripción de ese contrato y aún hoy tampoco lo es.

4. AUSENCIA DE VICIOS QUE GENEREN LA NULIDAD, SIMULACION, INEXISTENCIA, O DECLARATORIA DE SER VIL O IRRISORIO EL PRECIO PACTADO EN LA NEGOCIACION REAL ACAECIDA ENTRE LOS HERMANOS ALEJANDRO Y FELIPE

Establece el actor como su pretensión cuarta principal que se declare que es nulo el Contrato Verbal o subsidiariamente a esta pretensión que se declare que no produce efectos o que es absolutamente simulado o inexistente y que eran viles e irrisorias las prestaciones recibidas por el Dr. Alejandro De Lima en su negociación.

Si bien es cierto se comparte con el convocante la solicitud de la declaratoria de nulidad o inexistencia del hipotético contrato verbal, pues como se demostrará ampliamente no pasa de ser una construcción inventada por el apoderado de los convocantes y carente de todo respaldo probatorio que desconoce la existencia real del contrato suscrito entre las partes el 20 de febrero de 2006, vale la pena

hacer algunas precisiones a la esencia de este contrato como ilustración de este Tribunal.

Como quiera que independiente de si el contrato era verbal o escrito la censura del convocante ataque el hecho que la voluntad real del Dr. Alejandro nunca fue desprenderse realmente de sus acciones sino propiciar un acto simulado, vale la pena recrear lo que ha establecido La sala de casación civil de nuestra Corte Suprema de Justicia respecto a la simulación, en sentencia del día 6 de mayo de 2009, expediente 00083,

"En efecto, para la jurisprudencia, la simulación 'constituye un negocio jurídico, cuya estructura genética se conforma por un designio común, convergente y unitario proyectado en dos aspectos de una misma conducta compleja e integrada por la realidad y la apariencia de realidad, esto es, la creación de una situación exterior aparente explicada por la realidad reservada, única prevalente y cierta para las partes. [...] En consecuencia, si de simulación absoluta se trata, inter partes, la realidad impone la ausencia del acto dispositivo exterior inherente a la situación contractual aparente y la permanencia de la única situación jurídica al tenor de lo acordado, y, en caso de la simulación relativa, esa misma realidad precisa, entre las partes, la prevalencia del tipo negocial celebrado, el contenido acordado, la función autónoma que le es inherente, ora los sujetos; a este respecto, lo aparente no está llamado a generar efecto alguno entre las partes y, frente a terceros, in casu, dentro del marco de circunstancias concretas se definirán las diferentes hipótesis que pueden suscitarse entre éstos conforme deriven derechos del titular real o del titular aparente en la cual, por principio se privilegia el interés de quien actuó de buena fe con base en la apariencia en preservación de ésta, la regularidad y certidumbre del tráfico jurídico y de las relaciones jurídicas negociales (...)" (cas.civ. sentencia de 30 de julio de 2008, [5C-077-2008], exp. 41001-3103-004-1998-00363-01).

Más exactamente, la simulación absoluta, per se, de suyo y ante sí, envuelve la inexistencia del negocio jurídico aparente. Per differentiam, la simulación relativa, presupone la ineludible existencia de un acto dispositivo diferente al aparente, ya en cuanto hace al tipo negocial, bien en lo atañadero a su contenido, ora en lo concerniente a las partes.

Del mismo modo, en la simulación absoluta, las partes están definitivamente atadas por la ausencia del negocio inmerso en la apariencia de la realidad; en cambio, la simulación relativa, impone la celebración de un negocio distinto, verbi gratia, donación en vez de compraventa, y por lo mismo, las partes adquieren los derechos y obligaciones inherentes al tipo negocial resultante de la realidad,

empero en ciertas hipótesis y bajo determinadas exigencias, el ordenamiento jurídico impone la tutela de los derechos e intereses de terceros de buena fe frente a las situaciones y relaciones contrahechas al margen del negocio inexistente (simulación absoluta) o diverso del pactado (simulación relativa). En idéntico sentido, por elementales reglas de experiencia, el juicio axiológico sobre la validez o invalidez de los actos dispositivo se emite respecto de los negocios existentes, excluyéndose en los inexistentes, aunque en un plano estrictamente teórico el negocio simulado en forma absoluta podrá estipularse por un incapaz absoluto, en circunstancias de dolo, error espontáneo o violencia o recaer sobre causa u objeto ilícito, hipótesis todas en las cuales la inexistencia excluye la invalidez porque esta supone y parte de aquella, no pudiéndose predicar de un mismo acto dispositivo que es simultáneamente inexistente e inválido ".

Como bien explica la Jurisprudencia en cita, la pretensión principal para que se declare la simulación absoluta del acto impugnado se diluye con el acervo probatorio arrimado a este proceso por las partes y sobretodo en el reconocimiento expreso del mismo convocante, pues afirma que en efecto existió un pago real de parte del señor Felipe De Lima, en cumplimiento del contrato previamente acordado con el doctor Alejandro De Lima para capitalizar a AGROCALIMA S.A.

Como lo informa la doctrina, en la simulación absoluta la causa es la finalidad concreta de crear una situación aparente que no es vinculante, pues se aparenta celebrar un negocio jurídico, cuando en realidad no se constituye ninguno y en consecuencia el negocio jurídico celebrado no producirá consecuencias jurídicas entre las partes, es decir, en la simulación absoluta no hay voluntad de celebrar el acto jurídico y solo en apariencia se celebra como se ilustra con el ejemplo de una persona que con el fin de engañar a sus acreedores, simula enajenar sus bienes a otro, pero en realidad no se transfiere nada y lo único que se busca es aparentar la celebración de tal acto, puesto que ni la transferencia del bien ni el pago del precio se han concretizado.

Ahora bien y ya en nuestro caso en concreto, se tiene que el contrato que se predica como simulado no solo fue suscrito formalmente entre las partes sino que estas cumplieron a cabalidad con las prestaciones convenidas mutuamente, pues en el caso del señor Felipe De Lima al menos el actor reconoce que en efecto este canceló 300 millones de pesos y que en efecto aportó otros bienes a la sociedad y que AGROCALIMA S.A. le entregó los títulos por el 25% de las acciones y que por la otra parte, el Dr. Alejandro De Lima a su vez aportó las acciones de AGROCUENCA S.A. a la sociedad AGROCALIMA S.A. como se había obligado.

Así las cosas y sin ahondar en si los valores convenidos eran o no equivalentes, la realidad es que desde el punto de vista de la figura invocada de simulación absoluta, no se estructuran sus presupuestos fácticos y en consecuencia dicha excepción no está llamada a prosperar, pues en este caso el acto jurídico no fue simulado con simulación absoluta, ni existió un acto aparente, pues la voluntad de las partes efectivamente se materializó en el cumplimiento de sus prestaciones mutuas como reconoce el mismo actor.

Por otra parte, es igualmente notoria la intención de pretender desnaturalizar el contenido material y substancial del contrato realizado entre los hermanos Alejandro y Felipe, pretendiendo encasillarlo en una simple operación de permuta, que según las voces del artículo 1955 de nuestro Código Civil se define "La permutación o cambio es un contrato en que las partes se obligan mutuamente a dar una especie o cuerpo cierto por otro", pero como salta a la vista no es esta la figura jurídica que emerge en el acuerdo de voluntades que se materializó en el contrato entre los hermanos De Lima, pues en primer lugar debe notarse que el contrato se suscribe entre tres partes, Alejandro, Felipe y la sociedad AGROCALIMA S.A. y comporta obligaciones y derechos diferentes para las partes.

Ahora bien como el convocado en este proceso es ÚNICAMENTE la sociedad AGROCALIMA S.A., mal se puede hablar que existiese una permutación con esta, pues el Dr. Alejandro se obligó a capitalizar en especie a la sociedad AGROCALIMA S.A. y como consecuencia de ello, la correlativa obligación de esta sociedad fue entregarle los títulos que representaban el número de acciones que representarían su aportación de capital en dicha sociedad.

Pero resulta que el cuestionado contrato no solo lo suscribieron las partes antes señaladas sino que de igual manera lo suscribió el señor Felipe De Lima como persona natural, quien asumió obligaciones disímiles tales como asumir pasivos de la sociedad AGROCALIMA S.A., aportarle bienes a la misma y entregarle al Dr. Alejandro la suma de trescientos millones de pesos, lo que de contera significaría que si en aras de la discusión se pudiese encasillar este negocio jurídico en una permuta, esta sería entre Alejandro y Felipe De Lima, pero nunca con AGROCALIMA S.A. como ente jurídico independiente que es y como quiera que el Dr. Felipe De Lima no es parte de este proceso, mal se podría imputar una pretensión sin la comparecencia del legitimado para responder por las consecuencias de su presunto aprovechamiento, en consecuencia dado que no se dan los supuestos ni las partes que estructuran la permuta impropriamente calificada, no habría razón a debatir aquí el precio pactado entre las partes y

menos calificar de vil e irrisorio el valor acordado por ellas, por lo que mal se podría derivar de ello una nulidad absoluta o una inexistencia de un negocio que por lo demás se ajusta en todo a la legalidad. Así las cosas estas pretensiones deberán igualmente desestimarse por improcedentes.

5. EXCEPCION GENERICA

Como quiera que el presente proceso se inscribe como un declarativo, es procedente la declaratoria de aquellas excepciones que se puedan probar en el devenir del proceso”.

CAPÍTULO IV

EL ACERVO PROBATORIO

PRUEBAS DOCUMENTALES

Se tuvieron como prueba, con el valor que les asigna la Ley, todos los documentos aportados por las partes.

TESTIMONIOS

Durante el curso del proceso arbitral se recibieron las declaraciones de todas las personas solicitadas por los apoderados de las partes, salvo de las personas cuyo testimonio fue desistido y aceptado por el Tribunal. Además, se decretaron testimonios de oficio.

Se recibieron los testimonios de: JORGE ALBERTO URIBE ECHAVARRÍA, OSCAR MARINO BEJARANO, DORIS LÓPEZ, CONSTANTINO CASTRO, ASTRID ESCOBAR DE ROBAYO, LILIANA DE LIMA BÖHMER, ERNESTO DE LIMA LEFRANC, ERNESTO DE LIMA BÖHMER y SAMIRA IBRAHIM MÉNDEZ.

INTERROGATORIOS DE PARTE

Fue practicado el interrogatorio de parte a ALEJANDRO DE LIMA BÖHMER, al representante legal de AGROCUENCA S.A., y al representante legal de AGROCALIMA S.A.

OFICIOS

Se ordenaron oficios a la DIAN, al representante legal y revisor fiscal de AGROCALIMA S.A., a ORGANIZACIÓN DE LIMA S.A., a AGROCUENCA S.A., y a la JUNTA CENTRAL DE CONTADORES, recibándose la información solicitada.

INSPECCIÓN JUDICIAL CON EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS E INTERVENCIÓN DE PERITO

Se practicó inspección judicial, con exhibición de documentos e intervención de perito, a AGROCALIMA S.A., relacionados con los estados financieros dictaminados y certificados, junto con sus notas explicativas, los libros de contabilidad, de actas de junta directiva y de asamblea de accionistas, en el período comprendido entre los años 2005 y 2011. De la exhibición de la correspondencia se desistió.

PERITACIÓN

En este Tribunal se decretó y practicó un peritazgo, con un experto en asuntos financieros y contables, doctor ANDRÉS EUGENIO POSADA ARCHILA, sobre el cual las partes convocante y convocada solicitaron aclaraciones y complementaciones, y la parte convocada lo objetó por error grave.

CAPITULO V

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Los apoderados de las partes presentaron sus alegatos verbales y expusieron sus argumentos para sustentar sus respectivas pretensiones. Los apoderados presentaron un resumen escrito de sus alegatos. El apoderado de la sociedad AGROCUENCA S.A. adjuntó dos conceptos jurídicos que el Tribunal, como se verá más adelante, no ha tenido en cuenta para decidir.

CAPITULO VI

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal a decidir la controversia sometida a su consideración, que está determinada por la demanda reformada de la parte convocante, su contestación y las excepciones de mérito de la parte convocada, teniendo en cuenta que en este negocio se cumplen los presupuestos procesales de competencia, demanda en forma, capacidad jurídica para ser parte y capacidad procesal para actuar en el proceso, de acuerdo con el análisis que sigue.

El Tribunal hará el estudio de los aspectos de procedimiento. Enseguida se ocupará de fijar el marco conceptual del acto jurídico. Entrará después a analizar a

fondo los contratos o convenios aducidos por las partes como apoyo a sus tesis, haciendo la abstracción de si tales convenios, actos o contratos tuvieron en realidad plena validez jurídica. El Tribunal se ocupará de estudiar lo sucedido en la asamblea de accionistas del 20 de Febrero de 2006, así como lo correspondiente a la acción de impugnación. Igualmente, el Tribunal analizará todas y cada una de las pretensiones sustanciales, subsidiarias y consecuenciales. Se abordará enseguida y en extenso el tema de la simulación, sus fundamentos teóricos, su presencia en el caso que se decide, y sus efectos. El Tribunal se pronunciará sobre las defensas de la parte convocada, haciendo notar que esta parte no formuló demanda de reconvencción. Se analizará el tema de la indemnización de perjuicios; igualmente se detendrá el Tribunal en el análisis del dictamen pericial y la viabilidad de la objeción propuesta. El Tribunal estudiará la validez y eficacia de los medios probatorios practicados, verificará la viabilidad de las tachas a testigos y resolverá sobre el mérito de un traslado a la Fiscalía General, solicitado por la parte convocada.

CAPITULO VII

LOS PRESUPUESTOS PROCESALES

7.1. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL. LA CLÁUSULA COMPROMISORIA.

La competencia del Tribunal para conocer de este negocio está determinada por la Cláusula Compromisoria, contenida en el artículo 48 de la escritura pública constitutiva de la sociedad AGROCUENCA S.A. SOCIEDAD CIVIL, número 3837 de 20 de Octubre de 2001 de la Notaria 13 de Cali. La transcripción textual de la Cláusula Compromisoria aparece en el Capítulo I del presente laudo arbitral.

7.2. LA CLÁUSULA COMPROMISORIA Y LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.

Este es un proceso que se ha originado con la demanda propuesta por Alejandro De Lima Böhmer y la sociedad AGROCUENCA S.A. SOCIEDAD CIVIL, parte convocante, contra la sociedad AGROCALIMA S.A. SOCIEDAD CIVIL, parte convocada, en el que se controvierte la violación de los estatutos y la ley en relación con la venta de las acciones en AGROCUENCA S.A. que Alejandro De Lima Böhmer hizo a favor de AGROCALIMA S.A., teniendo ambos la calidad de accionistas de AGROCUENCA S.A., y teniendo en cuenta también que esta última sociedad manifestó su interés jurídico en la controversia sobre el ejercicio del derecho de preferencia, en el que esta sociedad tiene un interés preferente.

Se trata, pues, de diferencias relacionadas con la cesión o transferencia de acciones de la sociedad AGROCUENCA S.A. entre dos accionistas, Alejandro De Lima y AGROCALIMA S.A., y con el ejercicio del derecho de preferencia en la negociación de las acciones establecido en los estatutos sociales a favor de AGROCUENCA S.A., en primer lugar, y a favor de los accionistas en segundo lugar, diferencias que se refieren a la violación de la ley y los estatutos de la sociedad AGROCUENCA S.A., que han dado origen al ejercicio de la pretensión principal de nulidad absoluta del contrato verbal celebrado entre Alejandro De Lima Böhmer y AGROCALIMA S.A., y a las pretensiones subsidiarias de ineficacia o falta de efectos, simulación, inexistencia y precio irrisorio o vil, con las respectivas pretensiones declarativas y consecuenciales.

Las diferencias determinadas por las pretensiones y hechos de la demanda están contenidas en la Cláusula Compromisoria, en razón a que la parte convocante y la convocada tienen la calidad de accionistas de AGROCUENCA S.A., a que la calidad de accionista confiere derechos personales y económicos, a que la cesión o venta de acciones es un derecho que le confiere los estatutos de la sociedad al accionista para enajenar o adquirir acciones de la sociedad, a que la negociación de acciones está sujeta al derecho de preferencia con la obligación de ofrecerlas primero a la sociedad AGROCUENCA S.A. y después a los demás accionistas, y a que las diferencias entre los accionistas y/o entre estos y la sociedad relacionadas con los temas anteriores están vinculadas a las obligaciones y derechos emanados del contrato de sociedad por el cual se constituyó AGROCUENCA S.A., los cuales están regulados por la ley y los estatutos sociales que constan en la escritura pública 3837 de 20 de Octubre de 2001 de la Notaria 13 de Cali y sus reformas.

7.3. EL CONTRATO DE FEBRERO 20 DE 2006 Y LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL.

La existencia de un contrato escrito de Febrero 20 de 2006, que, según la parte convocada, contiene la misma cesión de acciones referida en la demanda de la parte convocante, pero con la diferencia que en él interviene José Felipe De Lima Böhmer en nombre propio y en representación de AGROCALIMA S.A., no desvirtúa ni altera la competencia que le da al Tribunal la Cláusula Compromisoria. Este contrato no es objeto de las pretensiones contenidas en la demanda, pues en parte alguna aparece que en la demanda se haya alegado y propuesto la nulidad, la simulación, la ineficacia, la inexistencia o el precio vil del mencionado contrato, ni que estas pretensiones se hayan promovido contra José Felipe De Lima Böhmer como persona natural.

El contrato de Febrero 20 de 2006, suponiendo que se tratara de una convención real, es un precontrato o una promesa de contrato que no debe identificarse jurídicamente con el contrato que fue objeto de la promesa, pues aquel únicamente tiene por objeto la obligación de celebrar un contrato futuro, y cumplida esta obligación cesan los efectos jurídicos de la promesa. José Felipe De Lima, aunque aparece en el precontrato con algunas obligaciones a su cargo, no tiene el carácter de futuro cesionario o adquirente de las acciones de AGROCUENCA que Alejandro De Lima prometió transferir, en razón a que el compromiso adquirido por este fue a favor de la sociedad AGROCALIMA. Este hecho se confirma no solo con las diferentes cláusulas del contrato de promesa de Febrero 20 de 2006, sino con la actuación de José Felipe De Lima en el Acta número 15 de 20 de Febrero de 2006 de la Asamblea de Accionistas de AGROCUENCA, en la que en representación de la sociedad AGROCALIMA S.A. manifestó su interés y su aceptación a la transferencia de acciones de AGROCUENCA S.A. que ofreció Alejandro De Lima.

El pacto arbitral que contiene el mencionado contrato de 20 de Febrero de 2006 no es aplicable al presente proceso, porque el litigio, en los términos de la demanda, no versa sobre las diferencias que pudieran existir sobre este precontrato, y porque el pacto arbitral no es extensivo a la venta de acciones de Alejandro De Lima a favor de AGROCALIMA S.A. que constituye la diferencia esencial formulada en la demanda.

Dada la claridad de la cláusula compromisoria que mide la competencia del Tribunal en relación con las diferencias y la calidad de las partes como convocante y convocada, el Tribunal reafirma su competencia para conocer y decidir este litigio, tal como lo resolvió en la primera audiencia de trámite.

7.4. LA DEMANDA EN FORMA Y LOS DEMAS PRESUPUESTOS PROCESALES.

La demanda original presentada por la parte convocante fue objeto de una reforma integrada con la demanda, que fue admitida por el Tribunal y de ella se corrió traslado a la parte convocada. El Tribunal consideró que la reforma de la demanda era procedente por haberse presentado antes del decreto de pruebas proferido en la primera audiencia de trámite, fundándose esta decisión en las razones expuestas en el auto admisorio de la demanda.

En el auto admisorio de la demanda reformada, se expresaron las siguientes razones sobre la oportunidad legal para ejercer ese acto procesal, en los términos siguientes:

“En los procesos judiciales, la reforma de la demanda está regulada por el artículo 89 del C. P.C., que hace referencia a dos actos procesales para determinar la oportunidad para reformar la demanda: uno, las excepciones previas, y otro, la audiencia del artículo 101 del mismo Código.

Para efectos de este análisis, se hará referencia al artículo 89 en su numeral primero, con relación a las siguientes dos oportunidades establecidas para la reforma: 1) “Cuando dichas excepciones no se propongan, la reforma podrá hacerse antes de la notificación del auto que señale fecha para la audiencia de que trata el artículo 101, y 2) “En caso de que esta no proceda, antes de notificarse el auto que decreta las pruebas del proceso.”

Un análisis del texto de la norma anterior, que condiciona la reforma en los procesos de conocimiento a que “dichas excepciones no se propongan”, daría lugar a la consideración de que se está regulando una situación en los procesos de conocimiento en los que sí proceden las excepciones previas, pero no en aquellos en los que éstas no proceden, pues en este último evento no podría ocurrir el hecho de que “las excepciones no se propongan” en razón a que no se puede proponer lo que está prohibido.

La mencionada oportunidad fijada para la reforma de la demanda, antes de la notificación del auto que señala fecha para la audiencia del artículo 101, no sería aplicable al proceso arbitral en el que no son procedentes las excepciones previas. (Inciso final artículo 141 del Decreto 1818 de 1998).

Con relación a la oportunidad de reforma señalada en el artículo 89, que fija como condición que no proceda la audiencia del artículo 101, para que la reforma se haga antes de la notificación del auto que decreta pruebas, el tribunal procede a examinar si esta audiencia corresponde en su integridad a la audiencia de conciliación que se celebra en el proceso arbitral.

La audiencia del artículo 101, que es de conciliación, saneamiento, decisión de las excepciones previas y fijación del litigio, como la califica este artículo, tiene por objeto el cumplimiento de los siguientes actos:

- Deber del juez, antes de la audiencia, de examinar la demanda, las excepciones previas, las contestaciones y las pruebas presentadas y las solicitadas.*
- Celebración de la audiencia de conciliación con el fin de promover el acuerdo que puedan celebrar las partes para poner fin a sus diferencias.*
- Interrogatorio de las partes, efectuado por el juez y por las partes, incluyendo la diligencia de careo.*

- *La fijación del objeto del litigio de acuerdo con la demanda, su contestación, la contrademanda y las excepciones de mérito.*
- *Requerimiento del juez a las partes para que determinen los hechos en que estén de acuerdo y que fueren susceptibles de la prueba de confesión, hechos que el juez declarara probados por medio de auto.*
- *Decisión del juez para desechar las pruebas pedidas que se refieran a los mismos hechos, y para excluir las pretensiones y excepciones como resultado de la conciliación parcial.*
- *Requerimiento del juez a las partes para que aclaren y precisen las pretensiones de la demanda y las excepciones de mérito.*
- *Si no hay conciliación o si esta fuere parcial, se procederá a resolver las excepciones previas que estuvieren pendientes.*
- *Saneamiento del proceso por parte del juez para evitar nulidades y sentencias inhibitorias.*

La audiencia de conciliación en el proceso arbitral se celebra de conformidad con las siguientes normas legales:

- *La audiencia de conciliación en el proceso arbitral se celebra de acuerdo con lo previsto en el artículo 432 del C. de P. C. (Artículo 141 del Decreto 1818 de 1998).*
- *Esta norma del artículo 432 dispone que el “juez aplicara en lo pertinente, lo dispuesto en los parágrafos 2º. y 3º. del artículo 101”.*
- *El párrafo 2º. se refiere a la celebración de la audiencia de conciliación y a la inasistencia de las partes o sus apoderados.*
- *El párrafo 3º. autoriza el interrogatorio de parte a solicitud del juez o de las partes.*

De la comparación de la audiencia del artículo 101 y la audiencia de conciliación en el proceso arbitral se deducen las siguientes diferencias:

- a) *Lo dispuesto en el párrafo 3º. del artículo 101 no es aplicable en la etapa de conciliación del proceso arbitral, porque el interrogatorio de parte únicamente puede ser autorizado por el tribunal cuando este declare su propia competencia y decrete pruebas en la primera audiencia de trámite, que ocurre después de la conciliación.*
- b) *En la audiencia de conciliación del proceso arbitral solo se celebra la conciliación, sin que haya lugar a la resolución de excepciones previas, la fijación del litigio, la fijación de hechos, pretensiones y excepciones de mérito, el saneamiento del proceso, porque todos estos actos previstos en*

los parágrafos 4º, 5º, y 6º, del artículo 101 han sido excluidos por el artículo 432 del C.P.C.

La audiencia del artículo 101, que este califica como audiencia de conciliación, saneamiento, decisión de las excepciones previas y fijación del litigio, es diferente en su configuración y en sus efectos a la audiencia de conciliación del trámite arbitral. La remisión que hace el artículo 432 del C. de P.C. a los parágrafos 2º y 3º del artículo 101, de los cuales es aplicable aquel y no este, no significa que exista identidad entre la audiencia de conciliación del proceso arbitral y la audiencia del artículo 101. Esa falta de identidad impide que pueda argüirse que la audiencia del artículo 101 sí procede en el trámite arbitral, cuando la misma norma del artículo 432 del C.P.C. restringe la aplicación del artículo 101 a la celebración de la audiencia de conciliación, sin que puedan ejecutarse en el trámite arbitral los demás actos de la audiencia del artículo 101. La procedencia o improcedencia de esta audiencia está sujeta a que puedan cumplirse los actos que la caracterizan, en forma total y no en forma parcial.

Debe, pues, llegarse a la conclusión de que la improcedencia de la audiencia del art. 101 en el proceso arbitral, produce el efecto de que la reforma de la demanda pueda hacerse antes de la notificación del auto que decreta las pruebas del proceso, que en el trámite arbitral corresponde a las pruebas que se decretan en la primera audiencia de trámite.

La interpretación anterior la da Jorge Hernán Gil Echeverri en su obra “Nuevo Régimen de Arbitramento” en estos términos:

“De manera que al no ser procedente la audiencia del artículo 101 del CPC, ni la formulación de excepciones previas, la oportunidad se prorroga hasta antes de la notificación del auto que decreta las pruebas, lo cual se produce al finalizar la primera audiencia de trámite.”

Además de las razones anteriores, debe tenerse en consideración que el artículo 148 del Decreto 1818 de 1989 dispone lo siguiente: “Cuando por iniciativa de las partes, nuevas cuestiones aumentaren en forma apreciable el objeto del litigio, el Tribunal podrá adicionar proporcionalmente la suma decretada para gastos y honorarios, y aplicará lo dispuesto para la fijación inicial. Efectuada la nueva consignación, el Tribunal fijará fecha y hora para continuar la audiencia, si fuere el caso.”

Esta norma, que es de carácter especial, autoriza a ambas partes para someter a la decisión del tribunal nuevas cuestiones del litigio, con la correspondiente adición de honorarios y gastos. Como la fijación de las sumas correspondientes a estos gastos se hace después de la conciliación, esta norma debe interpretarse en el

sentido de que las nuevas cuestiones que podrían ser objeto de un reforma de la demanda, se propondrían hasta la notificación del auto que decrete pruebas en la primera audiencia de trámite, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 89 del CPC.

La oportunidad para la reforma de la demanda ha sido definida por el Consejo de Estado en sentencia de octubre 24 de 1996, expediente 11.632:

“No comparte la Sala el criterio de la censura por cuanto encuentra suficientemente razonable la motivación de los árbitros al asumir competencia para conocer de la reforma de la demanda. En verdad, si se tiene en cuenta que el proceso arbitral aunque de conocimiento, tiene regulación específica, dentro del cual no se propusieron excepciones previas, ni resulta procedente la audiencia general de conciliación, saneamiento, decisión de excepciones previas y fijación del litigio, consagrados en el artículo 101 del CPC, propia de la jurisdicción, el plazo para reformar la demanda llega hasta “antes de notificarse el auto que decrete pruebas dentro del proceso”, al tenor del numeral 1 del artículo 89 del CPC.”.

La convocante y la convocada tienen plena capacidad jurídica para tener la calidad de parte en este proceso, y además, tienen capacidad procesal para actuar y ejercer todos los actos procesales autorizados por la ley. A estas condiciones, se agrega que la demanda cumple con los requisitos formales establecidos en la ley procesal, con lo cual se configuran los presupuestos procesales para proceder a emitir la decisión sobre la controversia sometida a la consideración del Tribunal.

7.5. LAS GARANTÍAS PROCESALES.

Estudiados los factores determinantes de la competencia y los presupuestos procesales, y habiendo hecho el Tribunal pronunciamiento acerca de los mismos, corresponde referirse a las garantías procesales, con el propósito de concluir sobre el adecuado trámite del proceso y el respeto a las garantías y derechos de carácter adjetivo que tienen los sujetos procesales durante el desarrollo de la *litis*, teniendo siempre presente que el fin de las normas y garantías procesales es la efectividad de los derechos sustantivos de quienes concurren al proceso (artículo 4º, C.P.C.), de lo cual se concluye que las normas procedimentales teleológicamente están dirigidas a garantizar los intereses concretos de derecho privado que corresponden a los litigantes. Siendo ello así, la actuación procesal está llamada a convertirse en una expresión de la jurisdicción que dota de legitimidad y eficacia no sólo la actuación del aparato judicial, en este caso, del

excepcional y transitorio de los árbitros, sino también la actuación de quienes concurren como parte al proceso.

Como quiera que la actividad judicial es una manifestación de la jurisdicción (sea estatal o arbitral), las normas que la regulan son de obligatoria observancia, dado su carácter de orden público, y por ende, de obligatorio cumplimiento (artículo 6º ibídem), lo que descarta que el funcionario judicial y las partes puedan gobernar a su capricho la actuación procesal y el efecto de los actos ejecutados en el curso del proceso. Ello trae como consecuencia que el comportamiento del juez y la actuación de las partes procesales están regidos por reglas que la doctrina y la jurisprudencia consideran absolutas, inmediatas y obligatorias, y por garantías públicas fundamentales que constituyen principios tutelares de la función estatal de impartir justicia, de suerte tal que nadie puede ser condenado en un proceso mientras antes no haya sido vinculado y oído antes bajo las formas propias de cada juicio, lo que lleva al Tribunal a afirmar que, en el caso concreto de los árbitros, su actuación está sujeta al arreglo de las normas adjetivas predeterminadas, y que la intervención de las partes en el debate litigioso tiene que surtirse de conformidad a las reglas de igual carácter a que ellas deben someter su conducta, sin que sea posible a aquellos o a éstas alterar los ordenamientos reguladores de las formas procesales, porque, aunque lo debatido es un interés particular, la aplicación de la justicia obedece a una función pública. Así las cosas, las formas procesales imponen un cierto orden y un modo de expresión a las peticiones y demás actos de las partes, y obligan al juez (entiéndase aquí árbitro) a tramitar las defensas presentadas por las partes en la forma prescrita por la ley, asegurando la igualdad de quienes asisten al proceso. Resultan tan fundamentales estas garantías de certeza que el proceso tiene que brindar a las partes, que la sola seguridad que el aparato judicial actúa no es suficiente, sino que debe con claridad y precisión establecerse cuáles son los actos que deben realizar el juez o árbitro y las partes para que tal garantía se cumpla y cuál es la posición que a cada uno corresponde en el trámite de la causa, porque sólo así actores y contradictores tendrían protegido su derecho fundamental de acción y contradicción (defensa).

Habida cuenta de que la Constitución Nacional, el Código de Procedimiento Civil, la jurisprudencia y la doctrina, consagran y dan contenido a las garantías y derechos fundamentales de orden procedimental, el Tribunal procede a verificar que los mismos hayan sido atendidos y satisfechos en forma tal que pueda hablarse de la observancia plena de las formas propias del proceso arbitral, y del

ejercicio del derecho de acción, defensa y contradicción, lo cual hace de la siguiente forma:

1). *El debido proceso*: Se ha cumplido esta garantía sometiendo el proceso al procedimiento señalado por la ley, que manda rituar los asuntos arbitrales mediante la aplicación de las reglas del proceso verbal (artículo 141, Decreto 1818/1998, artículos 428 y 430 C.P.C.), de manera que no se evidencia inadecuación de trámite que pudiera generar una nulidad procesal, y antes bien, se ha dado cumplimiento al precepto legal que dispone que se surta por esta vía la controversia deferida a los árbitros. De ello dan cuenta todas las piezas procesales de las partes (demanda, contestación, formulación de excepciones de fondo, etapa conciliatoria, práctica de pruebas, y alegaciones); las resoluciones judiciales proferidas por los árbitros para despachar aquellas (auto admisorio de la demanda, notificaciones, traslados, cumplimiento de la etapa conciliatoria); decreto de pruebas a petición de parte y de oficio, y de medidas cautelares; citación a alegaciones, etc., y en general las actuaciones surtidas en el curso de la instancia, lo que se traduce en la observancia plena de las etapas, formas y términos procesales.

La naturaleza del proceso contencioso quedó en este caso fijada por la demanda integrada, de manera que en torno a sus fundamentos de hecho y de derecho y, concretamente, a sus pretensiones, se entabló la correspondiente contradicción litigiosa, en un marco de libertad que permitió a las partes el ejercicio del derecho de acción y de defensa. La demanda fue, por ende, la actuación fundamental que demarcó el radio de acción de la correspondiente contestación, y el punto de partida y de llegada de todas las manifestaciones hechas a la contestación de la misma. La relación jurídico-procesal establecida al contestarse la demanda se cumplió con el lleno de las exigencias del principio del debido proceso. El Tribunal ha sido esmerado en procurar que la relación de *litis dependencia* formada en este trámite arbitral entre el demandado en relación con la demanda, se sujetara al trámite señalado por las normas constitucionales y legales. Así las cosas, existiendo claramente la relación demanda-contestación, y habiéndose trabado la relación jurídico-procesal en torno a los hechos y pretensiones del libelo introductorio, en este caso integrado, sin que la parte demandada hubiera hecho uso de otros medios de defensa y ataque que estuvieron a su alcance, el Tribunal arbitral viene a decidir ahora dentro del marco petitorio que se controvierte, sin opción de fallar por fuera de las peticiones o más allá de ellas, y tampoco las partes pueden esperar pronunciamiento fuera de esos precisos límites, porque se violaría flagrantemente el debido proceso y las demás garantías de orden

procesal. La demanda integrada estableció el polo *personal* de la relación procesal, de una parte, y el contenido *material* de esa misma relación, de ahí que lo que el Tribunal arbitral decida en el laudo debe estar en íntima relación de conexidad con la conducta personal y directa de las partes en el proceso, sin que puedan predicarse los efectos del laudo contra quien no ha sido parte demandante ni demandada en él. En estas condiciones la garantía al debido proceso que el Tribunal arbitral debía dar y, en efecto, dio, se pregonaba del marco de referencia establecido en la demanda, el cual no fue ampliado por otros medios de defensa, distintos a la contestación, a disposición de la parte convocada.

2). *El derecho de contradicción o de audiencia bilateral*: La parte actora o convocante ejerció legítimamente el derecho de acción, y la parte que fue demandada resultó vinculada al proceso mediante demanda en forma, respecto de la cual se le dio el término legal de traslado para su comparecencia a la causa, y para el ejercicio de su derecho fundamental de defensa, del cual hizo uso en tiempo oportuno. A las excepciones de fondo formuladas por la parte convocada se dio el traslado pertinente a la convocante, para el ejercicio de su derecho a contradecir, y se decretaron las pruebas solicitadas para acreditar su configuración. Por ende, desde el comienzo en que se trabó en legal forma la relación jurídica procesal, ambas partes fueron oídas en todas las etapas del proceso (conciliación, decreto y práctica de los medios probatorios, alegaciones, etc.); se les garantizó la posibilidad de contradecir la prueba en igualdad de condiciones y oportunidades (en particular del dictamen pericial, y el interrogatorio y contra-interrogatorio de testigos), y todas las decisiones adoptadas por los árbitros en las audiencias fueron puestas en conocimiento de la parte demandante y demandada para que pudieran impugnarlas en su debida oportunidad. Adicionalmente la medida cautelar solicitada por la parte convocante fue puesta en conocimiento de la convocada para que se pronunciara sobre ella. Razones estas por las cuales no se observa defecto de trámite que vulnere el principio examinado.

3). *El principio de equilibrio procesal*: Las partes gozaron de igualdad o equilibrio procesal en la esfera de su actuación, habiéndoseles dado la debida protección jurídica, en igualdad de condiciones y circunstancias. Del propio modo como la parte demandante reformó la demanda introductoria, la convocada tuvo la oportunidad procesal para informarse de dicha reforma y hacer uso del traslado para oponerse a las pretensiones que contenía. A su turno, la demandada tuvo, en pie de igualdad, la posibilidad de formular excepciones y pedir pruebas para su demostración, y la convocante gozó del traslado para pronunciarse sobre ellas.

Ambas partes pidieron pruebas, obtuvieron su decreto, adicionalmente intervinieron en su práctica, y pudieron controvertirlas. Al mismo tiempo, las partes del proceso alegaron de fondo clausurado el debate probatorio. Por último, ambas partes gozaron de igualdad de oportunidades para impugnar las decisiones de los árbitros, mediante los recursos que estimaron conveniente formular, y los fundamentaron con entera libertad argumentativa.

El Tribunal destaca que, dada la complejidad del *thema decidendum*, garantizó a ambas partes el derecho a probar los hechos que a cada una de ellas concernían, en particular, los referidos a los actos cuya existencia y validez se discutió, y que eran propios de acciones como la nulidad absoluta, la ineficacia, la simulación, entre otras, de modo que mientras se garantizó a la convocante que pudiera demostrar que tales actos no existían, o eran inválidos, simulados o ineficaces, por los medios de prueba que determinó libremente, también permitió que la parte convocada, en un mismo plano de igualdad procesal, intentara probar por los medios probatorios legítimos y a su alcance la existencia y validez de los mismos, dándole a la regla *onus probandi incumbit actor* un alcance equitativo y garantista. Bajo este aspecto no hay motivo de desconocimiento de la garantía procesal referenciada.

4). *La garantía del principio dispositivo*: Observa el Tribunal que en el asunto debatido en el proceso las partes tienen plena capacidad procesal de carácter dispositivo, que hace que la materia de debate quede dentro de la esfera de los derechos sustanciales y del interés meramente particular o privado, pesando sobre demandante y demandada la formulación de las argumentaciones debidas en orden a precisar el alcance que una y otra parte le otorgan a esa controversia, estimulando de esta forma la función arbitral y proporcionando a los árbitros los fundamentos fácticos de la sentencia (laudo) mediante actos de postulación (como son la formulación de la demanda, su contestación sin allanamiento, los medios exceptivos, etc.), de modo tal que dicha formulación y contradicción fijan el marco jurídico preciso de las pretensiones, en relación con el cual los árbitros no pueden proferir decisiones más allá de lo que abarque el *thema decidendum*. Bajo otra perspectiva, la naturaleza del asunto debatido no se encuentra afectada por el derecho público ni por el interés público, ni atenta contra la moral y las buenas costumbres, y no existe precepto legal que considere al asunto intransigible. La conducta procesal de las partes no ha apuntado a alegar ni probar la inarbitrabilidad del interés jurídico privado que se debate. El principio dispositivo, en suma, se ha configurado en este juicio porque el interés jurídico sustantivo que se ha debatido mira meramente al orden privado, en particular de

quienes han intervenido en la causa litigiosa, siendo las propias partes quienes han acudido a los árbitros en demanda de tutela jurídica, y por lo mismo, la relación jurídica-procesal se ha establecido entre las partes alrededor de dicho interés particular, en tal forma que la actividad probatoria ha residido con exclusividad en las partes demandante y demandada, salvedad de los decretos y prácticas oficiosos que han sido excepcionales. Así las cosas, el principio dispositivo, que tiene carácter tutelar, quedó condicionado a las peticiones de ambas partes en el proceso, especialmente por la promoción de la demanda, su contestación y las excepciones perentorias o de fondo. Las afirmaciones o hechos fundamentales y las pruebas aportadas al proceso regular y oportunamente, incluidas las decretadas de oficio, constituyen el fundamento único de la sentencia, porque así lo han determinado las partes en litigio, de manera que las partes están gravadas con la carga de las afirmaciones y de las pruebas, puesto que la decisión de los árbitros necesariamente tiene que producirse según lo alegado y probado (*secundum allegata y probata*). A tenor de lo expuesto es claro que la materia debatida es un derecho subjetivo, particular o privado, que las partes han precisado con plena libertad y autonomía, estableciendo lo que constituye el interés procesal de cada parte, y aportando a los árbitros el material probatorio recogido según sus conveniencias.

5). *El principio preclusivo y de eventualidad*: Conforme al trámite que corresponde al proceso arbitral, en la instancia se observaron y surtieron todas las etapas o secciones que las reglas procesales fijan, lo que se tradujo en que los actos procesales de las partes y de los árbitros se cumplieran en los términos y oportunidades señalados por la ley procesal, de manera que agotada cada una de dichas etapas iba precluyendo su oportunidad debida, con lo que se revistió de seguridad al procedimiento y se atribuyó firmeza a las decisiones de los árbitros. Ambas partes gozaron de la oportunidad para atacar y defender sus posiciones en la etapa pertinente del proceso hasta el momento mismo de presentar sus alegaciones de conclusión, tuvieron libertad y discreción para adoptar posturas procesales, y asumir papel activo frente a su propio interés. Es cierto que algunos de los autos dictados por el Tribunal fueron objeto de recursos de reposición, único admisible en la instancia, y que la decisión de éste, cada vez que a ello hubo lugar, pudo no ser satisfactoria para el interés del recurrente, pero cada debate fue clausurado en el momento debido y de manera razonada y lógica. Algunas peticiones de las partes fueron formuladas con la intención que tuvieran especial pronunciamiento en el laudo y a ellas se contraerá el presente fallo.

6). *El principio del derecho de defensa*: Por virtud del artículo 29 de la Constitución Nacional, el derecho fundamental de defensa asiste a toda persona llamada a un proceso, en este caso, arbitral contencioso, declarativo y de condena, para hacerse parte en él, defender sus derechos subjetivos e intereses jurídico-patrimoniales, mediante la plenitud de formas propias del proceso, con las mismas oportunidades que la parte actora, disponiendo de iguales medios y términos para pedir, presentar, solicitar e intervenir en la práctica de pruebas, a fin de poder controvertir y contestar con eficacia la imputación contenida en la demanda, formulando actuaciones de postulación e impugnación en caso de ser necesario, lo cual significa que el ordenamiento jurídico está obligado a reconocer frente al derecho de postulación del demandante, un derecho de signo contrario a éste encarnado por el demandado, como presupuesto insustituible para poder producirse un fallo en su contra, ordinariamente conocido como derecho de defensa.

El Tribunal arbitral estima cumplido y observado este derecho fundamental, de orden constitucional, en razón a que la parte convocada al proceso gozó y tuvo la oportunidad y los medios idóneos para:

- a). Tener conocimiento formal de su llamamiento a un proceso judicial;
- b). Fue notificada debidamente y en legal forma de la existencia del proceso en su contra;
- c). Se le corrió traslado para contestar la demanda y hacerse parte en la causa;
- d). Tuvo la oportunidad y formuló excepciones perentorias o de mérito;
- e). Intervino en la etapa conciliatoria;
- f). Ejercitó actos de postulación;
- g). Fue oída en todas las etapas del proceso;
- h). Todas las providencias dictadas en el curso de la instancia fueron de conocimiento suyo;
- i). Formuló el recurso de reposición contra los autos del Tribunal, cuando lo estimó conveniente o necesario;
- j). Controvertió las actuaciones de la parte demandante;
- k). Aportó y pidió pruebas e intervino en su práctica;
- l). Formuló tacha de sospecha a algunos testigos;
- m). Objetó por error grave el dictamen pericial;
- o). Estuvo asistida por abogado competente;
- p). Todas las audiencias se llevaron a cabo con su participación e intervención; y

q). Tuvo y aprovechó la oportunidad para presentar alegaciones de conclusión.

Bajo este entendimiento el Tribunal no encuentra motivo alguno que pueda tener significado de violación del derecho de defensa.

Corolario de lo antes examinado es que las partes procesales:

- a). Gozaron de la garantía del debido proceso;
- b). Se les reconoció el derecho de contradicción o de audiencia bilateral;
- c). Tuvieron igualdad procesal;
- d). Ambas partes gozan de poder o facultad dispositiva procesal;
- e). El proceso se surtió en etapas preclusivas en las que intervinieron ambas partes; y
- f). Se garantizó y respetó el derecho de defensa.

7.6. NULIDADES PROCESALES

Procede enseguida el Tribunal a estudiar, como presupuesto para hacer pronunciamientos de fondo, si en el trámite del proceso se produjo alguna causa de nulidad procesal o de orden constitucional, para extraer las conclusiones pertinentes. Sea lo primero dejar sentado que nuestro ordenamiento procesal civil se acoge al sistema taxativo y restrictivo de las nulidades procesales, de manera que sólo tienen ese carácter las que expresamente prevé la ley. Siguiendo la clasificación legal se procede a examinar primero las que tienen carácter general y posteriormente las especiales (caso de haberlas).

Se despachan de la siguiente forma:

1). *Que el proceso corresponda a diferente jurisdicción, y carecer de competencia* (artículo 140, Nums. 1 y 2, C.P.C.): Siendo la arbitral una jurisdicción que se pone en movimiento en forma excepcional y transitoria, si el proceso no correspondiese al conocimiento de los árbitros debería entonces ser de competencia de la justicia ordinaria (civil). Con todo, como se ha dejado establecido al abocar el examen de la Cláusula Compromisoria, son los árbitros los llamados a pronunciarse de fondo no sólo sobre la controversia litigiosa, sino también acerca de la validez del pacto arbitral, por el principio universal de la autonomía que se reconoce en el derecho arbitral. Tampoco es el caso de considerar la falta de competencia de los árbitros para conocer del asunto, porque justamente la existencia del convenio arbitral los habilita para ello (Num. 2).

2). *Proceder contra providencia ejecutoria del superior o revivir un proceso legalmente concluido o pretermitido íntegramente la respectiva instancia*: Del propio modo, como es la primera y única vez que se tramita la controversia, los árbitros en su actuación no han procedido contra providencia ejecutoriada ni

tampoco han revivido un proceso legalmente concluido sobre igual materia, y menos puede decirse que se hubiera pretermitido la instancia (Num. 3).

3). *Tramitar la demanda por un proceso diferente al que le corresponde (Num. 4)*: Como quiera que el proceso a seguir está determinado por el derecho material contenido en las pretensiones, la causal se estructura sólo cuando se escoge un tipo de proceso diferente del asignado por la ley. Es claro que en el presente caso se está ante un proceso de tipo contencioso o controversial, con intereses contrapuestos, en el que se busca que se hagan proferimientos declarativos y de condena, pero, cabe anotar que se ha surtido mediante la forma procesal y ritual consagrada en la ley, y ésta dispone que los procesos de carácter arbitral se tramiten con sujeción a las reglas del proceso verbal. Es el efecto de la Cláusula Compromisoria el que ha hecho que una disputa contenciosa que debía surtirse ante la jurisdicción ordinaria, se vuelva de competencia de los árbitros. Todo lo dicho acerca de la Cláusula Compromisoria y los factores determinantes de la competencia arbitral, se entienden incorporados a este punto para que surta los efectos correspondientes.

4). *Haberse adelantado el proceso después de ocurrida una causal de suspensión o interrupción (Num. 5)*: El presente proceso arbitral no ha sufrido parálisis por causa de interrupción (enfermedad o muerte de las partes, etc.) ni tampoco ha sido suspendido y reanudado en forma irregular. Siendo así, los hechos generadores del trámite indebido debieron efectuarse mientras existiera la interrupción o el motivo de suspensión.

5). *Cuando se omiten las oportunidades o términos para pedir o practicar pruebas o formular alegatos de conclusión (Num. 6)*: Aunque la causal sólo opera cuando se omiten totalmente dichos términos para pedir o practicar pruebas, o para alegar, las pruebas pedidas por las partes en la demanda, en el escrito de su contestación, en la formulación de excepciones de mérito, así como en la tacha de sospecha de testigos, y en la formulación de objeciones por error grave del dictamen pericial, fundamentalmente, que es donde se concentra la actividad probatoria, fueron debidamente decretadas y se practicaron en su totalidad. Las pruebas decretadas de oficio por el Tribunal se ordenaron debidamente e igualmente fueron practicadas. En lo concerniente a las alegaciones de conclusión se llevaron a cabo en la Audiencia del día 2 de Noviembre, según Acta No. 2. Por ende, no hay motivo generador de nulidad procesal por estos hechos.

6). *Cuando es indebida la representación de las partes (Num. 7)*: Aunque, la causal opera respecto a incapaces que indebidamente demandan o son demandados, o cuando una entidad pública o privada es demandada en escrito

dirigido contra quien no es su representante legal, o cuando una persona capaz es demandada como incapaz, o cuando se obra a nombre de otro sin poder, en el presente proceso se satisfizo a cabalidad el requisito de la debida representación, porque la persona natural demandante (Alejandro De Lima Böhmer) actuó por sí mismo, sin el ministerio o autorización de otra persona, a través de apoderado especial, lo mismo que hizo la sociedad demandante AGROPECUARIA CUENCA S.A. SOCIEDAD CIVIL, quien intervino a través de su representante legal, quien constituyó apoderado especial al efecto. Del propio modo, la sociedad demandada AGROPECUARIA CALIMA S.A. SOCIEDAD CIVIL intervino en el proceso por medio de su representante legal, y con la procuración judicial debida. La *litis* está trabada entre quienes fueron designados en la demanda como parte demandante (o convocante) y parte demandada (convocada).

7). *No haberse hecho en legal forma al demandado (representante o apoderado) la notificación del auto admisorio de la demanda* (Num. 8): La aludida notificación se hizo personalmente al representante legal de la parte convocada, como consta en el expediente.

8). *No haberse practicado en forma legal la notificación a personas determinadas (o el emplazamiento a indeterminados)*, (Num. 9), *o haberse dejado de practicar una providencia distinta de la que admite la demanda* (Num. 9, inc. 2): Vista la situación desde el punto subjetivo las notificaciones procesales de todas las decisiones del Tribunal fueron hechas a las partes demandantes y demandada, y objetivamente no hubo una sola providencia que hubiera dejado de ser notificada; y

9). *Que la nulidad se presente en la sentencia (laudo)*, (Inc. 6, artículo 142, *ibídem*): En el presente laudo se descarta de plano haber condenado a quien no ha intervenido como parte en el proceso, o haber declarado probada una excepción no propuesta, o dictarse el laudo contra sentencia ejecutoriada en proceso concluido, o dictarse el laudo encontrándose suspendido el proceso arbitral.

En conclusión: No se generó ninguna causal de nulidad procesal en el curso de esta instancia, como tampoco fue introducida petición alguna de cualquiera de las partes para que fuera declarada alguna en particular. De otro lado, si se llegó a presentar motivo de nulidad procesal quedó saneado el defecto porque las partes no lo alegaron oportunamente, y por haber seguido surtiéndose la actuación sin reproche alguno, según los numerales 1 y 2 del artículo 144 C.P.C.

7.7. LA RELACION PROCESAL Y LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN.

La naturaleza del proceso contencioso hace que exista contradicción mutua de los interesados, no siendo posible al juez (entiéndase árbitro) resolver solicitud alguna sin antes oír a la parte contra quien se opone, para que ésta pueda ejercer su derecho a la defensa. La demanda es entonces la pieza procesal que determina la iniciación del proceso, en cuanto contiene hechos y pretensiones que deben ser materia de expreso pronunciamiento dentro de los límites de su formulación, encaminada a ser conocida por la parte demandada vía de la correspondiente notificación. La demanda contiene por tanto el elemento objetivo de la reclamación a la parte contraria, y exige que ésta última haga manifestación contra la situación fáctica y los pedimentos que aquella contiene. El marco de la controversia procesal se sitúa así entre las formulaciones de la parte actora y su contradicción por la demandada, y por las cuestiones especiales que se aleguen de manera exceptiva. Así, pues, notificada la demanda queda trabada la relación jurídica-procesal o lazo jurídico de la instancia, de manera que entre actor y demandado surge una situación de *litis dependencia* que hace que el juez o árbitro se obligue a conocer mediante la realización de determinados actos, las pretensiones opuestas de las partes y a proveer sobre ellas, en los precisos y específicos términos en que ha sido fijado el *petitum*. Dicho de otra forma el juez o árbitro no puede decidir por fuera de ese marco petitorio que se controvierte ni fallar por fuera de lo pedido ni más allá de su contenido, y del mismo modo las partes no pueden esperar pronunciamientos por fuera de él. En términos sencillos pero precisos la relación procesal se establece entre las partes demandante y quien llama éste al proceso como demandados, y sobre los hechos y peticiones del libelo introductorio.

Ello es así porque la relación jurídico-procesal tiene una naturaleza, sujetos, contenido y fines que dominan el proceso, y le infunden carácter.

Desde el punto de vista de los *sujetos* se entiende que forman parte de dicha relación el demandante y quien es llamado por éste al proceso, y no otras personas naturales o jurídicas. Al juez se le proponen los polos personales de la relación jurídica-procesal, expresada de un lado entre el demandante y el ente estatal como administrador de justicia, y entre el demandado y dicho ente. Se trata entonces de una relación procesal pública, formal, y autónoma, que no se establece directamente entre las partes sino por intermedio del juez. Está en la potestad del actor decidir contra quién dirige su acción, y al demandado le toca manifestarse acerca de si los hechos alegados y las pretensiones hechas le atañen a él, por lo cual puede aceptarlos, negarlos y discutirlos, en referencia siempre con lo expuesto en el libelo introductorio. Esa relación entre sujetos nace

desde que el demandado ha sido notificado del auto admisorio de la demanda y se ha dado traslado por el término legal para allanarse a ella o controvertirla.

En cuanto concierne al *contenido* de dicha relación procesal la demanda establece su alcance, y las circunstancias de modo, tiempo y lugar que rodean la situación fáctica, y las pretensiones que se pide se hagan contra el demandado. El juez debe entonces proveer a las demandas de la parte actora, en consonancia con los hechos personales que puede alegar el demandado a su favor. Se trata, por consiguiente, de hechos propios o personales del demandante y de hechos propios y personales del demandado. Lo que el juez (o árbitro) decida tiene que guardar relación de causalidad y conexidad con la conducta personal y directa de cada parte, de lo que se sigue que no puede imponer ninguna condena contra quien no ha sido parte en el proceso. De otra parte, el demandado está limitado a litigar en causa propia y en el universo del derecho subjetivo controvertido. Como ya lo ha afirmado el Tribunal, las partes tienen plena capacidad procesal de carácter dispositivo, que hace que lo discutido quede dentro de la esfera de los derechos sustanciales y del interés meramente particular, correspondiéndole al demandante y demandado la formulación de los argumentos y razones de distinto orden, para precisar el alcance que una y otra parte le otorgan al conflicto, con el fin de brindar a los árbitros los fundamentos fácticos de la sentencia (laudo) mediante actos de postulación (como son la formulación de la demanda, su contestación sin allanamiento, los medios exceptivos, etc.), de manera que dicha formulación y contradicción fijan el marco jurídico preciso de las pretensiones, en relación al cual los árbitros no pueden proferir decisiones más allá del *thema decidendum*. Así las cosas, el principio dispositivo de las partes del proceso queda condicionado a las peticiones de ambas partes, en particular, por la demanda, su respuesta y las excepciones de mérito formuladas. Estas piezas constituyen el fundamento único de la sentencia (laudo), porque la decisión de los árbitros tiene que producirse sin defecto *secundum allegata y probata* [según lo alegado y probado]. A tenor de lo expuesto es claro que la materia debatida es un derecho subjetivo, particular o privado, que las partes han *precisado* con plena libertad y autonomía, estableciendo lo que constituye el interés procesal de cada una de ellas, y aportando a los árbitros la prueba recaudada según sus conveniencias.

Así, cuando la parte demandada del proceso se limita a debatir los hechos que sustentan la demanda, sin emplear otros medios o recursos procesales a su alcance para ampliar la controversia a otros tópicos que resultan de su interés, cae bajo el gobierno de la demanda introductoria, la proposición de los hechos y las pretensiones limitadas que ella contiene. Dicho de otra manera, si el demandado

estima que en su opinión los hechos de la demanda no abarcan completamente la controversia, o que se han dejado por fuera consideraciones que permiten al demandado alegar hechos que guardan relación de causalidad o conexidad con lo expuesto en la demanda, que podrían servir para reclamar un derecho subjetivo al actor, que facultan su alegación para obtener su correspondiente declaración y condena, la ley procesal civil lo dota de los instrumentos idóneos para que complete el ejercicio del derecho de contradicción o de defensa, los cuales quedan para ser empleados a su arbitrio y según su criterio, de lo que se deduce que al no optar por ellos está llamado a asumir los efectos nocivos de su conducta omisiva o pasiva, en el sentido de tener que ceñirse a los términos del debate propuesto por la parte demandante. Tan evidente resulta lo dicho, que, la sola formulación de las excepciones de fondo o de mérito para dejar sin efecto las pretensiones del actor, se limita a atacar lo pedido por el demandante, sin sacar el litigio del terreno que éste le asigna en la demanda.

En este orden de ideas, la parte demandada goza del derecho a formular al actor demanda de reconvencción, con el fin de que se tramite al mismo tiempo ésta junto con aquella, y se decidan en la misma sentencia. En estas condiciones el debate procesal no se limita entonces a lo planteado por el demandante en los hechos y las pretensiones de la demanda, sino que permite, como lo acaba de decir el Tribunal, ampliar los hechos de la demanda inicial a otros no contenidos en ella, o que han dejado por fuera la discusión acerca de situaciones que puede alegar el demandado como violación por parte del demandante a sus derechos subjetivos correlativos, lo que trae como consecuencia que las dos partes asuman recíprocamente la calidad de demandante y demandado. En tal caso, la reconvencción se convierte así en un nuevo litigio y una nueva controversia, que llevan al proceso arbitral a un terreno distinto al planteado *ab initio* por el actor.

En esta nueva demanda el demandante-reconvenido tendría que contraerse a los nuevos hechos y pretensiones que conforman la reclamación del demandado-reconviniente, porque dicha demanda envuelve una acumulación de pretensiones por inserción, que requiere el cumplimiento de los presupuestos previstos por la ley procesal para su ejercicio y formulación, consistentes en la competencia de los árbitros para conocer el asunto, que la reclamación se pueda tramitar en el proceso arbitral, y que expresamente sea autorizada por la ley en el tipo de proceso que se emplee para tramitar el arbitraje [artículos 400, 411, 433, inc. 1, C.P.C.].

Vista así, la demanda de reconvencción tiene la ventaja para el demandado que las pretensiones de ésta y los hechos y pretensiones de la demanda inicial,

guardando alguna afinidad o conexidad, o siendo correlativos, puedan ventilarse al tiempo y decidirse en el laudo, con la ventaja adicional que la formulación de la reconvencción no exige que los hechos y pretensiones que la estructuran provengan del mismo título que sirve de *causa petendi* a la demanda principal, pues, la doctrina y la jurisprudencia enseñan que basta que las pretensiones del demandado se relacionen con los hechos que sustentan la relación jurídica llevada a debate por el demandante, aunque, con mayor razón la reconvencción es admisible cuando las pretensiones de ambas demandas provienen de un mismo título litigioso.

La falta de la demanda de reconvencción cuando está procesalmente permitida, lo cual ocurre en el proceso arbitral (artículo 141, num. 2º, C.P.C.), impide nivelar las cargas procesales que debe soportar la parte demandada con la formulación de los hechos y pretensiones de la demanda principal, y lleva inevitablemente a que ésta (la demandada) deba tener como marco de referencia la demanda introductoria, dejando, por su propia decisión, por fuera de debate procesal hechos y pretensiones referidos a derechos subjetivos del demandado, que guardan conexidad con lo alegado por el actor, o que expresan relaciones de mutua dependencia o correlación.

Hechas estas precisiones el Tribunal no encontró que la parte demandada hubiera hecho uso del derecho a la formulación de demanda de reconvencción al demandante, con las consecuencias procesales que de ello se derivan.

CAPÍTULO VIII

LA EXISTENCIA DEL ACTO O CONTRATO, REQUISITOS Y EFECTOS

8.1. Requisitos y efectos. El acto jurídico (unilateral o bilateral) tiene efectos trascendentales en el funcionamiento de las normas jurídicas y en la producción de sus efectos, como quiera que el presupuesto esencial de éstas radica en el ordenamiento de la actividad de los sujetos de derecho en la vida social. Corresponde pues a las normas jurídicas establecer el papel y los efectos que en la esfera del derecho desempeña el acto o negocio jurídico, como situación proveniente de la realización de una actuación voluntaria lícita o ilícita, que por un lado interviene o se encamina, por disposición legal, directa y reflexivamente a producir efectos jurídicos, como en la celebración de los contratos, o por otro está llamado a producir tales consecuencias por el solo ministerio de las normas jurídicas, con independencia de la voluntad del interviniente, como ocurre con los

delitos penales. Esta doble categoría lleva a estructurar situaciones jurídicas diferentes, dando origen a los actos jurídicos lícitos y a los ilícitos.

a). *Precisión sobre la noción y naturaleza del acto jurídico lícito:*

Centrando la atención del tribunal a la primera de tales manifestaciones, *el acto jurídico lícito*, comúnmente conocido como *negocio jurídico*, aparece éste como un comportamiento voluntario, que se dirige directa y conscientemente a la producción de efectos jurídicos, lo que significa que el acto jurídico tiene en su origen y formación la intervención de la *voluntad* del sujeto que lo crea, como lo reconoce la tradicional doctrina civilista francesa generalmente aceptada. Tales actos o declaraciones de voluntad pueden ser simples o complejos, en la medida en que el acto jurídico requiera una sola voluntad o dos o más para su nacimiento. El derecho, sabiamente, no parte de consagrar en el ordenamiento positivo cada actividad o relación social que se desenvuelve en una declaración de voluntad, lo que resultaría estéril e inoficioso, porque la estructura social inmediatamente la dejaría anacrónica, sino que opta por reconocer a la voluntad de los sujetos la eficacia necesaria para que su conducta social quede reconocida por el ordenamiento jurídico. Es este el reconocimiento que el derecho hace a la *iniciativa privada* para interactuar en todas las manifestaciones de la actividad social. Consagra entonces el postulado de la *autonomía de la voluntad contractual o negocial*, con el fin de reconocer que las conductas lícitas tengan abrigo legal y se garantice y tutele la producción de los efectos en el mismo campo a las declaraciones de voluntad que resulten eficaces. Con todo, la iniciativa privada y la autonomía de la voluntad en la creación de actos o negocios jurídicos, no es absoluta y sufre recortes de diverso carácter en primacía del interés público. Lo interesante de este postulado está en que los sujetos de derecho, por su sólo querer, son capaces de dar origen a vínculos obligacionales, y de establecer ante tales relaciones jurídicas los efectos que en cada caso resultan propios.

Con prescindencia del debate acerca de las teorías que buscan explicar el alcance filosófico de la autonomía de la voluntad en el origen del acto o negocio jurídico, no se falta a la verdad si se da por sentado que la legislación civil colombiana, reconoce a la voluntad privada efectos suficientes entre sus autores, siempre que no vulnere el derecho de terceros ni el interés público, de modo que la regla es la libertad de contratación, y la excepción el interés ajeno o el comunitario, por eso, son los sujetos de derecho quienes están llamados a concretar el contenido, los requisitos, condiciones, modalidades y efectos que entraña su declaración de voluntad. Por ello, las normas jurídicas que reglamentan el ejercicio y alcance de las declaraciones de voluntad, no son en sí mismas una cortapisa o limitante a su

libertad de actuación, sino la garantía de protección a sus intereses personales, a los de terceros, y a los de la sociedad. Lo cual tampoco significa que la manifestación de voluntad pueda ser autárquica o a ultranza, sino que debe expresarse a tenor de la ley, para que adquiera la eficacia que por anticipado y en forma abstracta se le reconoce, porque sólo así la manifestación de voluntad podría convertirse en el punto de partida de cualquier situación negocial o contractual, y sólo de esa manera podría vincular a la otra parte del negocio jurídico (artículo 1602 C.C.). En tal caso el acto o contrato es ley para las partes, pero, es ley en sentido particular cuando satisface los requisitos que aluden a su existencia o que hacen referencia a su validez, porque sólo así quedan legalmente celebrados. Situadas las partes en este marco de legalidad, se entiende que por el efecto del postulado de la autonomía de la voluntad, los preceptos normativos del derecho positivo en materia de actos y declaraciones de voluntad, raramente sean imperativos y que, por lo general y común tengan carácter supletivo, de manera que por virtud de dicha libertad de concertación pueden las partes modificarlos o derogarlos [No habiendo estipulaciones en uno u otro sentido tales preceptos se convierten en elementos naturales del acto o negocio jurídico].

Con el propósito de proteger el derecho ajeno y el interés público, la normatividad interviene básicamente estableciendo requisitos para la existencia del acto o contrato, y condiciones para dotarlo de validez o eficacia, y en uno y otro caso determina los efectos que corresponden. En la primera situación el ordenamiento actúa para dar certeza a los sujetos que su actuación ha nacido y pertenece a la esfera del derecho, y en el segundo, limita los efectos que asigna al negocio jurídico sano, y bajo esa premisa fija las condiciones de existencia y de validez a los actos y declaraciones privados.

Conforme a lo dicho se tiene entonces que el acto o negocio jurídico es la manifestación de voluntad directa y reflexivamente orientada a producir efectos de igual naturaleza. Desde el punto de vista epistemológico la noción dada es perfecta por cuanto dejar ver con sentido lógico los dos elementos que sustentan la idea de acto o negocio jurídico y le dan identidad: la declaración o manifestación de voluntad del agente o agentes que intervienen en su nacimiento, y la finalidad u objetivo que se persigue con la emisión del querer jurídico, que no es otra cosa que producir consecuencias en el plano del derecho. La meridiana claridad de esta definición hace que al ser examinada desde la perspectiva de la filosofía del derecho y, más concretamente de la ontología jurídica, represente un pensamiento completo que da contenido cabal a dicha noción. Esa dimensión permite entender que los viejos cánones que sólo reconocían capacidad volitiva a los seres

humanos, están hoy superados por la doctrina que atribuye personalidad a los entes públicos y privados, a los cuales reconoce paralelamente capacidad para hacer emisiones de voluntad a través de sus legítimos representantes, de modo que el acto o negocio jurídico ya no viene a confundirse sin defecto con el acto humano, sino que es una manifestación de voluntad de todos los sujetos de derecho. Siendo ello así, los actos humanos que alcanzan la categoría de actos o negocios jurídicos son sólo aquellos que, entre el universo de los comportamientos del ser humano, tienen trascendencia para la actividad social políticamente organizada. Las restantes actuaciones podrán ser humanas, pero no teniendo una voluntad encaminada a crear consecuencias jurídicas, escapan al ámbito material del derecho.

La sola mención del elemento voluntario en la idea del acto jurídico lleva al tribunal a la necesidad de hacer algunas precisiones de suma importancia sobre el mismo, como presupuesto para comentarios posteriores. Lo primero es que el acto jurídico difiere del acto humano porque su creador no es el hombre sino el sujeto de derecho. Segundo, la aptitud para hacer tales declaraciones de voluntad no surge de la pertenencia a la especie sino del reconocimiento de la capacidad que la ley crea y confiere para la adquisición de la calidad de sujeto de derecho y para poder obrar personal y directamente sin el ministerio ni la representación de otro, y finalmente, el proceso de creación del acto jurídico reviste particularidades que lo hacen diferente al actuar humano. A fin de entender la formación y fisonomía del acto o negocio jurídico pasa el tribunal a hacer las precisiones a que se hizo alusión con el fin de dejar examinada su naturaleza.

La idea de persona en el campo del derecho es diferente de la del ser humano. Quizás la identificación impropia se ha debido al uso indeterminado y vulgar de ambos términos, pero en estricto rigor quien puede emitir una declaración de voluntad en el campo del derecho es el ente creado por la ley con capacidad suficiente para adquirir derechos y contraer obligaciones, como presupuesto para poder desenvolverse en el campo de las relaciones socio-jurídicas. El reconocimiento de esa capacidad al ente (humano o ficticio) es lo que le permite crear derechos y obligaciones a través del ejercicio de la voluntad. Dicho en otras palabras, el ser humano es persona jurídicamente hablando porque así lo consagra el ordenamiento positivo, el cual anticipa el atributo de la personalidad jurídica aun a los que todavía no han nacido (artículo 93 C.C.). Ello lleva a afirmar que en paralelo con la presencia del ser humano, convertido en persona en el campo del derecho por decisión de la ley, existen otros entes, como suele decirse, ficticios, que también son sujetos de derecho. Puede decirse entonces que el

derecho crea el concepto de persona y asigna el atributo de la personalidad, de lo que se sigue que el ente reconocido como persona y prevalido de la personalidad que ostenta es capaz, en abstracto e impersonalmente, de hacer declaraciones de voluntad con las que adquiere derechos y contrae obligaciones.

El atributo para obrar que reconoce el derecho a los sujetos con el fin de crear obligaciones y derechos, vía de la voluntad, y en ejercicio de la personalidad que les confiere, es la aptitud indispensable para comportarse como sujeto activo o pasivo en el derecho (capacidad legal), de manera que tal habilitación entraña un poder reconocido por vía general, abstracta e impersonal, como ya se dijo, para ejercer el tráfico jurídico, que al ser individualizada se convierte en una aptitud concreta y particular (capacidad de goce o de ejercicio), la cual resulta en ciertos casos restringida o negada. Así las cosas, todos los sujetos de derecho tienen capacidad legal para adquirir derechos y contraer obligaciones, pero no todos los sujetos son titulares de la capacidad de ejercicio, ya que se excluyen aquellos que la ley declara incapaces absolutos o relativos.

La condición para que el derecho dé trascendencia al acto jurídico es que se haga *libremente*, esto es, que se descarte la posibilidad de que la declaración de voluntad pueda quedar afectada por vicios que terminen por restarle eficacia. Visto así, la emisión de la voluntad conjuga factores psíquicos o de razón que exigen la presencia de una actividad de discernimiento, ajustada a la lógica, y además motivaciones subjetivas que obran a la manera de móviles determinantes de la actuación voluntaria. Por eso se dice que el acto jurídico debe ser consciente y reflexivo. No interesa ahora establecer cómo o de qué manera se emita esa declaración de voluntad, pues lo destacado es que sea un comportamiento serio, reflexivo, con intención de crear efectos en derecho. Siendo, pues, que el acto o negocio jurídico nace de esta manera, es decir, fruto del discernimiento y de las motivaciones subjetivas, el derecho presume que los sujetos han querido celebrar tal acto o negocio, y por ello le da vida y le asigna los efectos que los sujetos han querido y los que la propia ley señala por su cuenta.

b). *Los elementos de la existencia del acto jurídico:*

A tenor de la noción expuesta del acto o negocio jurídico, caracterizado por ser fruto de la voluntad directa y reflexiva del sujeto o sujetos que intervienen en su celebración, encaminada a producir efectos jurídicos, en sana lógica se establece la presencia de sus elementos tipificantes o axiológicos: La expresión o manifestación de la voluntad del sujeto (uno o varios), y el contenido de dicha declaración. Dos son, pues, los requisitos esenciales del acto jurídico, la voluntad exteriorizada, y el contenido, de manera que su existencia queda condicionada a

que se compruebe la presencia de dichos elementos. Pasa el tribunal a precisarlos y a determinar su alcance:

1). La voluntad y su declaración:

Como lo ha dicho el tribunal atrás, la presencia del elemento voluntario es el fundamento y soporte estructural del acto jurídico lícito. Su apareamiento a la vida jurídica depende de su presencia; la voluntad es su esencia. Con razón se ha afirmado por todas las vertientes de doctrina que la voluntad es la sustancia misma de la actuación, pues su declaración es lo que pone en movimiento la intención de obligarse en el área del derecho. Así de sencillo: sin la presencia y la emisión de la voluntad no puede hablarse de acto o negocio jurídico lícito. Como quiera entonces que la voluntad es indispensable para el nacimiento del acto o negocio jurídico, siempre debe estar presente en él, esto es, debe existir en el marco *real y tangible* de la negociación, lo que significa que puede ser deducida, comprobada y reconocida de modo tal que finalmente se concluya no sólo su presencia real y auténtica sino también que ha sido fruto de una lucubración psíquica eminentemente lógica, con el ánimo de producir los efectos jurídicos deseados. Esa voluntad y su declaración no pueden ser suplidas por hechos que en apariencia y desde el punto de vista formal, hagan suponer que existe. La presencia de la voluntad y su manifestación no es cuestión de mera apariencia sino que debe obedecer a una intención cierta y real que permita concluir que el acto o negocio jurídico en verdad existe y que no es meramente una apariencia de comportamiento. Las formas externas con que se reviste el acto en su origen para dar fe de su existencia, no reemplazan en absoluto la necesidad de la voluntad y su emisión, ni son suficientes para dar por supuesto que este elemento imprescindible realmente existe. Muchas veces podrá concluirse, quizás, la mayoría de ellas, que la forma externa coincide con la presencia de la voluntad y su manifestación, esto es, que es real y tangible, lo que lleva a dar por sentado que el acto o negocio jurídico ha nacido, pero, también en algunas ocasiones esa apariencia de formalidad es vacía porque la voluntad no es real. Esto lleva a concluir, como bien lo reconoce la doctrina, que la forma puede ser necesaria para rodear de validez a los actos cuando la ley la impone en casos concretos (conocidos como solemnes) o cuando las partes la adoptan, pero jamás reemplaza ni sustituye a la voluntad. Una cosa es la forma (ritualidad exterior) y otra bien distinta es la esencia del acto (la voluntad).

Esta doctrina informa a nuestra legislación civil porque si se examina con detenimiento el contenido del artículo 1502 del Código Civil, la primera condición para que el acto o declaración de voluntad nazca o exista es la presencia de su

aceptación, conformidad o consentimiento, lo que equivale a que debe existir una manifestación clara, inequívoca y ante todo *real* de la voluntad con trascendencia jurídica. De otro lado, el artículo 1502 *ibídem*, exige que esa declaración de voluntad debe ser *real* (verdadera o cierta), y el artículo 1618 alude a la *intención real* de los sujetos que intervienen en el negocio jurídico.

No basta, sin embargo, que el sujeto o los sujetos de derecho hagan el ejercicio mental acerca de la necesidad o conveniencia de incursionar en la esfera jurídica, y que al interior de su ser (o entidad) terminen por convencerse de ello, sino que es indispensable que exterioricen la voluntad, mediante un acto declarativo tan claramente expuesto o emitido que él sea suficiente para dar origen al acto lícito unilateral, o para que el sujeto que se sitúa frente a sí entienda que esa expresión de voluntad tiene el alcance de crear consecuencias jurídicas al convenirse el negocio que los relaciona. Ello resulta evidente porque el ámbito del derecho no es el fuero interno de los sujetos sino el comportamiento social. En estricto rigor, la consagración que el derecho objetivo hace del acto o negocio jurídico como una fuente formal de las obligaciones de igual carácter, no es más que el reconocimiento de que la autonomía de la voluntad particular tiene la virtualidad de mover la dinámica social. Siendo, pues, que la emisión de la voluntad tiene efectos transformadores en el campo socio-económico, su declaración tiene que obedecer a una convicción sincera, directa y real del emisor, y no puede menos que ser exteriorizada de forma inteligible y clara.

Dicha exteriorización en nada atenta contra la libertad que el ordenamiento positivo reconoce a los sujetos de derecho para hacer saber cuál es su voluntad y correlativa intención de obligarse, porque, como regla general, las formas de emisión de la voluntad pueden ir desde la manifestación expresa o tácita, y aun por virtud del silencio, salvedad hecha de las excepciones que la ley consagra, siempre que ellas traduzcan sin equivocación la presencia de la intención clara e inteligible de intervenir en la esfera del derecho para asumir obligaciones o adquirir derechos. Como lo reconoce la doctrina moderna, la libertad para expresar la voluntad no se limita a la posibilidad de crear el acto o negocio jurídico sino que también se extiende a escoger la forma declarativa que consulte mejor los intereses de los sujetos, con anotación de la salvedad hecha. Hay casos, desde luego, en que la ley para proteger la emisión de la voluntad no prescinde de la solemnidad, de tal modo que la existencia del acto o negocio jurídico queda sujeta a la observancia de la formalidad. Se trata entonces de actuaciones lícitas en que la forma es *ad solemnitatem*, es decir, para la existencia del acto, que al no satisfacerse repercute en el nacimiento mismo del acto o contrato (artículos 1500

C.C., y 824 C.Co.), y no simplemente *ad probationem* (esto es, para la prueba del mismo).

Conforme a lo dicho acerca de la voluntad el elemento examinado supone dos pasos o etapas sucesivas y relacionadas que no pueden faltar: De un lado, el proceso mental, lógico y racional, de convicción y valoración, que lleva al sujeto a la conclusión que debe intervenir en el ámbito jurídico para crear obligaciones y derechos, en atención a sus intereses o motivaciones particulares, y de otro, que esa decisión libre y voluntaria efectivamente trascienda al plano del derecho, es decir, que sea exteriorizada, lo que equivale a hacer su manifestación frente a quien es el receptor de la declaración. El proceso volitivo interno y el externo son uno sólo, se complementan e integran. Así las cosas, si los dos procesos inescindibles que integran la declaración de voluntad no se producen, la conclusión inequívoca es que el acto o negocio jurídico no ha nacido. Ello lleva a dar por sentado que la voluntad no exteriorizada, o la que es ilegalmente declarada, no sirven para declarar la existencia del acto o contrato, y la manifestación meramente aparente, pero, sin la presencia real de la voluntad con efectos obligacionales, no tiene ninguna relevancia o trascendencia en el derecho, aunque, el ordenamiento protege en estos casos el interés jurídico de terceros ante la apariencia de acto.

2). El contenido de la declaración de voluntad:

La declaración de voluntad debe estar dirigida directa y racionalmente a generar efectos jurídicos, que al provenir de la convención pueden orientarse a crear, modificar o extinguir relaciones obligacionales. Ese es el contenido u objeto del querer jurídico que se expresa. Se trata, por ende, de comportamientos que obran en la órbita de la sociedad y que comprometen el fin propio del derecho. Por tal razón cuando el sujeto declara su voluntad con uno u otro propósito, las normas jurídicas comienzan de inmediato a trascender la situación objetiva de la norma a la del derecho subjetivo, y la conducta del agente principia a crear las consecuencias previstas en ella. De ahí que, desde cuando el crear del acto o negocio da a conocer su voluntad real, las actuaciones o conductas que realice están orientadas a cumplir un propósito teleológico, que no es otro que producir efectos creadores, modificatorios o extintivos en el derecho. Por la declaración de voluntad se desarrolla el contenido. Mas, no basta la declaración de voluntad para que se realicen los efectos del acto o negocio jurídico, sino que la voluntad privada queda subordinada a los preceptos legales, de lo que se sigue que para que un acto o contrato sea jurídicamente vinculante u obligatorio, debe estar legalmente celebrado, en cuyo caso, habiéndose observado las condiciones que la ley exige

para la existencia y validez del negocio jurídico, obliga no sólo a lo acordado por las partes, sino también a lo que naturalmente lo integre (artículos 1501, 1603 y 1621 C.C.). [En el objeto o contenido del acto o negocio jurídico se distinguen, a tenor del artículo 1501 C.C., elementos esenciales, naturales y accidentales].

c). *El efecto de la inexistencia de la voluntad o de su declaración aparente en la teoría del acto o negocio jurídico:*

El tribunal ha puntualizado hasta aquí los elementos axiológicos para la existencia del acto o negocio jurídico, y que la falta de los mismos así como su mera y aparente acreditación, produce la inexistencia del mismo. Las condiciones para la existencia de éstos son la voluntad y su declaración o exteriorización y el contenido u objeto perseguido. Así, si en la celebración del acto o contrato, que está llamado a producir efectos jurídicos de tipo creativo, modificador o extintivo de relaciones de igual naturaleza, falta la voluntad y su declaración o el objeto del mismo, queda impedido el nacimiento del acto jurídico. La misma conclusión se impone cuando la voluntad debe ser declarada bajo solemnidad (*ad substantiam actus*) porque sin la presencia y exteriorización de dicho querer trascendente la lógica enseña que debe entenderse que no ha sido emitida, es decir, la falta de la voluntad y su declaración indica sin duda que al no estar presente un requisito axiológico para que el acto o negocio cobre vida jurídica, no puede hablarse de un acto jurídico. Ahora, esta misma regla y conclusión es predicable de cada acto o contrato en particular, porque en cada uno de ellos existen elementos esenciales propios, adicionales a los dos generales ya citados, cuya ausencia se traduce en inexistencia de los mismos. En tales casos, la falta de cualquiera de los elementos esenciales que originan el acto o contrato trae como consecuencia que uno u otro no genera efecto alguno. Por eso, de lo expuesto el tribunal concluye que la falta de los requisitos generales (voluntad, declaración y objeto) y de los particulares de cada acto, lleva sin defecto a su inexistencia.

Aunque, sin fundamento se ha afirmado que el derecho civil colombiano no consagra la inexistencia de los actos jurídicos, la verdad es que el código de la materia sí recogió la doctrina de POTHIER al respecto y dedujo las consecuencias correspondientes, de manera que la ausencia de tales requisitos o su mera apariencia descarta *ipso iure (in limine)* la existencia del negocio jurídico. Por eso, el artículo 1501, como regla general o principio establece que si el contrato no reúne los requisitos esenciales no produce efecto alguno (a menos que degenerare en otro), para lo cual basta citar algunas situaciones concretas (artículos 1760, 1857, 1864, 1865 y 2081 C.C.). Pero, no sólo el artículo citado recoge la doctrina de la *inexistencia* sino que el artículo 1500 *ibídem*, sienta como principio que el

contrato *real* no se forma o perfecciona si no hay la entrega de la cosa; que el *solemne* no queda perfecto si no se cumple la solemnidad, y que el *consensual* no nace cuando falta el consentimiento. La consecuencia la prevé el propio artículo 1500 en consonancia con el 1501: el acto o contrato no existe. Por su parte, el artículo 1760 de la misma codificación, al referirse a la falta de solemnidades del acto, dice que se entienden no ejecutados o celebrados, lo que es igualmente predicable como regla en caso de ausencia de los requisitos de existencia en todo acto jurídico. De otro lado, el artículo 1517 C.C. establece que para que una declaración de voluntad sea tenida como un acto o negocio jurídico, se exige que tenga un contenido (prestacional), lo que permite ver con claridad que la sola declaración de voluntad no basta, sino que debe estar acompañada del contenido (objeto). [Ahora, en los casos de elementos esenciales particulares pueden citarse los artículos 1849, 1864, 1857, 1865, 1870, por vía de ejemplo].

Como si la anterior verificación de las condiciones de existencia, a la luz de las disposiciones del código civil y de la doctrina moderna, fuera poca cosa, hay que agregar que ella se conforma y ajusta al espíritu de las instituciones romanas. Adicionalmente, desde el punto de vista de la filosofía, en particular, de la lógica, el tratamiento que nuestra legislación civil da a la *inexistencia* (por falta de los requisitos esenciales) y a la *nulidad* (por la invalidez causada por la presencia viciada de los elementos de la esencia) son completamente diferentes y cada una se gobierna por su propio régimen. Razón tiene la doctrina cuando concluye que sin la voluntad y el consentimiento (que es su emisión), o sin la declaración de este último por un cauce prescrito por la ley para que pueda ser tenido en cuenta, o sin un objeto a que se encamine en ejercicio de la función reguladora de la actividad social, no hay ningún acto jurídico; la esencia de éste no se realiza; el derecho le niega el ingreso a esta categoría ontológica-jurídica ¹.

En aras de sacar las conclusiones pertinentes el tribunal fija el siguiente criterio acerca de la inexistencia de los actos o negocios jurídicos, el cual será tenido en cuenta para examinar las actuaciones jurídicas de las partes convocante y convocada que han sido materia de debate en el presente proceso arbitral:

c1). Si al pretendido acto o negocio jurídico falta el elemento voluntad, o si se declara ésta en forma aparente, o no ha tenido un contenido u objeto prestacional, la situación fáctica de que se trate no tiene la calidad de acto jurídico y menos aun se puede sostener que bajo la preceptiva de la autonomía de la

¹ GUILLERMO OSPINA FERNANDEZ Y EDUARDO OSPINA ACOSTA, "Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico". Bogotá: Editorial Temis (1998), 5ª edición, p. 440.

voluntad contractual goce de eficacia, sencillamente, el negocio no existe para esta disciplina (artículo 1501 C.C.);

c2). La situación fáctica aludida es completamente inexistente, de pleno derecho, o liminarmente, como también lo enseña la doctrina, de modo que siendo de bulto que la voluntad no está presente, o apenas se evidencia una apariencia de declaración, o falta el contenido prestacional, el derecho no prohija tal comportamiento y le niega la posibilidad de surtir efectos al acto que en su origen no ha satisfecho las exigencias legales para su nacimiento;

c3). De igual manera, se está en presencia de un acto jurídico inexistente cuando al negocio le falta uno de los elementos esenciales particulares o propios de la naturaleza del mismo, de manera que faltando éste no puede decirse que tiene vida y, por lo mismo, no produce efecto alguno;

c4). Ahora, cuando de hecho la actuación de las pretendidas partes deja ver que los elementos esenciales generales y/o particulares están presentes, o al menos eso es lo que aparenta su comportamiento, esto es, cuando luce como un acto putativamente aparente, debe entenderse que el derecho le reconoce eficacia *provisional* (del mismo modo como se la reconoce a los actos o contratos nulos), de manera que si las partes intervinientes discuten su existencia y eficacia, la controversia no se resuelve liminarmente (*ipso iure*) sino que requiere pronunciamiento judicial, como en el caso de los actos o contratos absolutamente simulados, y sólo por virtud de la sentencia se declara su inexistencia y se le niegan los efectos atribuidos a los actos que nacen sanos. En tal caso la acción de inexistencia (o la excepción) pertenecen a quienes buscan desvirtuar la presunción de legalidad;

c5). La inexistencia no puede ser saneada por la ratificación de las partes (como sí puede ocurrir en los actos nulos que no tienen objeto o causa lícitos), porque en lógica lo que no ha tenido vida no puede cobrar vida de la nada². La ratificación no tiene sentido si las partes no han cumplido el acto o contrato, pero adquiere significado si ya han cumplido, pagado o ejecutado sus prestaciones, porque en tal caso ese cruce prestacional está caracterizado por un pago de lo no debido (o sin causa) que, traería como efecto el derecho a la repetición. Ese pago no puede presumirse inexistente como sí el acto o contrato del cual provino, luego

² LOUIS JOSSERAND, "Derecho Civil", Tomo I, No. 140. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch y Cía. Editores (1952).

puede decirse que existe pero se trata de un acto afectado de nulidad en cuanto le faltan requisitos para su validez³.

c6). Finalmente, el tribunal piensa que si la apariencia de acto queda provisionalmente surtiendo efectos mientras se declara la inexistencia, y como consecuencia las partes han cumplido sus prestaciones, las acciones impugnatorias quedan sujetas al vencimiento del término legal para su ejercicio.

CAPÍTULO IX

LOS CONTRATOS DE ENAJENACIÓN DE ACCIONES

9.1. EL CONTRATO DE FEBRERO 20 DE 2006 DENOMINADO “ACUERDO PRIVADO” CELEBRADO ENTRE ALEJANDRO DE LIMA Y AGROCALIMA S.A.

9.1.1. Descripción del contrato.

Teniendo en consideración que la parte convocada alega que por medio de éste contrato se celebró la transferencia de acciones que hizo Alejandro De Lima a favor de AGROCALIMA S.A., se analiza la naturaleza jurídica de este contrato y si, en caso de confirmarse que fue un acto real, ese fue el medio idóneo para hacer la mencionada venta de acciones.

El documento de Febrero 20 de 2006 contiene un contrato que tiene las siguientes estipulaciones:

- Fue celebrado por Alejandro De Lima Böhmer, José Felipe De Lima Böhmer y AGROCALIMA S.A. y se le definió como un “CONTRATO DE ACUERDO PRIVADO”.
- Alejandro De Lima Böhmer declara que es titular de 107.983.117 acciones de la sociedad AGROCUENCA S.A. SOCIEDAD CIVIL, de las cuales 105.883.117 le fueron cedidas por Virginia Böhmer Rengifo, según consta en Acta número 15 de 20 de Febrero de 2006 de la Asamblea de Accionistas de AGROCUENCA S.A., acta en la que también consta la aprobación sobre el traspaso de las anteriores acciones. (Cláusula Primera).
- Alejandro De Lima Böhmer “se compromete a transferir” el 100% de las acciones que posee en AGROCUENCA S.A. a la sociedad AGROCALIMA S.A., vía capitalización en especie de dicha sociedad, dentro de los 10 días

³ GUILLERMO OSPINA FERNÁNDEZ, “*Régimen General de las Obligaciones*”. Bogotá: Temis (1978). 2ª edición, p. 487.

calendario a partir de la fecha en que se hayan surtido eficazmente los procedimientos estatutarios y de ley para habilitar la indicada capitalización. (Cláusula Segunda).

- José Felipe De Lima Böhmer en su doble condición de representante legal de AGROCALIMA S.A. y en su propio nombre, “se compromete a”: (i) Realizar las gestiones y trámites necesarios que permitan “se haga efectiva la capitalización prometida por Alejandro De Lima”. (ii) Capitalizar en especie a la sociedad AGROCALIMA S.A. con los activos e inversiones que posee a título personal, y descargar los pasivos que se describen en anexo 1. (iii) Las partes conocen y aceptan las valoración de los aportes nuevos con los cuales se capitalizará AGROCALIMA S.A. (iv) Que la participación accionaria de Alejandro De Lima en AGROCALIMA S.A., una vez efectuada la capitalización de la Cláusula Segunda y Tercera, sea equivalente al 25%. (Cláusula Tercera).
- José Felipe De Lima Böhmer, en la mencionada doble condición, garantiza a Alejandro De Lima por el término de tres años, una suma mínima equivalente a los dividendos que decretare anualmente AGROCUENCA S.A. por igual periodo, multiplicado por el 12.28%, o la suma que fuere superior a este porcentaje. (Cláusula Cuarta).
- “Previo al cumplimiento pleno de los compromisos adquiridos en la cláusula segunda y tercera,” José Felipe De Lima “le hará entrega al señor Alejandro De Lima B. la suma de trescientos millones de pesos”, en las cuantías y plazos allí determinados. (Cláusula Quinta).
- Las acciones comprometidas en el acuerdo, no tienen pleitos pendientes, limitación o gravamen, y que “aun cuando se obligan a transferirlos en la misma situación, de todas maneras saldrán al saneamiento en todos los eventos y dentro de los términos establecidos en la ley”. (Cláusula Sexta).
- Sanción penal por incumplimiento por la suma de \$200 millones de pesos. (Cláusula Séptima).
- Amigable Composición y Arbitraje. (Cláusula Octava).

9.1.2. Naturaleza jurídica del contrato.

En los términos en que está redactado el documento anterior, no puede deducirse que “un compromiso de transferir” en un plazo predeterminado, equivalga a una cesión o venta de acciones. Si se tratara de un acto real, cuando Alejandro De Lima se comprometió a transferir sus acciones en el plazo pactado, estaba adquiriendo la obligación de celebrar en un tiempo futuro el contrato de transferencia o aporte de acciones, mediante la capitalización de las mismas, por

las cuales recibiría el 25% de las acciones en AGROCALIMA S.A., pero no estaba transfiriendo éstas en ese mismo documento en la fecha en que este fue suscrito. El “compromiso de transferir” constituyó una promesa de enajenar unas acciones cuando se cumpliera el plazo pactado; pero bajo los términos de esta promesa el posible comprador, la sociedad AGROCALIMA S.A., no adquirió el dominio de las acciones ni el posible vendedor, Alejandro De Lima, transfirió ese mismo dominio. Dado el texto de la cláusula segunda, que contiene el compromiso aludido de transferir acciones, y la intención aparente de las partes expresada en esa cláusula (artículo 1618 del C. Civil), Alejandro De Lima y AGROCALIMA S.A. decidieron no celebrar el contrato de transferencia de las acciones en el momento en que suscribieron el documento de 20 de Febrero de 2006, sino que convinieron en que Alejandro De Lima se comprometía a transferir a favor de AGROCALIMA S.A. la totalidad de las acciones que poseía en AGROCUENCA S.A. en un plazo de diez días contados a partir de la fecha en que se cumpliera la condición consistente en “los procedimientos estatutarios y de ley para habilitar la indicada capitalización”. En virtud de este compromiso contenido en el mencionado documento, nada se transfirió por parte de Alejandro De Lima ni nada se adquirió por parte de AGROCALIMA S.A., pues ese compromiso no era ni es un título traslativo de dominio, ni un acto de enajenación de las acciones. Únicamente se constituyó una obligación de hacer que se derivaba del compromiso o la obligación adquirida por Alejandro De Lima de transferir las acciones en un plazo determinado, obligación futura de hacer que consistía en celebrar el contrato de transferencia o venta de acciones, en el supuesto de que este contrato obedeciera a una transacción real.

En las cláusulas segunda, tercera y cuarta del documento se expresó en repetidas ocasiones la intención de celebrar un compromiso que configuró una obligación de hacer para celebrar un contrato futuro de transferencia de acciones mediante aporte de estas a la sociedad AGROCALIMA S.A. por las cuales recibiría como contraprestación el 25% de las acciones de AGROCALIMA.

En la cláusula quinta del documento se reafirmó el significado del compromiso de transferir las acciones, como una obligación de cumplimiento futuro, pues en ella se dijo que “Previo al cumplimiento pleno de los compromisos adquiridos en la cláusula segunda y tercera,” José Felipe De Lima le pagaría a Alejandro De Lima la suma allí determinada, entendiéndose que este pago se haría por cuenta de AGROCALIMA S.A. que era la adquirente de las acciones, dado que José Felipe De Lima no figuraba como prometiente comprador de las acciones.

En la cláusula sexta del documento también se le dio al compromiso de transferir, el mismo significado de una promesa para celebrar el contrato futuro de transferencia de acciones, pues allí se dijo que las acciones comprometidas en el acuerdo, no tienen pleitos pendientes, limitación o gravamen, y que “aun cuando se obligan a transferirlas en la misma situación, de todas maneras saldrán al saneamiento en todos los eventos y dentro de los términos establecidos en la ley”. La interpretación correcta sobre la calificación jurídica del contrato celebrado por medio del mencionado documento, en caso de que él constituyere un acto real, es que aparece un contrato de promesa de transferencia de acciones, que cumple con los requisitos del artículo 861 del C. de Co. en concordancia con el artículo 1611 del Código Civil, y no de enajenación o venta de acciones, en razón a que aquel no pudo constituir un título válido para trasladar acciones del dominio de Alejandro De Lima al de la sociedad AGROCALIMA S.A.

El contrato de promesa está regulado por el artículo 861 del C. de Co. que dice: *“La promesa de celebrar un negocio producirá obligación de hacer, la celebración del contrato prometido se someterá a las formalidades y reglas del caso.”* Aunque esta disposición legal establece la consensualidad de la promesa, debe tenerse en consideración que en ella no se determinan los requisitos o las condiciones para que se configure jurídicamente una promesa de contrato, como sí ocurre en la regulación de la promesa de contrato de carácter civil.

Mediante la aplicación de la remisión que hace el artículo 822 del Código de Comercio a las normas del Código Civil, siempre que aquel código no establezca otra cosa, se considera pertinente que la promesa de contrato de carácter comercial debe reunir los requisitos establecidos en el artículo 1611 del Código Civil, derogado por el artículo 89 de la ley 153 de 1887, en lo cual el Tribunal está de acuerdo con la opinión de JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR expresada en su obra “Contratos Mercantiles”, en los términos siguientes: *“Luego la conclusión correcta sería afirmar que para la promesa de contrato mercantil se exigen exactamente los mismos requisitos que para la promesa civil; no solamente el hecho de constar por escrito, sino todo lo demás. No sabemos cuál sea la opinión de los partidarios de la tesis de la consensualidad de la promesa mercantil de contrato sobre los demás requisitos que establece la ley 153 de 1887, diferentes al de constar por escrito, pero sería de suponer según su razonamiento, que tampoco se exigen, pues no los produjo el analizado art. 861 del Código de Comercio, con lo cual se llegaría a la verdadera inseguridad jurídica de tener que aceptar como promesas de contrato, manifestaciones verbales de las partes, que*

no señalan ni plazo ni condición para perfeccionar el contrato prometido, o ni siquiera los elementos esenciales del mismo ⁴”.

El contrato de 20 de Febrero de 2006 contiene una promesa de contrato en razón a que consta por escrito, y en él se determina el contrato que es objeto de la promesa y se fija la fecha para su celebración. Aparte de la consideración de si se trató de un pacto verdaderamente deseado por las partes.

En el mencionado precontrato se estableció que el contrato objeto de la promesa se celebraría dentro de los 10 días calendario a partir de la fecha en que se hayan surtido eficazmente los procedimientos estatutarios y de ley para habilitar la indicada capitalización.

La forma en que se pactó la fecha de celebración del contrato prometido no es indeterminada. La condición referida al cumplimiento de los procedimientos estatutarios para la negociación de acciones, implicaba que Alejandro De Lima debía ofrecer sus acciones de acuerdo con la regulación estatutaria del derecho de preferencia y que los accionistas y la sociedad autorizaran la transferencia de acciones a favor de AGROCALIMA S.A., y que después de cumplida esta condición el contrato prometido debía celebrarse dentro de los diez días siguientes. La condición anterior, que es mixta, de acuerdo con el artículo 1534 del C. Civil, en cuanto ella dependía de la voluntad de Alejandro De Lima y de los titulares del derecho de preferencia, es válida, pues la ley entiende que en consideración a que el cumplimiento de una condición, por ser un acontecimiento futuro e incierto, no puede tener una fecha prefijada, ha previsto esta situación fijando un límite de dos años para su cumplimiento de acuerdo con el artículo 119 del C. de Co., que se aplica por analogía a la promesa de contrato. Dada la incertidumbre de la época en que se cumpliría la condición, se considera válida la estipulación contenida en el contrato de Febrero 20 de 2006 de celebrar el contrato prometido diez días después de su cumplimiento.

La promesa de contrato no es un medio para que se efectúe la tradición de los bienes que serán objeto del contrato prometido. Esta tradición solo se efectúa cuando se celebra el respectivo contrato de venta, que es el prometido por los contratantes. Prometer una enajenación, a título de venta, no es una enajenación. La promesa tiene trascendencia y efectos hacia el futuro; el contrato, objeto de la promesa, es el acto que se cumple en tiempo presente, o sea al vencimiento del plazo que se haya pactado en la promesa. La promesa tiene efectos transitorios, y el contrato tiene efectos definitivos. La promesa, después de que ella se cumple,

⁴ JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR, “*Contratos mercantiles*”, Tomo I, segunda edición. Medellín: Diké (1988), p. 87.

cesa en sus efectos. El contrato prometido, después de que se celebra, tiene efectos definitivos futuros de carácter obligacional entre las partes.

La diferencia entre la promesa y el contrato prometido ha sido determinada por la Corte Suprema de Justicia en estos términos: “...no puede identificarse el contrato de promesa de venta con el contrato prometido en ella, pues del primero no surgen para las partes, naturalmente, sino la obligación de otorgar la escritura contentiva del contrato prometido. En cambio, las obligaciones de efectuar la tradición del inmueble por parte del prometiente vendedor y la de pagar su precio, a cargo del prometiente comprador, nacen a la vida jurídica en virtud del contrato de venta y no del contrato de promesa.”⁵.

El Tribunal concluye que el contrato celebrado por medio del documento de 20 de Febrero de 2006, contiene en apariencia una promesa de contrato, pero ratifica que éste no sería el medio contractual jurídicamente efectivo y válido para que se efectuara realmente la tradición de las acciones que Alejandro De Lima tenía en AGROCUENCA S.A.

9.2. CONTRATOS CELEBRADOS ENTRE ALEJANDRO DE LIMA Y AGROCALIMA S.A.

El Tribunal hace una breve descripción de los contratos celebrados entre Alejandro De Lima y AGROCALIMA S.A. o celebrados por el primero como accionista de AGROCALIMA S.A., para precisar las negociaciones que en apariencia existieron entre las partes y analizar más adelante la existencia, validez y efectividad de los diferentes actos jurídicos ejecutados por ellas y que son objeto de las pretensiones de la demanda.

9.2.1. Contrato o convenio mediante el cual Alejandro De Lima vendió en apariencia a AGROCALIMA la totalidad de sus acciones en AGROCUENCA, inscritas en el Libro de Registro de Acciones de AGROCUENCA con base en la autorización que para esa venta le dio la Asamblea General de Accionistas de 20 de Febrero de 2006.

9.2.2. Después de la supuesta venta anterior, en Marzo de 2006 Alejandro De Lima suscribió la cantidad de 5.395 acciones de AGROCALIMA S.A. por un valor total de \$ 107.895.000, valor nominal de \$1.000.00 más una prima en colocación de acciones de \$19.000.00, suma que se debió en la cuenta No. 238095 de la contabilidad de AGROCALIMA, teniendo en esta forma una participación accionaria de 15.9 % sobre un total de 35.249 acciones. Como consecuencia de

⁵ Sentencia de 23 de mayo de 1988.

esta operación Alejandro De Lima quedó adeudando el valor total de esta suscripción de acciones.

9.2.3. Compra de acciones en AGROCALIMA S.A. por parte de Alejandro De Lima. El 13 de Marzo de 2006 Alejandro De Lima compró 3.417 acciones de la sociedad AGROCALIMA S.A., compra que hizo a José Felipe De Lima 925 acciones, a Claudia Bettin Diago 997 acciones, a Juan Pablo De Lima Bettin 627 acciones, a Laura De Lima Bettin 627 acciones y a Virginia Böhmer Rengifo 241 acciones. Con esta compra adicional de acciones, Alejandro De Lima aumentó su participación accionaria del 15.3% al 25% en AGROCALIMA, o sea 8.812 acciones sobre un total de 35.249 acciones. (Dictamen pericial página 14).

CAPÍTULO X

REUNIÓN DE LA ASAMBLEA GENERAL DE ACCIONISTAS DE AGROCUENCA S.A. DE 20 DE FEBRERO DE 2006.

En el Acta número 15 de 20 de Febrero de 2006 de la Asamblea General de Accionistas de AGROCUENCA S.A., consta lo siguiente:

- A) En la Asamblea estuvo representado el 99.119% de las acciones en poder de los accionistas sin incluir las acciones propias readquiridas por la sociedad AGROCUENCA S.A. con las cuales se formaría el 100% de las acciones.
- B) El Gerente de AGROCUENCA S.A. José Felipe De Lima puso en consideración *“el ofrecimiento por parte del señor Alejandro De Lima Böhmer para vender setenta y nueve millones setecientos setenta y cinco mil diez (79.775.010) acciones, que posee actualmente a valor nominal más las veintiocho millones doscientas ocho mil ciento siete (28.208.107) acciones que acaba de adquirir según se señaló en el numeral anterior.”* (Punto 12 del Orden del Día).
- C) *“Acto seguido la sociedad y todos los socios a excepción de la sociedad AGROCALIMA S.A. SOCIEDAD CIVIL, renuncian a ejercer su derecho de preferencia sobre las acciones que el accionista ofrece, manifestando que no están interesados. Por lo tanto, la accionista interesada quien en uso de su derecho, manifiesta que desea adquirir la totalidad de las acciones ofrecidas, propuesta que se aprueba por unanimidad de todos los socios. En consecuencia, se aprueba por unanimidad, que sea la sociedad AGROCALIMA S.A. SOCIEDAD CIVIL, en su calidad de accionista de la*

sociedad AGROCUENCA S.A. SOCIEDAD CIVIL quien adquiriera la totalidad de las acciones ofrecidas por el socio ALEJANDRO DE LIMA B.” (Punto 12 del Orden del Día).

12.1. Inscripción de la venta de acciones de Alejandro De Lima a favor de AGROCALIMA S.A.

En el dictamen pericial consta que “AGROCALIMA S.A. en Febrero 20 de 2006 “compra 107.983.117 acciones” de AGROCUENCA S.A., según Acta de Asamblea Ordinaria No. 15 de AGROCUENCA S.A., y que como consecuencia de esta venta se expidió el título número 072 (respuesta a la pregunta ii página 4).

El precio de la venta fue la suma de \$107.983.117, a razón de \$1.00 cada acción, o sea por su valor nominal. Sobre este punto el perito dictaminó que *“en la cuenta contable de acreedores varios #238095 de AGROCALIMA S.A. en febrero de 2006, con el comprobante HR-00021 se acreditó por un valor de \$107.983.117 con el detalle “compra de 107.983.117 acciones de AGROCUENCA a valor nominal \$1.00 a Alejandro De Lima...”* (Respuesta a la pregunta 11 Dictamen principal y respuesta a la pregunta 8 del complemento del dictamen).

12.2. Suscripción de acciones de AGROCALIMA S.A. por parte de Alejandro De Lima.

Después de la venta anterior, en Marzo de 2006 Alejandro De Lima suscribió la cantidad de 5.395 acciones de AGROCALIMA S.A. por un valor total de \$107.895.000 que se debitó en la cuenta #238095 de la contabilidad de AGROCALIMA, teniendo una participación accionaria del 15.3% sobre un total de 35.249 acciones. Como consecuencia de esta operación, Alejandro De Lima quedó adeudando el valor total de esta suscripción de acciones. En el dictamen pericial se dice lo siguiente sobre este punto:

“La suscripción de 5.395 acciones de Alejandro De Lima se debitó a la cuenta #238095 (acreedores varios-otros), mediante documento AJ-0034, con el concepto cruce de cuentas por venta de acciones por un valor de \$107.895.000.” (Respuesta a la pregunta 8 del complemento del dictamen).

El valor total de las 5.395 acciones suscritas por Alejandro De Lima en AGROCALIMA S.A. por un valor total de \$107.900.000 se descompone así: la suma de \$5.395.000 valor nominal de las acciones a razón de \$1.000 cada una, y la suma de \$102.505.000 valor de la prima en colocación de acciones a \$19.000 por acción.

En el complemento del dictamen pericial, respuesta a la pregunta 8, se conceptúa lo siguiente:

“En resumen, el documento contable AJ-0034 de marzo de 2006 tiene un valor total de \$223.520.000 que se desglosa así:

“5.395 suscritas por Alejandro De Lima:

“ - Prima en colocación de acciones, \$19.000/acción: \$102.505.000

“5.781 acciones suscritas por Felipe De Lima:

“ - Prima en colocación de acciones, \$19.000/acción:

\$109.839.000

“ Valor nominal del total de acciones suscritas por los 2 hermanos:

“ – (11,176 acciones a \$1.000 cada una): \$

11.176.000

Total nota AJ-0034 \$223.520.000

Es necesario aclarar que en la respuesta a la pregunta 8 del dictamen complementario, página 11 y 12, hay dos valores por concepto de las acciones suscritas por Alejandro De Lima en AGROCALIMA, uno de \$107.895.000 y otro de \$107.900.000. Al final de la respuesta a la pregunta iii), página 34 del dictamen principal, hay una nota aclaratoria que dice: “La nota AJ00334 de marzo 6 de 2006 tiene un valor de \$223.520.000. Las acciones son: Alejandro 5.395 y Felipe 5.781 a \$20.000 c/u, sin embargo en dicha nota hay un crédito a nombre de Alejandro de \$107.895.000 cuando debería ser \$107.900.000.”

La existencia de dos débitos, uno derivado de la venta que de sus acciones en AGROCUENCA hizo Alejandro De Lima a favor de AGROCALIMA S.A., y otro derivado de la suscripción de acciones en AGROCALIMA que hizo Alejandro De Lima, dio lugar a que estas dos cuentas se cruzaran o compensaran en la contabilidad de AGROCALIMA, como así lo dice el perito en su dictamen complementario, respuesta a la pregunta 2, página 2:

“El detalle de cómo adquirió Alejandro De Lima el 2 de marzo de 2006, 5.395 acciones suscritas por AGROCALIMA S.A. (sic) está explicado en la respuesta a la pregunta número 6 (página 14 del dictamen), en la cual se confirma el valor de \$20.000 por acción suscrita, para un total de \$107.900.000. Hago una complementación en esta respuesta explicando que Alejandro De Lima compra esta suscripción mediante pago en especie, ya que la cuenta acreedores varios de AGROCALIMA S.A. en Febrero de 2006, con comprobante contable HR-00021, se acredita por un valor de \$107.983.117 con el detalle “compra de 107.983.117 acciones de AGROCUENCA a valor nominal de \$1.00 a Alejandro De Lima”, que cruza con un debito de \$107.895.000, en el documento contable AJ-00334.”

CAPÍTULO XI

LA ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN

11.1. LA ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN PREVISTA EN LA LEY.

Previamente al examen de las pretensiones de la demanda, el Tribunal hace referencia a la acción de impugnación por considerar que ella tiene una relación esencial con el ejercicio de las acciones de nulidad absoluta e ineficacia para determinar si ella impide o no el ejercicio del derecho de acción contenido en las pretensiones de la demanda.

La impugnación es un derecho que la ley le confiere a los socios ausentes o disidentes, incluyendo los administradores y los revisores fiscales, para que estos, utilizando el medio procesal previsto en la ley, puedan objetar, contradecir y refutar los actos y decisiones de los órganos sociales con el fin de que estos se anulen, se revoquen o se modifiquen o se reconozca su ineficacia. Es un derecho subjetivo que tiene el poder de ejercer un control sobre los actos sociales cuando estos violen la ley o los estatutos, que se ejerce a través de la acción de impugnación autorizada y regulada en el artículo 191 del C. de Co. en los siguientes términos:

“Los administradores, los revisores fiscales y los socios ausentes o disidentes podrán impugnar las decisiones de la asamblea o de la junta de socios cuando no se ajusten a las prescripciones legales o a los estatutos.”

“La impugnación solo podrá ser intentada dentro de los dos meses siguientes a la fecha de la reunión en la cual sean adoptadas las decisiones, a menos que se trate de acuerdos o actos de la asamblea que deban ser inscritos en el registro mercantil, caso en el cual los dos meses se contarán a partir de la fecha de la inscripción.”

El medio procesal previsto para la acción de impugnación es el regulado por el artículo 408, numeral 6°, del C.P.C., proceso abreviado (hoy verbal) en el cual se tramitarán y decidirán la “impugnación de actos o decisiones de asambleas de accionistas, y de juntas directivas o de socios, de sociedades civiles o comerciales, cuando con ellos se contravenga la ley o los estatutos sociales, y la correspondiente indemnización.” El artículo 421 del C.P.C. confirma que la demanda de impugnación “solo podrá proponerse dentro de los dos meses siguientes a la fecha del acto respectivo” o de la inscripción en el registro mercantil, y autoriza la suspensión del acto impugnado como medida cautelar.

Las sanciones establecidas en la ley que puedan invocarse contra las decisiones de los órganos sociales son la ineficacia, la nulidad absoluta y la inoponibilidad.

11.2. LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN.

La ley ha establecido un plazo de dos meses para el ejercicio de la acción de impugnación contra las decisiones de los órganos sociales de una sociedad, que tiene la calidad de un plazo de caducidad, pues si no se hace uso de la acción durante su vigencia, se extingue la acción y con ella el derecho a impugnar esas decisiones. Se trata de un plazo breve con la finalidad de que los actos sociales, sobre los cuales existan discrepancias entre los socios sobre su legalidad, deben ser definidos en un breve término por razón de la actividad dinámica del trato comercial, en la que debe existir una seguridad y estabilidad jurídica de los actos societarios en cuanto estos puedan afectar a los socios y a los terceros.

CAPÍTULO XII

LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO VERBAL DE VENTA DE LAS ACCIONES CELEBRADO ENTRE ALEJANDRO DE LIMA Y AGROCALIMA S.A.

12.1. LA NULIDAD ABSOLUTA EN EL DERECHO COMERCIAL.

La nulidad absoluta está definida en el artículo 899 del Código de Comercio así:

“Sera nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos:

- 1º) Cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa.
- 2º) Cuando tenga causa u objeto ilícitos, y
- 3º) Cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz.

La nulidad absoluta del Código de Comercio se diferencia de la prevista en el Código Civil (art. 1741) en que en aquella se omite como causal de nulidad las formas solemnes sustanciales requeridas para el valor de ciertos actos o contratos, que en el Código de Comercio es una causal de inexistencia del negocio jurídico (artículo 898).

12.2. CAUSALES DE NULIDAD ALEGADAS EN LA DEMANDA.

En la demanda de la parte convocante se alegan como causales de nulidad absoluta del contrato verbal de venta de acciones los hechos Octavo a Décimo Séptimo, que se refieren a la violación de la ley y los estatutos con relación a la reunión ficticia de la asamblea del 20 de Febrero de 2006, sin convocatoria y sin quórum para decidir, a la falta de oferta escrita de acciones a favor de la sociedad AGROCUENCA S.A., a la inscripción de la venta de acciones de Alejandro De Lima sin orden escrita de este ni endoso de los títulos de las acciones y al derecho de preferencia pactado en los estatutos de esta sociedad.

12.3. LA ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN.

Las violaciones a la ley o a los estatutos que se invocan en la demanda sobre la reunión de la asamblea de AGROCUENCA S.A. y sobre las decisiones tomadas en ellas, de acuerdo con los hechos descritos en la demanda, constituyen el fundamento o la causa de la acción de nulidad absoluta del contrato verbal de venta de acciones que hizo Alejandro De Lima a la sociedad AGROCALIMA S.A.

Los hechos que se han aducido como causal de nulidad absoluta del contrato verbal de venta de acciones, que según la parte convocante constituyeron violaciones a la ley y los estatutos, debieron ser objeto de la acción de impugnación, regulada por el artículo 191 del C. de Co. para que en el proceso abreviado (artículo 408 numeral 6 del C.P.C.) se controvirtieran las decisiones de la asamblea de accionistas de AGROCUENCA S.A.

Si la sociedad AGROCUENCA S.A. consideraba que se habían afectado o lesionado sus intereses por violación del derecho de preferencia, o si la asamblea de accionistas se reunió en forma irregular sin la observancia de los requisitos legales, su administrador o su revisor fiscal, o cualquier socio ausente o disidente, debió acudir a la jurisdicción ordinaria para demandar la nulidad de las decisiones tomadas en la asamblea del 20 de Febrero de 2006, para definir por la vía judicial si la asamblea se reunió en forma ficticia, o no fue convocada en forma legal, o se violó el derecho de preferencia en la negociación de acciones, y anular las decisiones adoptadas por esta asamblea.

La parte convocante, que invoca la nulidad del contrato verbal de venta de acciones de Alejandro De Lima a la sociedad AGROCALIMA S.A., tenía el derecho de impugnar los actos y decisiones de la asamblea de AGROCUENCA S.A. que fueran violatorios de la ley o los estatutos, derecho que le otorgaba el artículo 191 del C. de Co., y cuyo ejercicio a través de la acción de impugnación, en el plazo de dos meses contados a partir de la fecha de la asamblea, le daba legitimación suficiente para pedir la nulidad absoluta de los actos sociales.

El Tribunal considera que cuando se invocan hechos y decisiones del órgano social que constituyen una causal de nulidad absoluta del contrato verbal de venta de acciones, y esos hechos y decisiones están sometidos, por disposición legal, a que se controvertan en una acción de impugnación, esta debe agotarse previamente para poder accionar con la pretensión de la nulidad absoluta en el proceso arbitral, como se demuestra en las consideraciones siguientes.

12.4. LA CADUCIDAD POR NO EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN.

No se ha acreditado en el proceso que se hubiera ejercido la acción de impugnación prevista en las normas legales antes citadas, tanto por los administradores de la sociedad AGROCUENCA S.A. como por Alejandro De Lima

o por los demás accionistas, en relación con la convocatoria y celebración de la Asamblea así como la validez o invalidez de los actos adoptados por la Asamblea entre los cuales estaba el relativo al derecho de preferencia.

El objeto de la acción de impugnación es darle al accionista inconforme la oportunidad de acudir a un medio procesal para que se anule el acto social que lesiona sus derechos por violación de la ley o los estatutos, y que ese derecho se haga efectivo en un breve término de dos meses para que las decisiones sociales no queden a la libre controversia de los litigantes ni se extienda por tiempo indefinido la inestabilidad jurídica de los actos sociales. Las actividades comerciales de las sociedades requieren de acciones legales, como la de la impugnación, para garantizar la seguridad jurídica de las decisiones contenidas en un acto societario, en razón a que, según lo dice GABINO PINZÓN ⁶, “estas acciones de impugnación constituyen evidentemente medidas de protección de los socios, pero no deben estar por mucho tiempo al alcance de quienes quieran proponerlas, con el fin de que no degeneren en un factor de inseguridad y hasta desorden en la vida de una compañía comercial. Porque es necesario que se consoliden en poco tiempo las situaciones creadas con la actividad colectiva de los socios en forma de asamblea general”.

El no ejercicio de esta acción dentro del plazo de dos meses previsto en la ley, tiene el efecto de que se opera el fenómeno jurídico de la caducidad de la acción, y con ella se convalidan las reuniones de la Asamblea y los actos y decisiones societarios que se hayan adoptado en ella, pues debe entenderse que los administradores, los revisores y los accionistas han consentido en la validez de esos actos, como consecuencia de su decisión de no impugnar lo que después no pueden calificar como inválido o nulo.

Sobre la naturaleza de la caducidad ha dicho la Corte Suprema de Justicia ⁷:

“La caducidad en concepto de la doctrina y la jurisprudencia, está ligada con el concepto extintivo en sus especies de perentorio e improrrogable; el que vencido la produce sin necesidad de actividad alguna ni del juez ni de la parte contraria. De ahí que pueda afirmarse que hay caducidad cuando no se ha ejercitado un derecho dentro del término que ha sido fijado por la ley para su ejercicio (...) el fin de la caducidad es preestablecer el tiempo en el cual el derecho puede ser útilmente ejecutado (...) en la caducidad se consideran únicamente el hecho

⁶ GABINO PINZÓN, “*Sociedades Comerciales*”, Bogotá: Temis (1982) p. 182.

⁷ Sentencia de 19 de noviembre de 1976.

objetivo de la falta de ejercicio dentro del término prefijado, prescindiendo de la razón subjetiva, negligencia del titular, y aun la imposibilidad de hecho.”

La falta de impugnación de las decisiones tomadas en la Asamblea de 20 de Febrero de 2006 tiene el efecto de que esas decisiones son válidas y obligan *prima facie* a la sociedad y a los accionistas, pues si estos no las impugnaron, esta omisión significa que las aceptaron. En la medida en que las decisiones adoptadas representen actos reales, obligarán en la forma y en el fondo.

12.5. LA ASAMBLEA GENERAL DE ACCIONISTAS DE AGROCUENCA S.A. DE FEBRERO 20 DE 2006.

En la demanda de la parte convocante se afirma que el 20 de Febrero de 2006 “ficticiamente se reunió la asamblea de accionistas de esta compañía”, y que en esta asamblea “se habrían pretermitido los artículos 186 y 185 del Código de Comercio, puesto que no hubo convocatoria previa y se habría sesionado sin el quórum respectivo.”

Las decisiones que se adopten en las asambleas de accionistas en las que se violen las normas sobre convocatoria o la reunión en el domicilio social o la falta de quórum, son vicios que pueden generar la ineficacia o la nulidad, que da origen a la acción de impugnación de los actos sociales que la ley le otorga a los administradores, los revisores fiscales y los socios ausentes o disidentes, de conformidad con los artículos 186, 190 y 191 del Código de Comercio.

Sin embargo, el artículo 426 del mismo Código, que es de aplicación preferente, establece la excepción a la regla general anterior, en el sentido de autorizar la reunión de la asamblea de accionistas sin previa convocatoria y en cualquier sitio, “cuando estuviere representada la totalidad de las acciones suscritas.” En el Acta número 15 consta que en la reunión de la asamblea de accionistas de AGROCUENCA S.A. estuvieron representados la totalidad de los accionistas, con excepción de las acciones de esta sociedad cuyos derechos estaban en suspenso, con lo cual se cumple el requisito de la norma anterior.

Si la reunión de la asamblea fue ficticia, o si no se hizo la convocatoria en la forma legal o si no existió quórum para decidir o si la reunión se efectuó en sitio diferente al domicilio social, debió existir una o varias manifestaciones disidentes o inconformes expresadas en la misma reunión de la asamblea, para quedar habilitados como socios disidentes para impugnar las respectivas decisiones que fueron violatorias de la ley o de los estatutos. Sin embargo, esto no aparece en el texto del Acta número 15 de la Asamblea de AGROCUENCA S.A.

Si la reunión fue ficticia y, por lo tanto, el Acta número 15 es falsa, debe tenerse en cuenta que el Acta fue aprobada en la misma reunión, y que esta fue firmada

por el convocante Alejandro De Lima B., como Presidente, y Samira Ibrahim como Secretaria. Estas circunstancias determinan que el Acta número 15 de Febrero 20 de 2006 se presume auténtica, por haberse reunido los requisitos antes mencionados, de conformidad con el artículo 189 del Código de Comercio que establece que las actas son “prueba suficiente de lo que conste en ellas, mientras no se demuestre la falsedad de las copias o de las actas”, en concordancia con el artículo 252 del CPC que presume auténticos los libros de comercio debidamente registrados y llevados en legal forma.

Desde la fecha de la reunión de la asamblea de AGROCUENCA S.A., el 20 de Febrero de 2006, han transcurrido casi cinco años hasta la fecha de la presentación de la demanda, sin que se hubiera ejercido la acción de impugnación en el plazo de caducidad de dos meses. La falta de ejercicio de esta acción en el plazo mencionado genera la caducidad de la acción, con los efectos que se han indicado antes.

El Tribunal considera que el Acta número 15 de Febrero 20 de 2006, por no haber sido impugnada en el término de caducidad y por no estar acreditada la falsedad de la misma, es válida. Todas las decisiones reales y verdaderas tomadas en la reunión correspondiente, son en consecuencia válidas.

12.6. LOS EFECTOS DE LA FALTA DE IMPUGNACIÓN Y LA ACCIÓN DE NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO DE VENTA DE ACCIONES Y LA VIOLACIÓN DEL DERECHO DE PREFERENCIA.

Cuando en la demanda se alega que no hubo oferta escrita de acciones de Alejandro De Lima, que no hubo traslado de ella a la sociedad AGROCUENCA S.A. y a los demás accionistas, y que con estos actos se violó la norma imperativa del artículo 403, numeral 2º, del C. de Comercio y los estatutos de la sociedad sobre el derecho de preferencia, se llega a la conclusión de que la acción de nulidad absoluta se fundamenta en la invalidez de la Asamblea y de las decisiones tomadas en ella sobre el derecho de preferencia.

La situación jurídica que surge de lo anterior conduce al análisis y evaluación jurídica para determinar si los hechos que afectan la validez de la Asamblea y el ejercicio del derecho de preferencia, pueden invocarse como fundamento de la acción de nulidad absoluta en este proceso a pesar de que no haberse ejercido la acción de impugnación prevista en los artículos 191 del C. de Comercio y 408, numeral 6º, del C.P.C.

El Tribunal considera que si la ley les da a los administradores de la sociedad y a los accionistas el derecho de ejercer un acto impeditivo de la caducidad de dos meses para objetar, rebatir y contradecir la validez de una asamblea en cuanto a

su convocatoria y celebración, o el cumplimiento de los requisitos del derecho de preferencia en la negociación de acciones, el no ejercicio del derecho de impugnación de estos actos societarios tiene efectos jurídicos definitivos derivados de la caducidad de la acción. El juez no puede desconocer ni modificar o cambiar esos actos realizados por la sociedad y sus accionistas de no ejercer las acciones que les da la ley, pues está en la obligación legal de reconocerlos con el efecto jurídico que la ley le otorga a la caducidad, porque, como dice GABINO PINZÓN, “es necesario que se consoliden en poco tiempo las situaciones creadas con la actividad colectiva de los socios en forma de asamblea general”.

La demanda de nulidad absoluta del contrato verbal no habilita al Tribunal para ignorar si se impugnó o no la asamblea de accionistas y el derecho de preferencia. Si ello se ignora, esto significa que se está desconociendo el efecto legal de la caducidad de la acción de impugnación, o sea que se le da nueva vida jurídica a la acción que estaba caducada para revestir al demandante en este proceso del derecho de impugnar nuevamente los actos relativos a la reunión de la asamblea y al derecho de preferencia. Si no se ignora, se deben aplicar los efectos de la caducidad de la acción, que impide que en otro proceso se controvierta lo que debió hacerse dentro del proceso de impugnación.

El derecho a impugnar decisiones de actos sociales es un derecho subjetivo que puede ser ejercido o no; pero esto no significa que si no se ejerce ese derecho, este continúa vigente; y que si continúa vigente, se conserva la titularidad de la impugnación para que en una nueva acción se controviertan y decidan los actos sociales que no fueron impugnados. Una interpretación de esta naturaleza llevaría a la conclusión de que el derecho y la acción de impugnación no pierden su vigencia ni sus efectos a pesar de que exista un plazo de caducidad para su ejercicio, y que el titular del derecho caducado tiene el poder legal de renacerlo jurídica y procesalmente a través de otra acción. La ley no ha establecido que los efectos de la caducidad sean de esa naturaleza, ni que la falta de ejercicio de la acción de impugnación pueda ser suplida o reemplazada por otra para que en esta se discuta y se decida una controversia que no se hizo en la oportunidad legal. Si no se efectúa el acto impeditivo de la caducidad mediante la impugnación de los actos sociales, la ley le niega al impugnante todas las vías para acceder a la jurisdicción. Entendida, desde luego, la salvedad de la acción que trate de enervar la existencia misma de los actos o decisiones.

La falta de impugnación por parte de los administradores de la sociedad AGROCUENCA S.A. y/o de Alejandro De Lima impide que estas personas pretendan ejercer otras acciones distintas a la impugnación de los actos sociales

de la asamblea de AGROCUENCA S.A., pues en opinión del Consejo de Estado ⁸ “... el inconforme con una decisión de la asamblea o junta de socios tiene la carga procesal de impulsar el litigio en ese plazo de dos meses establecido en la ley, y de no hacerlo en tiempo, perderá la posibilidad de accionar ante la jurisdicción o ante la superintendencia para controvertirlo y hacer efectivo su derecho por la ocurrencia de la caducidad, sanción prevista ante la inactividad de su titular o por ejercicio tardío y extemporáneo con la finalidad de dotar –como se indicó- de estabilidad y seguridad jurídica las determinaciones sociales, las cuales no pueden quedar expuestas al vaivén de la voluntad individual de los socios, administradores o revisores fiscales eventualmente inconformes, ni sujetas a una larga y latente pendencia de un eventual litigio, dado que el tráfico mercantil exige celeridad, confianza y certeza en las actividades y el desenvolvimiento de las relaciones externas e internas de la sociedad (...) De ahí que, subraya y advierte la Sala, para impugnar los actos o decisiones de asamblea no es posible desconocer los cauces que el ordenamiento jurídico estableció para reclamar en juicio estos asuntos (procedimiento abreviado ante los jueces ordinarios o administrativos o verbal sumario ante la Superintendencia de Sociedades), como tampoco se puede soslayar el término indicado para el efecto por la ley, mediante el ejercicio de acciones o vías diferentes, como sería acudir en acción ordinaria a la jurisdicción o ante la justicia arbitral, con el propósito de eludir y esquivar la acción de impugnación, con una grave alteración de la competencia y jurisdicción que la ley establece”.

La acción de impugnación de las decisiones de los órganos sociales es la única acción que ha previsto la ley para anularlas en el plazo de caducidad. No hay otras acciones posibles a las cuales se pueda acceder para someter a la controversia judicial los mismos hechos que podrían ser debatidos y decididos en el trámite de la acción de impugnación. La ley es la que determina y regula el derecho de acción, y cuando esta se encuentra sometida en su ejercicio a un plazo de caducidad, su no ejercicio extingue el derecho y con este todas las acciones posibles. Con excepción, se reitera, de aquellas causas que busquen la declaratoria de inexistencia de los actos por motivos de superior consideración, como los que miran a la veracidad misma de las decisiones.

El profesor GABINO PINZÓN ⁹ comenta los efectos de la caducidad con estas palabras:

⁸ Sentencia de 19 de agosto de 2009.

⁹ GABINO PINZÓN, “*Sociedades Comerciales*”, 5ª edición, Volumen I, p.199.

“Por lo demás, es importante aclarar que, al cabo de los dos meses indicados en el artículo 191 del Código de Comercio, no se produce una simple caducidad de la acción –considerada en su aspecto procesal-, sino una extinción del derecho y de la acción derivada de tal derecho, en su sentido substancial. Esta extinción del derecho mismo se opone, por sustracción de todo interés jurídico, a cualquier acción o excepción fundada en ese ya inexistente derecho. En otras palabras, al vencimiento de los dos meses del término indicado en el artículo 191 del Código de Comercio, se produce una verdadera prescripción extinción del derecho a impugnar una decisión de la asamblea general; es decir, se extingue la acción que tienen las personas facultadas para impugnar sus decisiones, como consecuencia de la extinción del derecho a formular la impugnación del caso. No hay, pues, vía alguna legal procedente después del vencimiento del término indicado. Como ya se dijo, el orden en la vida de los negocios resulta incompatible con la inestabilidad y la consecencial inseguridad que podría causar la posibilidad de impugnar los acuerdos de un asamblea durante un tiempo mayor, como ocurría en el derecho anterior, en el cual las acciones de nulidad de esta clase estaban sujetas a la tramitación propia de un interminable juicio ordinario”.

La Corte Suprema de Justicia ¹⁰ comparte la anterior tesis en los términos siguientes:

“Para ser más exactos, la caducidad extingue el derecho, y por ende, la acción por el simple paso del tiempo, al no hacerse valer dentro del plazo legal perentorio, esto es, basta el dato objetivo del transcurso del último día del término para generar el efecto jurídico consecuencia de la pérdida *ex tunc*. O en otras palabras, la extinción del derecho por el transcurso del plazo para su ejercicio, implica la extinción de la acción”.

“De consiguiente, el efecto extintivo del derecho por caducidad, actúa al verificarse el plazo, *per se, ope legis, per ministerium legis*, en forma ineluctable y por disposición o mandato normativo expreso, de *ius cogens* e imperativo, al margen de la autonomía, decisión o querer del titular.”

“Por lo mismo, en línea de principio, es inadmisibles la posibilidad de promover un proceso posterior ante juez diferente con idéntica finalidad, es decir, el reconocimiento de un derecho para cuya reclamación el legislador estableció el trámite, el termino perentorio y consecuencias de inobservancia. En este evento, el derecho se somete no a prescripción, sino a caducidad, cuya consumación sin ejercerlo, como es lógico, comporta *per se* su extinción definitiva y comprende el

¹⁰ Sentencia de 28 de abril de 2011.

de las acciones respectivas. Es decir, la extinción del derecho por caducidad extingue todas las acciones para hacerlo valer.”

Pudiera alegarse que por tratarse de la nulidad de un contrato verbal de venta de acciones, es improcedente que se haga referencia a la acción de impugnación sobre el derecho de preferencia o a las demás irregularidades en la adopción de las decisiones de una asamblea, ya que este no es objeto de aquella nulidad. Esa diferencia es más formal que de fondo. El fundamento de hecho de la nulidad es la violación de la ley y los estatutos, porque se alega que se incumplió el derecho de preferencia al no haberse presentado oferta escrita de acciones y no haberse dado esta en traslado a la sociedad y sus accionistas, y porque a su turno este derecho está amparado por una norma legal de aplicación imperativa. Se está invocando y solicitando la declaración sobre la violación de este derecho de preferencia como causa de la nulidad del contrato. El estudio y la decisión sobre la acción de nulidad del contrato de venta de acciones no puede separarse de la causa que se invoca, pues sin esta aquella no existiría.

En sentencia de la Corte Suprema de Justicia ¹¹ se dijo lo siguiente:

“Así, bien vista esa motivación del recurso, aflora que la base de su disensión es contra lo decidido en la reunión de socios, cuestionamiento que, a decir verdad, pues para esos efectos vale decir, impugnación de actos o decisiones de asambleas y juntas directivas o de socios de sociedades civiles y comerciales, debe acudir al proceso abreviado, dentro de los dos meses siguientes a la fecha del acto o su registro, si este fuere necesario, de acuerdo con los artículos 408-6 y 421 del estatuto procesal”

“De esa manera, es totalmente improcedente abandonar los lindes del proceso abreviado, y más grave aún, escapar a los efectos deletéreos de la caducidad, para reclamar en juicio ordinario la nulidad de los actos de la junta de socios, y, como secuela de tal declaración, derivar la nulidad de la venta autorizada en la decisión colectiva. Justamente la caducidad de la impugnación de los actos sociales sirve al propósito de dotar de estabilidad las determinaciones sociales no impugnadas en oportunidad”.

El Tribunal considera que la acción de nulidad con base en la violación del derecho de preferencia, es procedente y viable jurídicamente cuando el demandante acredite que se ha ejercido la acción de impugnación ante la justicia ordinaria, por el procedimiento abreviado, en el plazo de dos meses contados a partir de la fecha del acto impugnado, y que el juez competente haya declarado

¹¹ Sentencia de 19 de diciembre de 2005.

que existió una violación del derecho de preferencia en la negociación de acciones. Sin esta etapa procesal previa, la nulidad absoluta no puede ser decretada por el Tribunal, ni este puede declarar que se ha violado el derecho de preferencia que ha sido solicitado en las pretensiones de la demanda.

CAPÍTULO XIII

LA ACCIÓN DE INEFICACIA

13.1. LOS FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN DE INEFICACIA.

La parte convocante solicita, en subsidio de la pretensión principal de nulidad absoluta del contrato verbal celebrado entre Alejandro De Lima y AGROCALIMA S.A., que se declare que este no produjo efectos entre las partes.

La anterior acción de ineficacia la sustenta la parte convocante en los hechos pertinentes que se han transcrito antes, o sea, en los hechos décimo octavo a vigésimo tercero, los cuales se resumen así:

- El artículo 807 del C. de Comercio que dispone que cuando se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho sin necesidad de declaración judicial.
- El artículo 407 del C. de Comercio que dispone que no surtirá ningún efecto la estipulación que contraviniera esta norma, que regula el derecho de preferencia.
- No existió oferta de acciones de Alejandro De Lima para traspasar las acciones que tenía en AGROCUENCA S.A.
- Las acciones de una sociedad anónima solo se pueden negociar libremente si no se ha estipulado el derecho de preferencia a favor de la sociedad, según el artículo 378 del C. de Comercio.
- El artículo 407 del C de Comercio y el artículo 11 de los estatutos de AGROCUENCA S.A. fueron violados con la celebración del contrato de venta de acciones por el cual Alejandro De Lima transfirió sus acciones en AGROCUENCA S.A. a favor de AGROCALIMA S.A., por lo cual se violó la parte final del artículo 407 que hace ineficaz cualquier estipulación que violare esta norma.

13.2. LA INEFICACIA DEFINIDA EN LA LEY.

De acuerdo con el artículo 897 del C. de Co. la ineficacia está definida así:

“Cuando en este Código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial.”

La ineficacia es una sanción que la ley establece para determinados actos que están expresamente definidos en el Código de Comercio. Se trata de ineficacias

singulares, definidas por el legislador con un criterio casuista, para casos particulares específicos y sin que ellas obedezcan a una regulación legal, de carácter general, que contenga los motivos o las causas que generan la ineficacia de un acto jurídico o de un contrato. Esto significa que la ineficacia no puede aplicarse fuera de los casos expresamente determinados por la ley.

La otra característica de la ineficacia es que no requiere declaración judicial, lo cual quiere decir que ella se produce en forma automática.

13.3. LA INEFICACIA SEGÚN LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA.

La ineficacia se describe jurisprudencialmente en los siguientes términos:

“Esta ineficacia ostenta tipicidad legal rígida, es de derecho estricto, presupone norma o texto expreso, claro e inequívoco (“cuando en este código se exprese”), aplica en los casos taxativos previstos por la ley, es restringida, restrictiva, excepcional, excluye la analogía legis o iuris, aplicación e interpretación extensiva, no admite generalización ni extensión al regularse en normas imperativas, es drástica, per se e inmediatamente al acto, sin declaración judicial, aun cuando las controversias en torno a su procedencia, supuestos fácticos u ocurrencia o la solución de las situaciones jurídicas contrahechas al margen de la ineficacia la requieren ¹²”.

DÍEZ PICAZO afirma: “Si por sanción entendemos la reacción del ordenamiento jurídico ante una infracción se comprende enseguida por qué la ineficacia se sitúa dentro del repertorio de sanciones que el orden jurídico aplica al negocio jurídico irregular. La irregularidad del negocio jurídico es una cierta disconformidad entre el negocio tal y como es previsto por el ordenamiento jurídico (tipo negocial) y el negocio jurídico tal y como ha sido realizado (negocio real, realidad negocial). Esta discrepancia entre la realidad y la tipicidad negocial entraña una infracción, puesto que, por hipótesis, la norma jurídica ordena el más perfecto ajuste entre ambas categorías ¹³”.

ENRIQUE GAVIRIA ¹⁴ expresa la siguiente opinión:

“No hay en el Código de Comercio causales generales de ineficacia, como si las hay para la nulidad y la inexistencia; existen por el contrario, un sinnúmero de ineficacias particulares, que no obedecen a ningún criterio uniforme y que han sido consagradas en la ley para castigar, en términos más severos y expeditos, las

¹² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia de Septiembre 8 de 2011.

¹³ LUIS DÍEZ PICAZO, “*Sistema de Derecho Civil*”, p. 533.

¹⁴ “*Lecciones de Derecho Comercial*”.

violaciones de normas cuyo contenido se ha considerado especialmente importante.”

13.4. LAS CAUSAS DE LA INEFICACIA.

Nuevamente la parte convocante invoca como fundamento de la ineficacia del contrato verbal de venta de acciones de Alejandro De Lima a la sociedad AGROCALIMA S.A. la violación del derecho de preferencia en cuanto este no se cumplió a favor de la sociedad AGROCUENCA S.A., con lo cual se infringió la ley y los estatutos de esta sociedad.

En la asamblea de accionistas de AGROCUENCA S.A. del 20 de Febrero de 2006, consta que Alejandro De Lima ofreció la totalidad de las acciones que poseía en esta sociedad, y que AGROCUENCA S.A. y los accionistas, excepto AGROCALIMA S.A., renunciaron al derecho de preferencia establecido en el artículo 11 de los estatutos de la sociedad, y que en virtud de esta renuncia la asamblea autorizó la transferencia de las acciones de Alejandro De Lima a la sociedad AGROCALIMA S.A.

En el acta correspondiente a la reunión del 20 de Febrero de 2006 aparece que estuvieron representados todos los accionistas de la sociedad, excepto las acciones readquiridas por AGROCUENCA S.A., y que esa Acta, que fue aprobada en la misma reunión, está firmada por Alejandro De Lima como presidente de la asamblea. La falta de convocatoria o de quórum o la celebración de una reunión ficticia, según los hechos de la demanda, no fueron materia de impugnación por parte de las personas que hubieran podido ejercer este derecho, por lo cual debe tenerse como cierta y válida la asamblea del 20 de Febrero de 2006.

El Tribunal ha analizado en este laudo el derecho de impugnación que tienen los accionistas y los administradores de la sociedad AGROCUENCA para que se declare la nulidad de las decisiones de la mencionada asamblea, con sus correspondientes efectos cuando no se ejerce ese derecho.

Teniendo en consideración que tanto en la pretensión de nulidad como en la de ineficacia se alega la violación del derecho de preferencia, el Tribunal confirma en su parte pertinente sus opiniones expresadas al analizar la procedencia y viabilidad de la acción de nulidad absoluta del contrato de venta de acciones, que son aplicables a la pretensión de ineficacia por violación del mencionado derecho.

En efecto, las personas facultadas por la ley para ejercer el derecho de impugnación de las decisiones de la asamblea de 20 de Febrero de 2006, no hicieron uso de este derecho mediante la respectiva acción de impugnación. Aunque aquí se trata de la ineficacia, que, según la ley, no requiere declaración judicial, esta procede en la acción de impugnación para controvertir los hechos

alegados por el impugnante y reconocer si hay o no ineficacia en las decisiones del órgano social, pues la existencia de una controversia entre las partes sobre determinadas situaciones de hecho exige un pronunciamiento del juez competente o de la Superintendencia de Sociedades, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia antes citada, “.....sin declaración judicial, aun cuando las controversias en torno a su procedencia, supuestos fácticos u ocurrencia o la solución de las situaciones jurídicas contrahechas al margen de la ineficacia la requieren.” O como dice ENRIQUE GAVIRIA “...hay casi siempre una apariencia de acto, una situación de hecho que debe destruir la autoridad judicial.”

De acuerdo con lo anterior, el Tribunal considera que la pretensión de ineficacia no puede prosperar para que se declare que el contrato verbal de venta de acciones de Alejandro De Lima a la sociedad AGROCALIMA S.A. no produce efectos, teniendo en cuenta que la causa de la ineficacia es la violación del derecho de preferencia alegada por la parte convocante, cuya impugnación es requisito previo para que tenga éxito la ineficacia o nulidad del contrato.

CAPÍTULO XIV

EL PRECIO VIL

14.1. LA VENTA DE ACCIONES DE ALEJANDRO DE LIMA A AGROCALIMA S.A.

Una de las pretensiones de la demanda es la declaración sobre la celebración del contrato verbal de venta de acciones que Alejandro De Lima tenía en AGROCUENCA S.A. El Tribunal procede a hacer el análisis de los hechos y sus pruebas para determinar si ese contrato se celebró.

En este proceso hay los siguientes antecedentes sobre la supuesta venta de acciones:

- Hay un documento de 20 de Febrero de 2006, denominado “Acuerdo Privado”, que contiene una promesa o precontrato, mediante el cual Alejandro De Lima y AGROCALIMA S.A. acordaron que aquel se comprometía a transferir a esta sociedad, vía capitalización, la totalidad de las acciones que poseía en AGROCUENCA S.A. en un plazo de diez días contados a partir de la fecha en que se cumplieran los procedimientos establecidos en los estatutos de la sociedad para la negociación de acciones.

- La asamblea de accionistas de AGROCUENCA S.A. se celebró el 20 de Febrero de 2006 y en ella Alejandro De Lima ofreció en venta sus acciones a la sociedad AGROCUENCA S.A. y los demás accionistas.
- Tanto la sociedad AGROCUENCA S.A. como los demás accionistas manifestaron que renunciaban al derecho de preferencia y en forma unánime se autorizó a Alejandro De Lima para que este vendiera a AGROCALIMA S.A. la totalidad de las acciones que poseía en AGROCUENCA S.A., según aparece en el Acta número 15 de 20 de Febrero de 2006.
- Se inscribió la transferencia de acciones en la misma fecha del 20 de Febrero de 2006 en el Libro de Registro de Acciones y se expidió un título de acciones a favor de AGROCALIMA S.A. (dictamen pericial, página 4, y declaración de Samira Ibrahim).
- En la contabilidad de AGROCALIMA S.A. se registró la compra de las acciones en los siguientes términos, según el dictamen pericial, página 20: “Los auxiliares por tercero de las cuentas por pagar de AGROCALIMA S.A. a favor de Alejandro De Lima muestran un abono realizado por concepto de las 107.938.117 acciones de AGROCUENCA S.A. entregadas a valor nominal de \$1 cada una en año 2006.” Y en el dictamen pericial complementario, página 2, se conceptúa: “...ya que la cuenta acreedores varios de Agrocalima S.A. en febrero de 2006, con comprobante contable HR-00021, se acredita por un valor de \$107.983.117 con el detalle **“compra de 107.983.117 acciones de Agrocuencia a valor nominal de \$1,00 a Alejandro De Lima”**.” (La negrilla es del dictamen).
- En el Libro de Registro de Acciones de AGROCUENCA S.A. aparece la inscripción efectuada el 20 de Febrero de 2006 de la “compra de 107.983.117 acciones” “según Acta de Asamblea Ordinaria No. 15 de esta misma fecha” y se agrega “se corrige la anotación anterior en el sentido de aclarar que la compra de las 107.983.117 acciones se realizó en su totalidad al señor Alejandro De Lima B.” (dictamen pericial, pag. 4).

De acuerdo con los hechos anteriores el supuesto contrato de compraventa no existió jurídicamente porque faltó en él uno de sus elementos esenciales como es el precio de la supuesta venta, que por ser irrisorio la ley lo considera como si no se hubiera pactado. Además el Tribunal observa que la inscripción de la supuesta venta se hizo en una forma irregular porque Alejandro De Lima no cumplió con las formalidades que establece el C. de Comercio para que la venta de acciones tenga efectos contra la sociedad y

terceros, como son la orden escrita del vendedor o el endoso del título de las acciones.

14.2. LA INEXISTENCIA DE LA VENTA DE ACCIONES Y EL PRECIO VIL.

14.2.1. EL PRECIO VIL.

En el contrato de compraventa, que pertenece a la clase de los contratos conmutativos, sus dos elementos esenciales son: a) el precio, y b) la cosa vendida, con las respectivas obligaciones de pagar el precio a cargo del comprador (artículo 947, C. de Co.), y de entregar la cosa vendida por parte del vendedor (artículo 922 del C. de Co.).

El precio de la venta, para que sea válido, debe ser serio, real y justo para que él pueda producir sus efectos jurídicos en los contratos conmutativos como el de compraventa. Un precio que no tenga esas condiciones y que sea ínfimo o desproporcionado en tal forma que lesione los intereses de la otra parte o excesivamente bajo, da origen a las siguientes consecuencias: Que el precio se tenga como no pactado por ser vil o irrisorio; y que el contrato sea inexistente, de acuerdo con los artículos 872 y 920 del C. de Co.

El contrato conmutativo está definido en el artículo 1498 así: “El contrato oneroso es conmutativo, cuando una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez.”

La Corte Suprema de Justicia ha expresado ¹⁵:

“En análogo sentido, los principios generales de las obligaciones y contratos establecen una fuerte limitación a la libertad de las partes en ese sentido. Así, ex artículo 872 del estatuto mercantil “Cuando la prestación de una de las partes sea irrisoria, no habrá contrato conmutativo”. Los contratos sinalagmáticos, conmutativos o de prestaciones correlativas, por su propia estructura funcional, deben guardar un mínimo de proporcionalidad entre las prestaciones asumidas por los distintos sujetos. Y si dicha relación no existe, porque la obligación de una de las partes contratantes es ínfima comparada con la de su contraparte, la situación se asimila a la que existiría si no se hubiera pactado dicha contraprestación.”

El precio vil se configura en este caso con los siguientes hechos:

- La supuesta venta de las acciones de AGROCUENCA S.A. de Alejandro De lima a AGROCALIMA S.A. en Febrero 20 de 2006, tuvo un precio registrado en la contabilidad de AGROCALIMA S.A. de \$1.00 por cada acción, según dictamen del perito.

¹⁵ Sentencia de Septiembre 8 de 2011.

- Cada una de las acciones de AGROCUENCA S.A., que fueron objeto de la venta anterior, tenía un valor patrimonial o intrínseco de \$62.1 en Febrero de 2006, de acuerdo con el dictamen pericial, página 10.
- De lo anterior se deduce que la venta de las acciones de Alejandro De Lima tuvo un precio sesenta y una (61) veces menos que su valor intrínseco o patrimonial.

No se requiere argumentación alguna para demostrar un hecho que por sí solo exhibe su condición de precio vil, estableciendo un gran desequilibrio en las prestaciones de las partes, que lleva a que se le califique como un precio exiguo, ínfimo, irrisorio. El precio únicamente puede producir efectos jurídicos como elemento esencial del contrato cuando su cuantía guarda la necesaria equivalencia entre las prestaciones, cuando es real y serio, y cuando él corresponde a la compensación justa que se paga por la cosa vendida. Pero en el evento de que no se cumplan esas reglas generales sobre el precio de la venta de un bien, y el precio que se paga llega a esos límites irrisorios, se configura la falta de un elemento esencial del contrato de compraventa, y por ende, “no habrá contrato conmutativo” (art. 872 del C. de Co.) y el precio “se tendrá por no pactado” (art. 920 del C. de Co.).

14.2.2. LA INEXISTENCIA DEL NEGOCIO JURÍDICO Y EL PRECIO VIL.

El Código de Comercio dice que “será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales”.

La venta de acciones de AGROCUENCA S.A. de Alejandro De Lima a AGROCALIMA S.A., que se deduce del registro que se hizo de ella en el libro de registro de acciones de AGROCUENCA S.A. y de su registro en la contabilidad de AGROCALIMA S.A., debió tener como elemento esencial para su existencia jurídica que el precio fuera real y serio y que representara una justa compensación por el valor de la cosa que se paga.

Está demostrado en el proceso que el precio de la venta de las acciones de AGROCUENCA fue de \$1.00 por cada acción, lo cual dio un precio total de \$107.983.117 para una cantidad igual de acciones. Pero este precio no era el real, ni el comercial, ni el justo valor que debió pagarse por las acciones, pues el perito financiero ha dictaminado que el valor patrimonial de las acciones vendidas, teniendo en cuenta los estados financieros de AGROCUENCA S.A. y la fecha en que se efectuó esta operación, era de \$6.722 millones de pesos (página 10 del dictamen).

La simple comparación de esas dos cifras releva al tribunal de cualquier argumentación adicional para afirmar que el precio de venta de las acciones de AGROCUENCA S.A., de Alejandro De Lima a AGROCALIMA S.A., fue irrisorio, ínfimo y exiguo, y que por esta razón la mencionada venta de acciones de AGROCUENCA debe tenerse como si no se hubiera pactado y como si la venta no se hubiera celebrado, siendo esta jurídicamente inexistente (artículos 872 y 920 del C. de Co.).

14.2.3. LA SIMULACIÓN Y EL PRECIO VIL.

Pero así como el precio vil produce los anteriores efectos en la venta de un bien, así mismo este es un indicio grave de que la venta se hizo en forma simulada con el acuerdo de las partes de que tal venta no produciría efectos entre ellas.

La venta de una cosa no podría reputarse como un convenio real y comercial, si existiera un precio que traspasa los límites de la lesión enorme, y va más allá de un valor inferior al cincuenta por ciento del precio real de la cosa hasta llegar a lo que es ínfimo, irrisorio y exiguo, creando una injusta y desproporcionada equivalencia en las prestaciones de las partes.

Es condición esencial de la venta de una cosa que exista un precio real, serio y justo para que constituya una retribución económica adecuada al valor de la cosa que se vende. No se podría calificar de válida, existente y con plenos efectos jurídicos entre las partes, una venta en la que su precio está determinado por una cuantía desproporcionada en relación con el valor de lo que se compra. La ley protege los derechos de quien ha sido lesionado con un precio irrisorio, negándole todo valor al negocio jurídico que se haya realizado en esas condiciones lesivas para el vendedor.

En la siguiente jurisprudencia de la Corte Suprema se admite el precio vil o irrisorio como uno de los indicios para declarar la simulación de un negocio jurídico:

“...Por averiguado se tiene que en materia probatoria, atendiendo el sigilo que normalmente utilizan los convencionistas al celebrar el acto jurídico simulado, el medio de convicción al que más se recurre es al indicio; y con este propósito, tiénese expuesto por la doctrina jurisprudencial que constituyen indicios de ese fenómeno el parentesco, la amistad íntima de los contratantes, la ausencia del precio o lo exiguo del mismo, la permanencia del vendedor en la heredad, etc. ¹⁶”.

La jurisprudencia ha definido, en términos claros y precisos, que la procedencia de la simulación debe tener por objeto el convenio inexistente, en razón a que la

¹⁶ Sentencia de 19 de mayo de 2004.

nulidad opera sobre el negocio existente que está afectado de invalidez por razón de un vicio, mientras que en la simulación el convenio aparente que los simuladores han creado para que este no tenga efecto entre ellos, por esta razón siempre tiene el carácter de un negocio inexistente.

Así, la Corte Suprema de Justicia dijo:

“Desde esta perspectiva, una contradicción, vaguedad u oscuridad en la cuestión litigiosa, como la reseñada, ha de resolverse según la disciplina jurídica y el entendimiento prístino de las figuras, con relación a la simulación relativa, por cuanto solo el acto dispositivo existente es susceptible de nulidad absoluta, en tanto, en la simulación absoluta, por definición es inexistente, y por lo tanto no es susceptible de invalidez ¹⁷”.

CAPÍTULO XV

LA SIMULACIÓN

15.1. CONCEPTO

La simulación consiste en un pacto mediante el cual las partes deciden celebrar un acto aparente en el cual no consta su verdadera intención; la intención real de los contratantes se expresa en un acto o convención coetáneo con el acto aparente.

Los elementos constitutivos de la noción de simulación son, en consecuencia, los siguientes:

- a) La celebración consciente de un acto o convención que ante terceros aparece como enteramente válido.
- b) La celebración coetánea de otro acto, acuerdo o convención mediante el cual las partes restan total o parcialmente validez al acto público o aparente, y expresan su intención real.
- c) La presencia en el acto secreto de los elementos que dan validez a los pactos (consentimiento, capacidad, y objeto y causa que no violen el ordenamiento jurídico).
- d) El entendido entre los celebrantes de que el acto privado debe permanecer secreto.
- e) El entendido entre los celebrantes de que el acto secreto no debe producir efectos públicos ni afectar a terceros.

¹⁷ Sentencia de 6 de Mayo de 2009.

No solamente el acto inicial o fundamental puede ser simulado. También los que le sigan, de él dependan o sean consecuencia de él.

Los romanos generalmente entendieron que la simulación era un vicio de la voluntad, semejante al error, la fuerza o el dolo ¹⁸. El verdadero desarrollo de la noción de simulación se da con posterioridad al Código Civil francés de 1804.

15.2. LA SIMULACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

En el derecho de tradición civilista, la simulación goza de una elaboración doctrinal común. Los tratadistas que siguen esta tradición jurídica suelen resaltar elementos, categorías y requisitos semejantes, aunque la base normativa de la simulación sea diferente en distintas jurisdicciones. Algunas jurisdicciones, como es el caso de Chile, Colombia y Francia, han desarrollado la figura de la simulación a partir de una breve mención de las contraescrituras en el código civil respectivo. La legislación civil de otras jurisdicciones, como Argentina e Italia, ha regulado la figura en un número mayor de disposiciones.

1. Italia

En las primeras décadas del siglo XX, FRANCESCO FERRARA publicó en Italia un libro dedicado a la simulación, titulado *La simulación de los negocios jurídicos*. Se publicó en Madrid una traducción al español en 1926 ¹⁹, reimpresa en 1960 ²⁰. Este libro ha sido muy influyente en el desarrollo doctrinal de la figura de la simulación en la tradición jurídica civilista. Los tratadistas argentinos lo citan habitualmente ²¹. Además, un conocido tratado chileno dice que la de FERRARA es una “obra ya clásica sobre la simulación” ²² y un jurista mexicano afirma que la “autoridad de FERRARA sobre el tema es indiscutible en nuestro foro” ²³.

FERRARA definió la simulación de la siguiente forma: “Simulación es la declaración de un contenido de voluntad no real, emitida conscientemente y de acuerdo entre las partes, para producir con fines de engaño la apariencia de un

¹⁸ HERNÁN VALENCIA RESTREPO, *Derecho privado romano*, Bogotá: Editorial Temis (1986), p. 320.

¹⁹ FRANCESCO FERRARA, *La simulación de los negocios jurídicos*. Traducción de R. Atard y J. A. de la Puente. Madrid: Librería Gen. de Victoriano Suárez (1926).

²⁰ FRANCESCO FERRARA, *La simulación de los negocios jurídicos*. Trad. R. Atard y J. A. de la Puente. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado (1960).

²¹ Por ejemplo, en JORGE JOAQUÍN LLAMBÍAS y PATRICIO RAFFO BENEGAS, *Tratado de derecho civil. Parte general (T. 2)* (20 ed.), p. 455.

²² ARTURO ALESSANDRI R., MANUEL SOMARRIVA U. y ANTONIO VODANOVIC H., *Tratado de derecho civil (T. 2). Partes preliminar y general*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile (1998), p. 361.

²³ SANTIAGO GONZÁLEZ LUNA, “Breves reflexiones en torno a la simulación y al fraude a la ley en el Código Fiscal de la Federación.” *Revista de Derecho Privado* 28 (enero-abril, 1999), p. 178, nota 1.

negocio jurídico que no existe o es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo”²⁴.

Es usual identificar tres elementos en esta definición de la simulación:

- i. una declaración de voluntad que no se corresponde con la voluntad real del sujeto
- ii. un acuerdo entre las partes que celebran el acto simulado
- iii. el propósito de tergiversar la realidad frente a terceros

Adicionalmente, FERRARA describió en detalle la distinción entre la simulación absoluta y la simulación relativa. Sobre la simulación absoluta, dijo: “Es negocio absolutamente simulado el que, existiendo en apariencia, carece en absoluto de un contenido serio y real. Las partes no quieren el acto, sino tan sólo la ‘ilusión exterior’ que el mismo produce. El negocio se limita a una forma vacía destinada a engañar al público”²⁵.

Acercas de la simulación relativa, FERRARA afirmó lo siguiente: “La simulación relativa consiste en disfrazar un acto: en ella se realiza aparentemente un negocio jurídico, queriendo y llevando a cabo en realidad otro distinto. Los contratantes concluyen un negocio verdadero, que ocultan bajo una forma diversa de tal modo que su verdadera naturaleza permanezca secreta”²⁶. FERRARA trajo a colación un aforismo latino: *colorem habet, substantiam vero alteram* (tiene color, pero la sustancia es otra).²⁷

Esta influyente elaboración doctrinal de FERRARA se basó en la regulación del Código Civil italiano sobre la simulación, en los artículos 1414 a 1417. Estos artículos están recogidos dentro del Capítulo X (“De la simulación”) del Título II (“De los contratos en general”) del Libro Cuarto (“De las obligaciones”). Estas normas no incluyen una definición de la simulación, pero regulan los efectos de la simulación entre las partes y ante terceros, la oponibilidad ante los acreedores y la prueba.

2. Argentina

El Código Civil argentino es semejante al Código Civil italiano en cuanto recoge las normas acerca de la simulación en una serie de artículos dentro del libro sobre las obligaciones. Esta figura está regulada por los artículos 955 a 960 del Código

²⁴ FRANCESCO FERRARA, *La simulación de los negocios jurídicos*. Traducción de R. Atard y J. A. de la Puente. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado (1960), p. 56.

²⁵ *Ib.*, p. 173.

²⁶ *Ib.*, p. 205.

²⁷ *Ib.*

Civil, dentro del Capítulo 1 (“De la simulación en los actos jurídicos”) del Título 2 (“De los actos jurídicos”) del libro mencionado ²⁸.

Las normas civiles argentinas describen la simulación y distinguen entre la simulación relativa y absoluta. Son explícitas en exigir la inocuidad del acto simulado y la no presencia de intenciones dolosas.

A partir de esta importante descripción positiva, los tratadistas han hecho detalladas elaboraciones de la figura. GUILLERMO BORDA define la simulación así: “un acto simulado es aquel que tiene una apariencia distinta de la realidad. Hay un contraste entre la forma externa y la realidad querida por las partes; el negocio que aparentemente es serio y eficaz, es en sí ficticio y mentiroso o constituye una máscara para ocultar un negocio distinto” ²⁹.

Por su parte, LLAMBÍAS presenta la siguiente definición: “La simulación es una falla del acto jurídico que consiste en el carácter ficticio de la manifestación de voluntad de las partes que, en verdad, no han querido constituir los derechos a que se refiere su declaración, o han querido establecer derechos distintos de los aparentemente constituidos. [...] La simulación impugna la efectividad de la voluntad declarada y se traduce en la constitución de un acto aparente que es jurídicamente inexistente por ausencia de voluntad real” ³⁰.

²⁸ Art. 955. La simulación tiene lugar cuando se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro, o cuando el acto contiene cláusulas que no son sinceras, o fechas que no son verdaderas, o cuando por él se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten.

Art. 956. La simulación es absoluta cuando se celebra un acto jurídico que nada tiene de real, y relativa cuando se emplea para dar a un acto jurídico una apariencia que oculta su verdadero carácter.

Art. 957. La simulación no es reprobada por la ley cuando a nadie perjudica ni tiene un fin ilícito.

Art. 958. Cuando en la simulación relativa se descubriese un acto serio, oculto bajo falsas apariencias, no podrá ser éste anulado desde que no haya en él la violación de una ley, ni perjuicio a tercero.

Art. 959. Los que hubieren simulado un acto con el fin de violar las leyes o de perjudicar a un tercero, no pueden ejercer acción alguna el uno contra el otro, sobre la simulación, salvo que la acción tenga por objeto dejar sin efecto el acto y las partes no puedan obtener ningún beneficio de la anulación.

(Artículo sustituido por art. 1° de la [Ley N° 17.711](#) B.O. 26/4/1968. Vigencia: a partir del 1° de julio de 1968.)

Art. 960. Si hubiere sobre la simulación un contradocumento firmado por alguna de las partes, para dejar sin efecto el acto simulado, cuando éste hubiera sido ilícito, o cuando fuere lícito, explicando o restringiendo el acto precedente, los jueces pueden conocer sobre él y sobre la simulación, si el contradocumento no contuviese algo contra la prohibición de las leyes, o contra los derechos de un tercero.

Sólo podrá prescindirse del contradocumento para admitir la acción, si mediaran circunstancias que hagan inequívoca la existencia de la simulación. (Párrafo incorporado por art. 1° de la [Ley N° 17.711](#) B.O. 26/4/1968. Vigencia: a partir del 1° de julio de 1968.)

²⁹ GUILLERMO A. BORDA, *Tratado de derecho civil. Parte general (T. 2)* (12 ed.). Buenos Aires: Abeledo-Perrot (1999), p. 322.

³⁰ JORGE JOAQUÍN LLAMBÍAS y PATRICIO RAFFO BENEGAS, *Tratado de derecho civil. Obligaciones (T. 1)* (5 ed.). Buenos Aires: Editorial Perrot (1994), p. 519.

Como se puede apreciar en esta cita, LLAMBÍAS entiende que el acto simulado es inexistente. Hubo largos debates doctrinales sobre este asunto hasta que fue decidido por vía legislativa. Se determinó que, cuando existe una sanción para el acto simulado, la sanción es la nulidad, no la inexistencia.

BORDA explica que es absoluta la simulación “cuando se celebra un acto que no tiene nada de real: se trata de una simple y completa ficción”; la simulación es relativa “cuando el acto aparente esconde otro real distinto de aquél; el acto aparente no es sino la máscara que oculta la realidad”³¹.

El tratadista BORDA precisa que, en “sí misma, la simulación no es ni buena ni mala; es *incolora*”³². Sería necesario precisar si la simulación fue lícita o ilícita, entendiendo la simulación ilícita como aquella que “perjudica a terceros o [que], por otros motivos, es contraria a la ley”³³.

Adicionalmente, BORDA se refiere a la prueba de la simulación. La prueba determinante es el contradocumento, que “es una declaración de voluntad formulada por escrito por las partes, de carácter generalmente secreto, y destinada a probar que el acto ha sido simulado”; el documento debe expresar “la verdadera voluntad de las partes en el momento de otorgarse el acto aparente”³⁴.

No obstante, en ausencia de un contradocumento, los jueces pueden valerse de diferentes pruebas, entendiendo que la amplitud de la prueba es mayor cuando los terceros perjudicados intentan probar la simulación. BORDA hace una lista de una serie de presunciones que se usan con valor probatorio, entre las cuales se cuentan las siguientes³⁵:

- i. una *causa simulandi*, es decir, una causa convincente que pudo haber motivado a las partes a realizar la simulación;
- ii. el “vínculo de parentesco muy estrecho o la amistad íntima entre las partes suele ser un indicio importante”³⁶;
- iii. la “naturaleza y la cuantía de los bienes que aparecen enajenados; es sospechoso, en efecto, que el vendedor transfiera precisamente aquellos

³¹ GUILLERMO A. BORDA, *Tratado de derecho civil. Parte general (T. 2)* (12 ed.). Buenos Aires: Abeledo-Perrot (1999), p. 324.

³² *Ib.*, p. 325.

³³ *Ib.*

³⁴ *Ib.*, pp. 334-335.

³⁵ *Ib.*, pp. 339-343.

³⁶ *Ib.*, p. 340.

bienes que, por razones económicas, por ser su principal fuente de recursos o por motivos sentimentales, son los que más hubiera debido procurar que quedaran en su poder”³⁷;

iv. la “falta de ejecución material del contrato”³⁸;

v. las “circunstancias y el momento en que se realizó el acto”³⁹.

En respuesta a una simulación, es posible presentar una *acción de simulación*. BORDA explica que los efectos de esta acción dependen del tipo de simulación que se realizó: “La acción de simulación se propone poner de relieve la realidad. Si, por lo tanto, la simulación es absoluta, la acción perseguirá la nulidad del acto. Si es relativa, se propondrá destruir la apariencia falsa y hacer notorio y ostensible el acto real”⁴⁰.

3. Francia

El Código Civil francés se refiere a la simulación a través de la figura de la contraescritura, que se menciona en el breve artículo 1321. El texto del artículo es el siguiente: “Los contradocumentos sólo pueden tener eficacia entre las partes contratantes, pero no contra terceros”⁴¹. Este artículo forma parte de la Sección I (“De la prueba literal”) del Capítulo VI (“De la prueba de las obligaciones y del pago”) del Título III (“De los contratos o de las obligaciones contractuales en general”) del Libro Tercero (“De los diferentes modos de adquirir la propiedad”). Como se puede apreciar, el artículo 1321 se ubica en una sección correspondiente a las pruebas. Los hermanos MAZEAUD explican que esta disposición fue ubicada incorrectamente en este capítulo. El error se debió a que se entendió que la contraescritura (o contradocumento) mencionada en el artículo era usada como una prueba⁴². Esta configuración legislativa, en la que un solo artículo menciona explícitamente la contraescritura dentro de un capítulo o una sección referente a las pruebas, se replicó en el Código Civil de Chile y en el Código Civil de Colombia.

³⁷ *Ib.*, p. 341.

³⁸ *Ib.*

³⁹ *Ib.*

⁴⁰ *Ib.*, p. 348.

⁴¹ La traducción es la siguiente: *Código Civil francés / Code civil. Edición bilingüe*. Trad. Álvaro Núñez Iglesias. Coord. Rafael Domingo. Madrid: Marcial Pons (2005).

⁴² HENRI MAZEAUD, LÉON MAZEAUD y JEAN MAZEAUD. *Lecciones de derecho civil (parte 2.ª, volumen III)*. Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América (c. 1959), pp. 106-107.

A partir de este artículo, los tratadistas franceses han desarrollado un cuerpo doctrinal muy semejante al de los demás países de la tradición civilista. Por ejemplo, se identifican diferentes tipos de obligaciones, se determinan los requisitos para que se produzca la simulación y se estudian los efectos entre las partes y frente a los terceros.

RIPERT y BOULANGER definen la simulación en estos términos: “la simulación es el hecho de crear una falsa apariencia en la conclusión de un contrato”; “implica la existencia de un convenio secreto que desdobra el convenio aparente para destruir, modificar o desplazar sus efectos”⁴³.

Por otra parte, los hermanos MAZEAUD plantean la siguiente definición: “La simulación es la operación por la cual se crea una situación jurídica aparente que difiere de la situación jurídica verdadera. Se trata así de ocultar la verdadera situación jurídica tras la fachada de una situación aparente”⁴⁴.

4. Chile

El Código Civil chileno se refiere a la simulación de una manera semejante a la utilizada en el Código Civil francés. El artículo 1707 del Código Civil de Chile reza: “Las escrituras privadas hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efecto contra terceros. Tampoco lo producirán las contraescrituras públicas, cuando no se ha tomado razón de su contenido al margen de la escritura matriz cuyas disposiciones se alteran en la contraescritura, y del traslado en cuya virtud ha obrado el tercero”. Este artículo está recogido en el Título XXI (“De la prueba de las obligaciones”) del Libro Cuarto (“De las obligaciones en general y de los contratos”).

En el Código Civil chileno, también existen unas pocas referencias aisladas a la simulación. Por ejemplo, se menciona la nulidad de un contrato que constituya una disposición testamentaria a favor de un incapaz para suceder “aunque se disfrace de un contrato oneroso o por interposición de persona” (artículo 966 del Código Civil).

La legislación civil chilena no ofrece una definición de simulación. Los tratadistas ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC ofrecen una definición que modifica ligeramente la que propuso Ferrara en el siglo pasado: “La simulación es la

⁴³ GEORGES RIPERT y JEAN BOULANGER, *Tratado de derecho civil según el tratado de Planiol (T. IV). Las obligaciones (1.ª parte, volumen 1)*. Traducción de Delia García Dairea. Supervisión de Jorge Joaquín Llambías. Buenos Aires: La Ley (1964), p. 358.

⁴⁴ HENRI MAZEAUD, LÉON MAZEAUD y JEAN MAZEAUD. *Lecciones de derecho civil (parte 2.ª, volumen III)*. Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América (c. 1959), p. 101.

declaración de un contenido de voluntad no real, emitido conscientemente y de acuerdo entre las partes o entre el declarante y la persona a la cual va dirigida la declaración, para producir con fines de engaño la apariencia de un acto jurídico que no existe o es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo”⁴⁵.

Una diferencia entre esta definición y la de Ferrara es que los doctrinantes franceses admiten la simulación realizada no solo entre dos partes que se ponen de acuerdo para firmar un contrato simulado sino, también, en circunstancias en las que se utiliza una interpuesta persona.

LUIS CLARO SOLAR comenta acerca de la simulación que la “voluntad manifestada no corresponde a la voluntad real cuando es simulada, cuando no es sincera”. Y añade: “La simulación supone la resistencia a ejecutar o a reconocer, a lo menos en parte, la convención ostensible”⁴⁶.

El tratadista RENÉ ABELIUK MANASEVICH se refiere así a la simulación: “La simulación se caracteriza porque las partes, de común acuerdo, crean una situación jurídica aparente que difiere de la real; en ella existen dos acuerdos de voluntad: uno, el real, y el otro que está destinado a crear una situación aparente, ficticia y distinta de la verdadera que permanece secreta entre las partes”⁴⁷.

A la usual distinción entre la simulación relativa y absoluta, ABELIUK MANASEVICH añade una tercera categoría: la simulación realizada por “interposición de personas”⁴⁸. La regla general para determinar los efectos de la simulación, indica este autor, es esta: “primacía entre las partes del acto real, inoponibilidad del mismo a terceros”⁴⁹. Por ejemplo, “si ha habido simulación para eludir una prohibición legal —caso de la compraventa entre cónyuges no divorciados perpetuamente— probada la ficción, la sanción será igualmente la nulidad absoluta”⁵⁰.

ABELIUK MANASEVICH también menciona la figura del *contrato fiduciario e indirecto*, que puede coexistir con la simulación. El tratadista dice: “En el contrato

⁴⁵ ARTURO ALESSANDRI R., MANUEL SOMARRIVA U. y ANTONIO VODANOVIC H., *Tratado de derecho civil (T. 2). Partes preliminar y general*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile (1998), p. 360.

⁴⁶ LUIS CLARO SOLAR, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado (T. 11). De las obligaciones II*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile (1979), p. 121-122.

⁴⁷ RENÉ ABELIUK MANASEVICH, *Las obligaciones (T. 1)*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile (1993), p. 126.

⁴⁸ *Ib.*, pp. 127-128.

⁴⁹ *Ib.*, p. 131.

⁵⁰ *Ib.*

fiduciario e indirecto existe también [un elemento de] confianza [...]; lo que ocurre en ellos es que se utiliza una determinada figura jurídica para obtener otros efectos que los propios de ella, quedando a la sola fe del otro contratante reducirla posteriormente a los realmente buscados por las partes. Por ejemplo, en vez de darle en prenda un objeto al acreedor en garantía del crédito, se le traspasa el dominio del mismo, obligándose el acreedor a restituirlo una vez pagada la deuda. [...] Pueden estas figuras llevar envuelta simulación y fraude a terceros o a la ley, y en tales casos quedan expuestas a la sanción propia de estos casos”⁵¹.

5. España

La simulación se plantea en un único artículo en el Código Civil de España. Como en otras jurisdicciones, este artículo ha servido como la base normativa para establecer un cuerpo doctrinal y jurisprudencial que refleja la opinión común de los juristas de la tradición civilista sobre la simulación. A diferencia del derecho civil francés y de los cuerpos normativos afines, este artículo del Código Civil español no hace referencia expresa a la contraescritura. El artículo 1276 del Código Civil de España dispone: “La expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a la nulidad, si no se probase que estaban fundados en otra verdadera y lícita”.

La explicación de JOSÉ ALMAGRO NOSETE muestra cómo se ha entendido el artículo 1276: “La referencia del precepto a una ‘causa falsa’ no se relaciona con la causa en sí, sino con la expresión de la misma, o dicho [...] con otras palabras, la causa falsa supone una discordancia entre lo que se quiere, en realidad, y lo que se manifiesta, que no se ajusta a la verdadera voluntad de los contratantes o de uno de los contratantes”⁵². El autor continúa: “la norma se refiere, básicamente, al negocio simulado. Si tras la apariencia del negocio que se simula, mediante la expresión de una causa falsa, no subyace otro negocio disimulado, que se apoya en otra causa verdadera y lícita, la simulación reviste carácter absoluto y la consecuencia jurídica no puede ser otra que la nulidad radical, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1.275, para los contratos sin causa pues a tal situación equivaldría la causa fingida. En cambio, si el negocio encubierto se ampara en causa legítima, no expresada, pero probada como fundamento del negocio este valdrá y producirá sus efectos”⁵³.

⁵¹ *Ib.*, p. 133.

⁵² JOSÉ ALMAGRO NOSETE. “Comentarios.” *Comentario del Código Civil (tomo 6)*. Arts. 1.088 al 1.314. Coord. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta. Barcelona: Bosch (2000), p. 609.

⁵³ *Ib.*, p. 610.

En la discusión a partir del artículo citado, se han seguido los lineamientos usuales sobre la simulación, como en estos comentarios de SANTOS BRIZ y otros, que distinguen entre la simulación absoluta y la relativa: “negocio simulado es el que tiene una apariencia contraria a la realidad, sea que no existe en absoluto, sea que es distinto de aquel que se muestra al exterior. Se muestra al exterior un negocio que no fue perfeccionado (simulación absoluta), o lo fue de modo diferente a aquél expresado (simulación relativa), siendo un disfraz para encubrir un negocio diverso”⁵⁴.

Expositores españoles, como MANUEL ALBALADEJO GARCÍA, son claros en manifestar que no siempre la simulación esconde fines antisociales o ilícitos. Dice ALBALADEJO: “Pero puede ocurrir también que se finja un negocio que no se quiere, pero que se simula para ocultar otro que sí se quiere. Como si deseando el dueño de algo donarlo a otro, celebran una compraventa aparente, y así que lo donado haya pasado a ser del donatario parece que lo fue por compra, cuando realmente lo fue por donación, ya que de verdad no hubo precio”⁵⁵.

En cuanto al tema específico de la prueba de la simulación, es ya clásico el trabajo del tratadista LUIS MUÑOZ SABATÉ, quien concreta la demostración de la simulación a la prueba de una intención o un *animus*. En derecho español “cabe afirmar que la simulación puede demostrarse a través de cualquier medio de prueba y además sin trabas no condicionamientos de ninguna especie”⁵⁶.

6. Estados Unidos

Como es bien sabido, el régimen contractual del derecho norteamericano es sustancialmente diferente del civilista, pues se inscribe dentro de la tradición jurídica del *common law*. No obstante, también se reconoce en el derecho estadounidense la figura de la simulación, enmarcada usualmente dentro de la discusión sobre el fraude relacionado con los contratos.

En la jurisdicción estatal más civilista de Estados Unidos, la de Louisiana, el Código Civil de ese estado dice en el artículo 2025: “Un contrato es simulado cuando, por acuerdo mutuo, no expresa la intención real de las partes. Si la intención real de las partes se expresa en un escrito diferente, ese escrito es un contradocumento”.

⁵⁴ J. SANTOS BRIZ *et al.*, *Tratado de derecho civil. Teoría y práctica (tomo 3). Derecho de obligaciones*. Barcelona: Bosch (2003), p. 274.

⁵⁵ MANUEL ALBALADEJO GARCÍA, *La simulación*, Madrid: Edisofer (2005), p. 116.

⁵⁶ LUIS MUÑOZ SABATÉ, “*La prueba de la simulación*”. Bogotá: Editorial Temis (2011), p. 59.

Los Tribunales de Louisiana han aplicado esta figura cuando se ha alegado que ciertas formas contractuales se han utilizado para encubrir los negocios que en efecto se realizaron, como en una venta que supuestamente disfrazaba una donación⁵⁷. Una sentencia del Tribunal Supremo de Louisiana definió la figura y afirmó que la simulación es tan conocida que no es necesario invocar ninguna fuente para sustentar la definición⁵⁸.

El prestigioso *Black's Law Dictionary*⁵⁹, que incluso ha sido citado por los Tribunales de Louisiana⁶⁰, define el contrato simulado. Esta definición hace un análisis semejante al de la tradición civilista. El diccionario afirma lo siguiente: un contrato simulado es “un contrato que, por acuerdo mutuo, no expresa la intención real de las partes. [...] Un contrato simulado es absoluto cuando las partes tienen la intención de que el contrato no genere ninguna obligación. Un contrato como este no genera obligaciones para las partes. Un contrato simulado es relativo si las partes tienen la intención de que genere obligaciones diferentes a las que se disponen en el contrato. Si se cumplen las condiciones pertinentes, las partes tienen que cumplir las obligaciones que en realidad tenían la intención de generar. Un contrato simulado puede afectar los derechos de terceros”.

15.3. LA SIMULACIÓN EN EL DERECHO COLOMBIANO

Los más prestigiosos tratadistas de nuestro Derecho han tocado el tema de la simulación. Como lo expresan GUILLERMO OSPINA FERNÁNDEZ y EDUARDO OSPINA ACOSTA, la simulación “siempre ha existido⁶¹”. La legislación ha sido parca en el tratamiento de la figura y su desarrollo entre nosotros ha corrido por cuenta de la doctrina y la jurisprudencia.

Para ANTONIO ROCHA ALVIRA la simulación “consiste en celebrar públicamente un acto o contrato, pero al tiempo celebrar con la misma persona un acto secreto que adicione, modifique, altere o descarte los efectos del acto público o aparente. Suele llamarse el acto público acto sostenible o aparente, y al acto secreto, privado u oculto”⁶². PLANIOL y RIPERT, citados por el profesor ROCHA ALVIRA,

⁵⁷ *Succession of Bishop*, 84 So.2d 613, decidido por el Tribunal Supremo de Louisiana.

⁵⁸ *Houghton v. Houghton*, 116 So. 493, 1022-1023 (1928).

⁵⁹ *Black's Law Dictionary* [9th ed.] [2009]. Editor Bryan A. Garner).

⁶⁰ *Walker v. Wilson*, 294 So.2d 891, 893 (1974).

⁶¹ GUILLERMO OSPINA FERNÁNDEZ y EDUARDO OSPINA ACOSTA. *Teoría General del contrato y del negocio jurídico*. Bogotá: Editorial Temis (1998) p. 138.

⁶² ANTONIO ROCHA ALVIRA, *Lecciones sobre Derecho Civil Obligaciones*, Bogotá: Editorial Universidad del Rosario (2009) p. 133.

dicen que “hay simulación cuando se hace conscientemente una declaración inexacta, o cuando se hace una convención aparente cuyos efectos son modificados o descartados o suprimidos por otra convención contemporánea de la primera y destinada a permanecer secreta” ⁶³.

Los tratadistas ARTURO VALENCIA ZEA y ÁLVARO ORTIZ MONSALVE ⁶⁴, para que se configure la simulación, encuentran necesario el cumplimiento de tres condiciones:

- i. “Todo negocio simulado supone esencialmente una disconformidad entre lo querido realmente por las partes y lo que aparece como querido en el negocio”.
- ii. “La disconformidad (se presenta) entre la voluntad interna y la declarada intencionalmente por las partes”.
- iii. “El fin esencial de todo contrato simulado es engañar a terceros, engaño que se realiza creando un contrato aparente que no existe o existe de distinta manera”.

Muchos doctrinantes insisten en señalar la intención de engañar a los terceros como elemento esencial de la figura en estudio. No se trata, desde luego, del engaño doloso, causante de severos perjuicios a los demás, que se incluye más propiamente dentro de la noción de *fraude* y configura casi siempre una infracción a la ley penal.

La realidad es que muchas personas acuden a la figura de la simulación con fines incluso altruistas. VALENCIA ZEA y ORTIZ MONSALVE, ya citados, dicen que “la jurisprudencia actual, a partir de 1935, estableció que la simulación en sí misma no es ilícita, ya que su finalidad es simplemente engañar, es decir, producir en los demás una falsa figura de convenio ⁶⁵”. Es clásico el ejemplo de quien, queriendo donar, hace un acuerdo con el donatario para aparentar una venta.

JORGE SUESCÚN MELO ⁶⁶ presenta así las disquisiciones conceptuales que nuestra Corte Suprema de Justicia ha efectuado a lo largo de los años para explicar la naturaleza jurídica de la simulación: “Como ya advertimos, nuestra jurisprudencia, para esclarecer esta materia, ha adoptado, en diferentes épocas,

⁶³ *Ib*, p.133

⁶⁴ ARTURO VALENCIA ZEA y ÁLVARO ORTIZ MONSALVE, *Derecho Civil, de las obligaciones*, Tomo III, Bogotá: Editorial Temis (2004) p. 62 y 63.

⁶⁵ *Ib*, p. 63

⁶⁶ JORGE SUESCÚN MELO, “*Derecho Privado. Estudios de Derecho Civil y Comercial contemporáneo*”. Tomo II. Bogotá: Legis Editores (2004) p. 280 y ss.

diversas teorías para explicar la naturaleza y los efectos de la simulación, teorías que han seguido la evolución de la doctrina europea a lo largo de este siglo. Dentro de las tendencias principales se ha acudido al régimen de la nulidad para gobernar a través de él la simulación; o se ha dado cabida a las llamadas teoría dualista y monista, habiendo tenido, cada una de estas posiciones su período de florecimiento y decadencia en nuestro derecho”.

Continúa SUESCÚN MELO: “Quienes abogan por esta teoría (la de la nulidad del acto simulado), afirman que los propósitos de la simulación están enderezados a engañar a terceros y que, al menos tratándose de la absoluta, le faltan al acto dos elementos esenciales: el consentimiento y la causa, todo lo cual ha de llevar inexorablemente a su *nulidad*⁶⁷ (...). “Una vez desechada la teoría de la nulidad como explicación o fundamento de la naturaleza jurídica de la simulación, nuestra Corte Suprema de Justicia acogió la llamada *teoría dualista*, según la cual, en cualquier clase de simulación existen dos actos jurídicos distintos, pero interrelacionados o interdependientes. Hay en este caso un acto público, aparente y ostensible, por una parte, y otro oculto, e interno, pero cada uno de ellos con los elementos esenciales para su existencia⁶⁸ (...). “...La Corte Suprema de Justicia modificó su posición, al abandonar la teoría dualista a partir de 1968 para adoptar la *monista*. Esta teoría rechaza la coexistencia de dos actos jurídicos en la simulación, y arguye que hay sólo uno, pero en el cual se presenta una bifurcación o desdoblamiento de la voluntad, pues en la exteriorización del consentimiento se formulan dos manifestaciones, una aparente y ostensible, dirigida al público, y otra secreta, oculta y verdadera, destinada a regir las relaciones entre los simulantes⁶⁹”.

En cuanto a los efectos de la simulación, anota MARIO BAENA UPEGUI: “La Corte ha dicho que la simulación absoluta tiene las características de la acción de nulidad. La mayoría de los autores, PÉREZ VIVES entre otros, sostienen la tesis de la inexistencia, que compartimos. Naturalmente mediante la acción de simulación se busca obtener la declaratoria de inexistencia del acto simulado y, en tal virtud, todo debe volver al *statu quo ante*, las cosas deben volver a su estado anterior para proteger los derechos de los acreedores o de los herederos del simulador. De lo que no existe más que en la ficción no puede predicarse nulidad.

⁶⁷ *Ib.*, p. 281

⁶⁸ *Ib.*, p.291

⁶⁹ *Ib.*, p. 298-299

A partir de la sentencia del 21 de mayo de 1969, la Corte parece inclinarse por esta última interpretación ⁷⁰.

Muchos autores, nacionales y extranjeros, hacen hincapié en el problema de la dificultad de probar la existencia de los actos simulados. HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, analizando el tema de la simulación desde la perspectiva de su prueba, afirma categóricamente: “Creemos que en la simulación existe un único contrato: el verdadero, que consta en el pacto secreto, escrito u oral; el documento público disfraza el contrato, dándole una falsa apariencia, total o parcialmente. Existen dos documentos o uno y un convenio verbal, pero un solo contrato ⁷¹”. Y agrega DEVIS ECHANDÍA: “En el derecho contemporáneo ya no se mantiene la máxima que da prevalencia absoluta, entre partes, al documento sobre los testimonios. Por el contrario, la doctrina y las legislaciones se orientan actualmente hacia la libertad del juez para valorar el mérito de los últimos, cuando adicionen o contradigan lo expuesto en el documento privado o público, dejando a salvo los derechos adquiridos por los terceros de buena fe (...) como una lógica consecuencia del moderno principio de la libertad de valoración de la prueba... ⁷²

El tratadista ANTONIO DE LA VEGA explica que a partir de la expedición del actual Código de Procedimiento Civil (Decreto 1400 de 1970) “en el artículo 175 del C. de P. C. se establece que sirven como prueba ‘cualesquiera otros medios que sean útiles para formar el convencimiento del juez’ ⁷³, con lo cual se abre al fallador la posibilidad de acudir a todo medio de convicción que sea útil en orden a establecer la verdad. De esta manera se supera la rigurosidad exhibida por otros autores, entre ellos ROCHA ⁷⁴, cuando inhabilitan para la prueba de simulación los medios de convicción diferentes a la prueba documental que consta en la contraescritura privada.

15.4. LA SIMULACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA

Antes de 1917 nuestra jurisprudencia era inflexible en la definición de que la simulación era una causal de nulidad. A partir de 1917 la jurisprudencia empieza a admitir que existen simulaciones parciales o casos en que tanto el contrato

⁷⁰ MARIO BAENA UPEGUI, “*De las obligaciones en Derecho Civil y Comercial*”. Bogotá: Legis Editores (2002), p. 624.

⁷¹ HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, “*Compendio de pruebas judiciales*”. Bogotá: Editorial Temis (1969), p. 387.

⁷² *Ib*, p. 386.

⁷³ ANTONIO DE LA VEGA, “*Bases del derecho de obligaciones*”. Bogotá: Editorial Revista Derecho Colombiano (1974), p. 177.

⁷⁴ ANTONIO ROCHA, “*De la prueba en derecho*”. Tomo I. Bogotá: Ediciones Lerner (1967), p. 437.

aparente como el verdadero poseen la misma jerarquía probatoria. A partir de 1935 se comienza a admitir la existencia de actos simulados lícitos y se dijo que la simulación por sí sola no destruía la validez del contrato ⁷⁵. En el análisis de SUESCÚN MELO, ya transcrito, se afirma que a partir de 1968 la Corte Suprema de Justicia abandonó la llamada teoría dualista y optó por la monista: solo hay un contrato, el verdadero, que puede tener una faceta pública y una secreta o privada.

Es destacable el análisis hecho por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de 27 de Agosto de 2002 sobre la legitimación para solicitar la declaratoria de simulación: “En lo concerniente a la legitimación para solicitar la simulación, de tiempo atrás y en forma reiterada ha sostenido esta Corporación que son titulares no sólo las partes que intervinieron o participaron en el acto simulado, y en su caso sus herederos, sino también los terceros, cuando ese acto fingido les acarrea un perjuicio cierto y actual (...). En razón de la naturaleza de la acción simulatoria puede decirse entonces que podrá demandar la simulación quien tenga interés jurídico en ella, interés que ‘debe analizarse y deducirse para cada caso especial sobre las circunstancias y modalidades de la relación procesal que se trate, porque es ésta un conflicto de intereses jurídicamente regulado y no pudiendo haber interés sin interesado, se impone la consideración personal del actor, su posición jurídica, para poder determinar, singularizándolo con respecto a él, el interés que legitima su acción’ (G.J. tomo LXXIII, pág. 212). ⁷⁶”.

Sobresale igualmente el fallo de 14 de diciembre de 2005 (expediente No.1996-2920-01), en el cual la Corte Suprema de Justicia agregó el artículo 267 del Código de Procedimiento Civil como base legal para demandar la simulación: "...Y aunque el impugnante también esgrimió como violados los artículos 1880, 1928 y 2177 de la misma codificación, relativos a las obligaciones del vendedor y comprador, y al mandato aparente, es evidente que ninguno de ellos constituye, ni debió constituir, base esencial de una sentencia que se pronuncia sobre la simulación de un contrato, en el caso particular de manera afirmativa, decisión que tiene como eje central, bien el artículo 1766 del C.C., bien el artículo 267 del C. de P. C., cualquiera de los cuales debió colacionarse para cimentar la censura..."

15.5. LA SIMULACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA ARBITRAL

⁷⁵ ANTONIO DE LA VEGA, “*Bases del derecho de obligaciones*”. Bogotá: Editorial Revista Derecho Colombiano (1974), p. 158 y ss.

⁷⁶ C.S.J., expediente 6926, M.P. Jorge Santos Ballesteros.

Múltiples son los laudos en los cuales se ha debatido y analizado la figura de la simulación. En general, la jurisprudencia arbitral ha seguido de cerca la evolución y desarrollo de las doctrinas que sobre la figura de la simulación han acogido nuestros tratadistas y nuestras altas cortes.

Por vía de ejemplo: en laudo de reciente expedición, el Tribunal convocado en la Cámara de Comercio de Bogotá para dirimir controversias entre COMUNICACIÓN CELULAR S.A., COMCEL S.A. y CONEXCEL S.A. acoge piezas doctrinales de los tratadistas ARTURO VALENCIA ZEA y ANTONIO ROCHA ALVIRA sobre el tema de la simulación, tendientes a demostrar las diferencias entre el acto simulado y el nulo; y transcribe apartes de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de fecha 30 de Julio de 1992, que analiza con detalle la modalidad de simulación conocida en su aspecto civil como suplantación de persona, y en su faceta penal, testaferrato ⁷⁷.

También sigue de cerca la jurisprudencia de las altas cortes el laudo proferido en la Cámara de Comercio de Cali el 1º de Abril de 2009 ⁷⁸, en un caso en el que se alegó infructuosamente la simulación de un contrato de concesión. El Tribunal citó los fallos de 24 de Octubre de 1936 y 2 de Febrero de 2006, de la Corte Suprema de Justicia.

Igual acogimiento de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se presenta en laudo de fecha 6 de Abril de 2000 ⁷⁹, expedido en sede de la Cámara de Comercio de Medellín. La providencia definitiva se fundamenta en sentencia de 31 de Marzo de 1992, proferida por esa alta corte, para hacer hincapié en la diferencia entre nulidad y simulación. Y en la sentencia de fecha 30 de Julio de 1992, para diferenciar la simulación absoluta de la relativa.

15.6. LA SIMULACIÓN EN LAS SOCIEDADES DE FAMILIA

Los tratadistas, los jueces y los árbitros coinciden en señalar como capital para demostrar la simulación la prueba de indicios. Y uno de los indicios clásicos que determinan la presencia del convenio simulado es su ocurrencia dentro del seno de las sociedades de familia ⁸⁰.

Para la Superintendencia de Sociedades no existe norma o reglamentación especial que regule la constitución o funcionamiento de la sociedad de familia,

⁷⁷ Laudo de 22 de Marzo de 2011.

⁷⁸ Arbitramento de ELISA ESCALANTE RÍOS vs. INVERSIONES Y DESARROLLOS S.A.

⁷⁹ Árbitros Enrique Gaviria Gutiérrez, Ignacio Mejía Velásquez y Guillermo Montoya Pérez

⁸⁰ MARIANO GAGLIARDO, *"Sociedades de familia y cuestiones patrimoniales"*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot (1999). p. 73 y ss.

luego ella puede acogerse a cualquiera de los tipos societarios. Precisa la Superintendencia que “las sociedades de familia están reconocidas expresamente en la legislación mercantil, en el artículo 102 del Código de Comercio que consagra que son válidas las sociedades constituidas entre ‘...padres e hijos o entre cónyuges, aunque unos y otros sean los únicos asociados...’, por su parte el artículo 435 ibídem, cuando tratándose de sociedades reconocidas de familia las exceptúa de la prohibición de formar mayorías ‘... con personas ligadas entre sí por matrimonio o por parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o primero civil’...⁸¹”. El aspecto determinante de una sociedad de familia, además del parentesco, es el control societario ejercido por los miembros de la familia en aras de obtener los fines deseados.

Está demostrado que la sociedad AGROPECUARIA CUENCA S.A., SOCIEDAD CIVIL, AGROCUENCA, escenario de los actos de voluntad que se reputan simulados, es una sociedad de familia integrada por los hermanos De Lima Böhmer, las sociedades que controlan y su señora madre, para gestionar el patrimonio familiar.

CAPÍTULO XVI

LA SIMULACIÓN DEL CONTRATO CELEBRADO ENTRE ALEJANDRO DE LIMA BÖHMER Y LA SOCIEDAD AGROCALIMA.

16.1. LA PRUEBA DE INDICIOS.

16.1.1. CONCEPTO DE INDICIO.

La ley procesal no define el indicio sino que determina sus requisitos y su valoración por el juez, de acuerdo con las siguientes normas del C.P.C.:

“Art. 248. Para que un hecho pueda considerarse como indicio, deberá estar debidamente probado en el proceso.”

“Art. 249. El juez podrá deducir indicios de la conducta procesal de las partes.”

Art. 250. El juez apreciará los indicios en conjunto, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia, y su relación con las demás pruebas que obren en el proceso.”

Según la Corte Suprema de Justicia ⁸² los indicios “deben estar conectados en forma tal que constituyan eslabones de una misma cadena, de manera que

⁸¹ Concepto 220-005619, 10 de febrero de 2005.

⁸² Sentencia de 15 de octubre de 2003.

conformen un sistema completo y no un conjunto de circunstancias dispersas sin conexión interna entre sí; por lo demás, tales hechos han de guardar armonía tanto entre si como con aquello que se quiere probar, amén de que el conjunto indiciario debe salir avante frente a pruebas infirmativas o contradictorias.”

El profesor HERNANDO DEVIS ha hecho una descripción muy precisa y explicativa de lo que es el indicio:

“La palabra indicio viene de la voz latina *indicium* que es una derivación de *indicare* que significa indicar, hacer conocer algo. Esta función la cumple el indicio en virtud de la relación lógica que existe entre el hecho indicador y el hecho indicado, es decir, sin que medie ninguna representación de este (ni oral, ni escrita, ni por reproducción de imágenes y sonidos). De acuerdo con esto entendemos por indicio, un hecho conocido del cual se induce otro hecho desconocido, mediante argumento probatorio que de aquel se obtiene, en virtud de una operación lógica-crítica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos o técnicos ⁸³”.

16.2. LOS INDICIOS DE LA SIMULACIÓN EN ESTE PROCESO.

El Tribunal procede a describir, determinar y analizar los indicios que, en su criterio, se deducen de las pruebas pertinentes, con el fin de establecer si esta prueba indiciaria constituye una evidencia de la simulación del contrato verbal de venta de acciones de Alejandro De Lima a la sociedad AGROCALIMA S.A.

16.2.1. En el proceso consta la prueba del precontrato denominado Acuerdo Privado de 20 de Febrero de 2006, que fue celebrado entre Alejandro De Lima, José Felipe De Lima y AGROCALIMA S.A. representada por este último.

En el precontrato Alejandro De Lima, después de declarar que es propietario de la cantidad de 107.983.117 acciones de AGROCUENCA S.A., se “compromete a transferir el 100% de las acciones que posee en AGROCUENCA S.A. a la sociedad AGROCALIMA S.A., vía capitalización en especie en dicha sociedad...”. (Cláusula Segunda). Una vez efectuada esta capitalización, la participación accionaria de Alejandro De Lima en AGROCALIMA S.A. sería del 25% que “sería susceptible de variaciones por capitalizaciones futuras”. (Cláusula tercera, numeral (iv).

José Felipe De Lima en su propio nombre y en representación de AGROCALIMA S.A. se comprometió a capitalizar esta sociedad “con los activos e inversiones que posee a título personal, y descargar los pasivos los cuales se describen en el

⁸³ HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, “Teoría General de la Prueba Judicial”. Tomo II, tercera edición, p. 601.

Anexo 1 (Aporte de patrimonio neto, o sea activos nuevos pasivos nuevos).” (Cláusula tercera numeral (ii)).

De lo anterior resultan los siguientes indicios:

- Alejandro De Lima no tuvo la intención ni expresó la manifestación de voluntad de realizar una transferencia de sus acciones, en forma seria, cierta y real, mediante las operaciones descritas en el precontrato, por los siguientes hechos que se inducen del documento anterior:
- Alejandro De Lima prometió la transferencia de sus acciones, en una cantidad (107.895.000) y por un precio determinado (\$107.895.000), mientras AGROCALIMA S.A. no determinó la cantidad y el precio de las acciones que serían suscritas por aquel y que serían pagadas a título de aporte con sus acciones en AGROCUENCA S.A.
- La participación accionaria que Alejandro De Lima recibiría en AGROCALIMA S.A. sería del “25% que es susceptible de variaciones por capitalizaciones futuras”, lo cual indicaba que no existía una determinación exacta de este porcentaje, y que el 25% era un porcentaje provisional.
- Además del carácter provisional del 25% de la participación accionaria, Alejandro De Lima ignoraba cuántas acciones de AGROCALIMA S.A. correspondían a este porcentaje, ni cuál era su precio, si era por su valor nominal o si se cobraría una prima de colocación de acciones.
- La transferencia de acciones de Alejandro De Lima a AGROCALIMA S.A. autorizada por la asamblea de accionistas se registró en el Libro de Accionistas el 20 de Febrero de 2006, o sea en la misma fecha en que se celebró el precontrato y antes de que se hubiera realizado la capitalización de AGROCALIMA S.A., teniendo en cuenta que esa capitalización era una condición determinante de la participación accionaria que recibiría Alejandro De Lima.
- Al parecer la relación de activos y pasivos que serían objeto de la operación de capitalización de AGROCALIMA S.A. no existió pues no está demostrado en el proceso la existencia del anexo 1 que decía contener esa relación.

16.2.2. En el mismo precontrato de 20 de Febrero de 2006 consta lo siguiente: “Las partes entienden, conocen y aceptan la valoración de los aportes nuevos con los cuales se capitalizará AGROCALIMA S.A., así como los balances de dicha compañía, sus estados de pérdidas y ganancias y demás anexos. Para el caso de las determinaciones de participación de los socios se utilizaron dichos informes con corte a 31 de diciembre de 2005.” [Cláusula tercera, numeral (iii)].

En el dictamen pericial consta que el patrimonio neto de AGROCALIMA S.A. a 31 de Diciembre de 2005 era de \$10.704.447.024 y a 20 de Febrero de 2006 era de

\$10.218.937.142 (dictamen principal, página 32). En el mismo dictamen aparece que el patrimonio neto de AGROCUENCA S.A. a Diciembre 31 de 2005 era de \$56.310.622.473 y en Febrero 20 de 2006 era de \$54.597.532.397 (dictamen principal, página 2).

El perito dictaminó que el valor de las inversiones antes de valorizaciones efectuadas en AGROCALIMA S.A. en el 2006 ascendió a la suma total de \$647 millones.

De lo anterior resultan los siguientes indicios:

- En el mundo normal y corriente de los negocios comerciales, una operación de capitalización como la prevista en el precontrato, en el supuesto de que ella se hubiera realizado en forma seria, real y comercial, implicaba elaborar por parte de expertos financieros una valoración patrimonial de las dos sociedades AGROCUENCA S.A. y AGROCALIMA S.A. para determinar la cantidad y el precio de las acciones que serían objeto de la capitalización, valoración que no aparece acreditada en este proceso, y que es un indicio de que se trataba de una negociación en la que la intención de ambas partes era la celebración de un contrato aparente, que no produjera efectos entre Alejandro De Lima y AGROCALIMA.

- Con la declaración contenida en la cláusula tercera, numeral (iii), antes transcrita, se quiso darle apariencia de realidad a la negociación celebrada entre Alejandro De Lima y AGROCALIMA S.A., pues únicamente se trató de demostrar que ambas partes “entienden, conocen y aceptan la valoración de los aportes nuevos con los cuales se capitalizará AGROCALIMA S.A.”, manifestación que es una simple declaración sin efectos probatorios concretos en razón a que no se determinaron los “aportes nuevos” ni consta en el proceso el Anexo 1 que dijo contener esos aportes.

- De acuerdo con el dictamen pericial los aportes de capitalización de AGROCALIMA S.A. por parte de José Felipe De Lima ascendieron a la suma de \$115.620.000 mediante la suscripción de 5.781 acciones que por su cuantía es una suma irrisoria en relación con el valor de las acciones que Alejandro De Lima transfirió a AGROCALIMA S.A.

- En el balance general de AGROCALIMA S.A. consta que el pasivo de esta sociedad en el 2005 era de \$2.537 millones de pesos y en el 2006 era de \$3.519 millones de pesos (ver balances de AGROCALIMA S.A., página 41 del dictamen pericial), aumentándose en casi 1.000 millones de pesos, lo cual significa que el compromiso de José Felipe De Lima a favor de AGROCALIMA S.A. de “descargar

los pasivos los cuales se describen en el Anexo 1”, fue simulado y no correspondió a un negocio real y verdadero.

- En el precontrato se dijo que las participaciones se habían calculado con base en los estados financieros a 31 de diciembre de 2005. Sobre la base de un patrimonio neto de AGROCUENCA S.A. de \$56.310.622.473 y de AGROCALIMA S.A. de \$10.704.447.024, y de una participación de Alejandro De Lima del 12.28% en AGROCUENCA S.A. y de la participación accionaria del 25% que este recibiría de AGROCALIMA S.A., la diferencia de estos valores patrimoniales es un indicio más de que el negocio fue simulado, pues no hay equivalencia entre el valor del 12.28% de las acciones en AGROCUENCA S.A. y el 25% de las acciones en AGROCALIMA S.A.

16.2.3. En el precontrato se dijo que se garantizaría a Alejandro De Lima en un plazo de tres años “una suma mínima equivalente a los dividendos que decretare anualmente AGROCUENCA S.A. por igual período”.

El perito conceptuó que Alejandro De Lima no recibió dividendos de AGROCALIMA S.A. durante los años 2006, 2007, 2008 y 2009, y que en el año de 2010 recibió \$768 millones de pesos (dictamen pericial principal, página 16).

De lo anterior resultan los siguientes indicios:

- Aún en el supuesto de que la transferencia de acciones entre Alejandro De Lima y AGROCALIMA S.A. fue el resultado de un negocio serio, real y comercial, el no pago de dividendos es un indicio de que no existió intención alguna de transferir las acciones de aquel en AGROCUENCA, ni de adquirirlas por parte de AGROCALIMA S.A., pues el no pago de dividendos evidencia en forma muy clara la simulación de esa negociación.

- En lugar de pagar los dividendos a que tendría derecho Alejandro De Lima en el supuesto de que la negociación hubiera sido real, AGROCALIMA S.A. le suministró dineros a Alejandro De Lima, a título de mutuo, y procedió a abrir en su contabilidad una cuenta por cobrar durante los años 2006 a 2010, para que éste quedara como deudor de AGROCALIMA S.A. Este indicio tiene el significado de que no se consideró a Alejandro De Lima como accionista de AGROCALIMA S.A. sino como una persona a quien se le podía prestar dinero para convertirlo en deudor de AGROCALIMA S.A., teniendo en cuenta que a Diciembre de 2010 Alejandro De Lima figura como deudor de AGROCALIMA por la suma de \$1.675.492.746, según dictamen pericial, página 18.

- Los dividendos que produjo AGROCUENCA S.A. en el período de 2006, 2007 y 2008, según el dictamen del perito, página 5, fueron respectivamente de \$6.543.598.245, \$5.110.469.791 y \$5.303.288.093, de los cuales le correspondía

a Alejandro De Lima el 12.28%, o sea una suma aproximada a los \$1.900 millones de pesos, que no fueron pagados por AGROCALIMA S.A. en este mismo periodo, indicio que confirma la calidad de simulada que tuvo la transferencia de acciones de Alejandro De Lima. AGROCALIMA únicamente pagó dividendos a Alejandro De Lima en 2010 por la suma de \$767.967.177.

16.2.4. En el dictamen pericial se conceptúa que “AGROCALIMA S.A. en febrero 20 de 2006, “compra 107.983.117 acciones de AGROCUENCA “según Acta de Asamblea Ordinaria No. 015 de AGROCUENCA S.A. de esta misma fecha”, que esa compra fue hecha a Alejandro De Lima, y que se expidió a favor de AGROCALIMA S.A. el título número 072, de acuerdo con lo que consta en el Libro de Registro de Acciones de AGROCUENCA S.A. (dictamen pericial, página 4).

El precio de estas acciones de AGROCUENCA S.A. fue el de su valor nominal de \$1.00 cada una, o sea un valor total de \$107.983.117, de acuerdo con el dictamen del perito en el complemento del dictamen, respuesta a la pregunta 2, página 2.

El 2 de marzo de 2006 Alejandro De Lima suscribió 5.395 acciones de AGROCALIMA S.A. por un valor total de \$107.900.000, a razón de \$1.000 de valor nominal más prima de colocación de acciones por \$19.000, valor total que fue cruzado con el precio de la venta de las acciones de Alejandro De Lima a AGROCALIMA S.A.

El perito conceptuó lo siguiente sobre la anterior suscripción de acciones: “La suscripción de 5.395 acciones de Alejandro De Lima se debitó a la cuenta #238095 (acreedores varios-otros), mediante documento AJ-0034, con el concepto cruce de cuentas por venta de acciones por un valor de \$107.895.000.” (Respuesta a la pregunta 8 del complemento del dictamen).

En Marzo 13 de 2006 Alejandro De Lima compró la cantidad de 3.417 acciones adicionales a varios accionistas de AGROCALIMA S.A., entre ellos José Felipe De Lima, con lo cual su participación accionaria pasó del 15.3% al 25% (página 15 del dictamen pericial).

La testigo Samira Ibrahim dijo en su declaración, en su antiguo carácter de Gerente Administrativa y Financiera de AGROCUENCA S.A. y de AGROCALIMA S.A., con relación a la inscripción que hizo de la transferencia de acciones de Alejandro De Lima a AGROCALIMA S.A.: “...yo recibí la aprobación ese día para esa transacción entonces yo lo hice con base en la aprobación que hubo en la *asamblea*”. Y más adelante cuando se le preguntó cuál fue la razón para que Alejandro De Lima cediera sus acciones a AGROCALIMA S.A. contestó: “Él dijo en la *asamblea* que porque quería que lo representaran”. Y agregó: “Alejandro quería que AGROCALIMA lo representara en todos los actos de la sociedad”.

De lo anterior se resultan los siguientes indicios:

- La inscripción de la transferencia de acciones de Alejandro De Lima a AGROCALIMA S.A. la hizo Samira Ibrahim en el Libro de Registro de Acciones de esta sociedad con base en el Acta de la Asamblea Ordinaria de Accionistas de AGROCUENCA S.A. de 20 de Febrero de 2006, sin que existiera “orden escrita del enajenante” o “endoso hecho sobre el título respectivo”, como lo ordena el artículo 406 del C. de Co. Este es un indicio que demuestra que no hubo manifestación de voluntad expresa con la intención de vender las acciones por parte de Alejandro De Lima ni de comprarlas por parte de AGROCALIMA S.A.
- Aunque la venta de acciones en sociedad anónima es de carácter consensual y no hay una prueba plena sobre la venta verbal de estas acciones, puede deducirse que esa venta no podía producir efectos contra la sociedad y terceros por omisión de la formalidad de la orden escrita de Alejandro De Lima o del endoso del título de sus acciones. La falta de prueba del contrato verbal es un indicio de que el alegado contrato de venta de acciones es inexistente.
- El valor de la suscripción que hizo Alejandro De Lima de 5.395 acciones de AGROCALIMA S.A. por un valor total de \$107.900.000, por no haber sido pagado por Alejandro De Lima, se cruzó o se compensó con la suma de \$107.983.117 por concepto del precio de 107.983.117 acciones de AGROCUENCA S.A. transferidas a AGROCALIMA S.A., que tampoco pagó esta suma. Este es un indicio que demuestra la simulación de la venta de acciones pues las 5.395 acciones de AGROCALIMA representaban una participación accionaria del 15.3% , cuando en el precontrato se había convenido que Alejandro De Lima tendría el 25% de participación accionaria en AGROCALIMA S.A. por la capitalización de las 107.983.117 acciones que aquel tenía en AGROCUENCA S.A. (Cláusula Tercera).
- El 13 de Marzo de 2006 Alejandro De Lima compró la cantidad de 3.417 acciones adicionales a varios accionistas de AGROCALIMA S.A., entre ellos José Felipe De Lima, con lo cual su participación accionaria pasó del 15.3% al 25%. Este es un indicio demostrativo de que la venta de acciones de Alejandro De Lima fue simulada, pues estas acciones adicionales compradas por Alejandro De Lima debían corresponder a la prestación de AGROCALIMA S.A. de entregar esas acciones por la capitalización de las acciones que tenía Alejandro De Lima en AGROCUENCA S.A.
- El valor de las 5.395 acciones de AGROCALIMA S.A. suscritas por Alejandro De Lima fue de \$1.000 de valor nominal por cada acción más una prima de colocación de acciones de \$19.000, lo cual da un precio de \$20.000 por acción, o sea un total de \$107.900.000. En contraste con lo anterior, el valor de cada

acción de AGROCUENCA S.A. transferida a AGROCALIMA S.A. tuvo un valor de \$1.00 por cada acción, sin prima de colocación de acciones, o sea un precio total de \$107.983.117. Este un indicio de simulación, pues la sociedad AGROCUENCA S.A. tenía un valor patrimonial de \$54.960 millones de pesos a Febrero de 2006 en comparación con un valor patrimonial de AGROCALIMA de \$10.219 millones de pesos; y la diferencia entre el valor de la acción más prima en colocación (\$20.000) de AGROCALIMA S.A. es veinte mil veces el valor del precio de la acción (\$1.00) de AGROCUENCA S.A.

- El precio de venta de las acciones de Alejandro De Lima fue de \$1.00 por cada acción, o sea un valor total de \$107.983.117, precio que se considera vil o irrisorio, que no corresponde al valor comercial de las acciones de Alejandro De Lima en AGROCUENCA S.A., que fue fijado por el perito en la suma de \$6.722 millones de pesos, en relación con un valor patrimonial de AGROCUENCA S.A. por la suma de \$54.960 millones de pesos, según dictamen pericial, página 8. Este hecho es un indicio en el sentido que no hubo precio en razón a que este fue vil o irrisorio, por lo cual se considera no pactado (art. 920 del C. de Co.), teniendo la consecuencia de que la venta de acciones de AGROCUENCA es inexistente por falta de un elemento esencial.

- La declaración de Samira Ibrahim, quien además de Gerente Administrativo y Financiero de ambas sociedades, actuó como secretaria en la Asamblea de accionistas de AGROCUENCA S.A. de 20 de Febrero de 2006, es un indicio de que la venta de acciones de Alejandro De Lima a AGROCALIMA S.A. fue simulada, pues si aquel dijo que la causa de esa venta era su deseo de que “AGROCALIMA lo representara en todos los actos de la sociedad”, con ello se demuestra el hecho de que no existió intención ni manifestación de voluntad de vender las acciones de AGROCUENCA S.A., pues son esencialmente diferentes el mandato y la compraventa.

Ante la abundancia, gravedad y conexidad de los indicios, tal como han sido aquí descritos, el Tribunal considera que si no obrara ningún otro medio de prueba, la prueba indiciaria tiene pleno valor y el Laudo tendría que declarar la simulación del contrato de venta de acciones.

16.3. ANÁLISIS DE OTROS MEDIOS DE PRUEBA DE LA SIMULACIÓN OCURRIDA.

Reconoce el Tribunal, como lo expresa el profesor ANTONIO ROCHA, que la *prueba reina* del acaecimiento de la simulación, es la prueba indiciaria: “La índole de esta prueba, llegar a lo desconocido partiendo de lo conocido, la hace muy útil para los hechos de que las gentes no quieren dejar constancia, y que, al contrario,

desearían ocultar, como los ilícitos; o que después desean negar, como las intenciones, el ánimo de fraude, de simulación, de consentimiento tácito”⁸⁴.

Pero concurren en el expediente distintos medios de prueba que coinciden en llevar al ánimo de los integrantes del Tribunal la convicción de que el pacto de 20 de Febrero de 2006, y los actos que le sucedieron, fueron simulados. Abundan las demostraciones de que lo que sucedió en el mes de Febrero de 2006 fue el acuerdo definido entre Alejandro De Lima y la sociedad AGROCALIMA, conformada y controlada por su hermano José Felipe De Lima, de aparentar una transferencia de las acciones de Alejandro De Lima en la sociedad de familia AGROCUENCA a la sociedad AGROCALIMA, con el propósito de proteger a Alejandro De Lima de cualquier posible consecuencia adversa ocurrida por su participación en la vida política activa. Abundan igualmente las demostraciones de que en el fondo del negocio no existió el ánimo de transferir definitivamente la propiedad de las acciones, sino un traspaso fiduciario temporal hasta que el supuesto cedente solicitara a la sociedad de su hermano el reintegro de las acciones.

En este orden de ideas se destaca con claridad el interrogatorio de parte a Alejandro De Lima Böhmer, en el cual este dijo textualmente para explicar lo ocurrido:

.....

Interroga la apoderada de Agropecuaria Calima S.A.: “Según el contrato de promesa de compraventa de acciones suscrito por usted con la señora Virginia BÖHMER Rengifo, y visible a Folios 43 y 44, del cuaderno número 4, aportado con la contestación de la demanda, ¿se comprometió usted a enajenar 3.414.954 acciones que poseía usted en AGROCUENCA S.A. a razón de un peso por cada acción?

Contesta el Sr. ALEJANDRO DE LIMA: “Sobre el particular lo que yo le puedo decir es que no es cierto, no es cierto que yo haya entregado y enajenado acciones. Pero aclaro, aclaro que en ese sentido las acciones

⁸⁴ ANTONIO ROCHA, “De la Prueba en Derecho”. Bogotá: Ediciones Lerner (1967), página 624.

que yo le entregué a mi madre, todo era de carácter simulado, en virtud de trabajar en el sector público en ese momento”.

.....
Interroga la apoderada de Agropecuaria Calima S.A.- “¿Se llevó a cabo efectivamente dicha transacción?, me refiero a la anterior. ¿Se llevó a cabo efectivamente esa transacción, a la transacción a que ha hecho referencia en la pregunta anterior?

Responde el Sr. ALEJANDRO DE LIMA: “Yo le he respondido que todo esto fue simulado, de manera que no hay ninguna transacción que se haya llevado a cabo”.

.....
Interroga la apoderada de Agropecuaria Calima S.A.: “¿Las acciones a la que hace referente dicha comunicación, son las que usted poseía en AGROCUENCA S.A.?

Responde el Sr. ALEJANDRO DE LIMA: “Las acciones a las que menciona el referido comunicado, seguramente eran las mías, pero yo no puedo certificar que se haya llevado a cabo ninguna transacción. Como le repito y le dije anteriormente, la mayoría de las reuniones nuestras eran de carácter informal, de manera que no puedo certificar cuando hubo una transacción simulada, que haya sido pues una transacción formal”.

.....
Interroga la apoderada de Agropecuaria Calima S.A.: “¿Recuerda usted cuáles fueron los términos de esos acuerdos a los cuales ustedes llegaron a acuerdo, llegaron a esos o a unos..., recuerda usted cuáles fueron esos acuerdos que lograron entre AGROCALIMA S.A. y usted como Alejandro De Lima, y que dio nacimiento a ese contrato?

Contesta el Sr. ALEJANDRO DE LIMA: “Pues la verdad no sería pertinente hablar de acuerdo, doctora, porque si no, no estaríamos aquí sentados, sería más bien hablar de desacuerdos, o sea yo creo que esa es la palabra. Desacuerdos porque era una transacción simulada de custodia o protección de unas acciones que en el momento de devolverlas pues hay una negativa, entonces lo que hay es un desacuerdo y por eso estamos aquí sentados, entonces yo no sé usted a qué se refiere cuando dice “acuerdo”, aquí no hay ningún acuerdo”.

.....
Interroga el presidente del Tribunal: “Yo creo que él ha dado una respuesta diciendo que no hubo prácticamente un acuerdo si no que hubo fue

desacuerdos, según dice, que realmente celebró una venta que no era real, ¿fue así, es cierto?

Responde el Sr. ALEJANDRO DE LIMA: Así es, una venta simulada.

Interroga la apoderada de Agropecuaria Calima S.A.: Nos explica para claridad de este Despacho, ¿en qué consistió esa simulación?

Contesta el Sr. ALEJANDRO DE LIMA: “No, yo no soy abogado para entrar en el tecnicismo. Lo que sí le puedo decir es que el deseo de Alejandro y de su familia era proteger un patrimonio en virtud de una participación del suscrito en la vida pública, de manera que confiando en un hermano hemos llegado a un problema, a un desacuerdo insisto, porque le doy a que me cuide unas acciones y después hay una negativa a la devolución de las mismas”.

De igual manera, en su interrogatorio a instancia de parte, el representante legal de AGROCUENCA, Sr. Ricardo De Lima Böhmer, hermano de Alejandro De Lima y de José Felipe De Lima, gerente y controlador de AGROCALIMA, fue concurrente con la declaración de Alejandro De Lima, y manifestó:

.....

Interroga la apoderada de Agropecuaria Calima S.A.: “¿Indíqueme a este Despacho, cuáles son las circunstancias de modo, tiempo y lugar, por medio del cual se celebró el contrato, por medio del cual se pretende declarar la nulidad, simulación, ineficacia o precio vil o irrisorio?

Responde el Sr. RICARDO DE LIMA: “En las conversaciones, en los acuerdos verbales entre Agrocalima y Alejandro De Lima, particularmente nunca estuve presente, sin embargo fuimos ocasionalmente informados de este acuerdo simulado cuyo objeto era la protección o el deseo de proteger a Alejandro, era lo que él tenía en su, era su solicitud. Repito, nosotros, o particularmente Ricardo, no estuvo en el acuerdo verbal realizado entre Alejandro De Lima, como socio, y Agrocalima, como socio”.

.....

En el interrogatorio de parte a JOSÉ FELIPE DE LIMA, como representante legal de AGROCALIMA, decretado a instancias del Tribunal, el deponente da el carácter de simulado al traspaso de favor de las acciones de Alejandro De Lima a su señora madre Virginia Böhmer de De Lima; aunque el interrogado no denomina como simulada la transacción entre AGROCALIMA y Alejandro De Lima, sí reconoce validez a los elementos constitutivos del acto simulado, como el precio irrisorio; pone de presente la extrema inequidad de los términos de intercambio en la negociación; se refiere a las aspiraciones políticas de Alejandro De Lima como

causa simulandi de fondo; y reconoce plenamente que la asamblea de accionistas de AGROCUENCA S.A., de 17 de Agosto de 2010, declaró ineficaz el traspaso de acciones de Alejandro De Lima a AGROCALIMA S.A.:

.....
“...el 15 de Octubre del año 2006, nos envía copia para nosotros un documento de simulación en donde Alejandro De Lima está cediendo las acciones de Virginia BÖHMER, perdón, de él a nombre de Virginia BÖHMER, de fecha 15 de Octubre del año 2006, es ese documento...”

.....
“...La totalidad de las transacciones que hacíamos era valor nominal, específicamente sobre la transacción entre Alejandro, José Felipe De Lima y AGROCALIMA S.A., se hizo todas las transacciones a valor nominal, se compensó con el tema de las platas....”

.....
Interroga el presidente del Tribunal: “Usted dice que el precio total fue de \$200 millones de pesos y que las acciones se negociaron por su valor nominal de 1 peso, habría una diferencia entre \$200 millones que usted cita como el valor total de la negociación y el valor correspondiente al nominal de las acciones. ¿Esa diferencia en qué consiste, qué concepto tiene?”

Responde el Sr. JOSÉ FELIPE DE LIMA, representante legal de AGROCALIMA: “Hay que mirar el contrato total. O sea, una cosa son las acciones que Alejandro aportó y otra cosa son las cosas que él recibió. ¿Qué recibió el señor Alejandro De Lima a cambio, de Agrocalima qué recibió? Recibió el 25% de su capital, recibió un ingreso garantizado por los 36 meses que ya demostramos que son aproximadamente \$750, \$760 millones de pesos, y recibió del señor Felipe De Lima aproximadamente \$300 millones de pesos. ¿Por qué digo aproximadamente? Porque también hay en uno de los Otrosí’s firmamos una constancia en donde había un descuento financiero por pronto pago a los \$300 millones de pesos, pero digamos que más o menos son los \$300 millones de pesos, eso fue lo que el señor Alejandro De Lima recibió”.

.....
Interroga el presidente del Tribunal: “¿Sabe usted cuál fue la causa o motivo por la cual Alejandro De Lima hizo las negociación de acciones con AGROCALIMA S.A.?”

Contesta el Sr. JOSÉ FELIPE DE LIMA, representante de AGROCALIMA S.A.: “Como lo manifesté en la primera pregunta que me pude extender,

Alejandro De Lima a finales del año 2005 y principios del año 2006 manifestó su interés de no ser socio de AGROCUENCA S.A., tenía interés en sacar adelante su negocio de Café Mulato, estaba incorporando nuevos accionistas en esa compañía, invitó a terceros, entre ellos nosotros fuimos parte de esa campaña que él hizo, tenía también sus aspiraciones políticas, pero siempre manifestó o consideró que él no quería estar al interior de AGROCUENCA S.A., ¿por qué?, seguramente por algunos de los malos manejos que ya se veían o algunas cosas que él no compartía”.

.....
Interroga el árbitro Rodrigo Becerra: “¿Doctor José Felipe, sabe usted si la asamblea general de accionistas de AGROCUENCA S.A. se ha reunido para deliberar y decidir acerca de la legalidad o ilegalidad de la decisión adoptada por ésta, de aprobar la cesión de acciones del señor Alejandro De Lima a favor de Agrocalima, y si se ha reunido con ese fin que decisión tomó?”.

Responde el Sr. JOSÉ FELIPE DE LIMA, representante legal de AGROCUENCA S.A.: “Efectivamente, doctor Rodrigo, como lo ilustré anteriormente la asamblea extraordinaria de accionistas de Agrocuencia S.A., con la asesoría de los doctores ya mencionados, celebró una asamblea el 17 de Agosto del año 2010 en donde (...) decidieron en esa asamblea extraordinaria de accionistas declarar ineficazmente, ineficaz parcialmente la asamblea de Febrero del año 2006 por considerar algunos argumentos que esgrimen ellos en su preconcepto, pero por el contrario ratifican una serie de decisiones importantísimas tomadas en esa asamblea como el tema de la fusión de Latino S.A. con Progreso Inversiones y demás sociedades que terminó siendo lo que ustedes conocen hoy como Organización De Lima S.A. (...).”.

.....
El Tribunal asigna especial valor probatorio a la declaración del señor Ernesto De Lima Lefranc, iniciador del grupo empresarial que lleva su apellido y padre de los hermanos De Lima Böhmer:

.....
Interroga el presidente del Tribunal: “Por favor diga usted todo lo que le conste con relación a este proceso que ha sido iniciado por AGROCUENCA S.A. y Alejandro De Lima contra AGROCALIMA S.A. y los hechos relacionados con el mismo o las diferencias que hayan tenido las partes.

Responde el Sr. ERNESTO DE LIMA LEFRANC: “Bueno, hace unos años me enteré para sorpresa mía que se había realizado un acuerdo o se había llegado a un acuerdo entre Agrocalima sociedad de mi hijo Felipe y su familia inmediata y mi otro hijo Alejandro, mediante el cual según me comentó Alejandro le trasladaba temporalmente las acciones que anteriormente las había tenido a nombre de su madre doña Virginia BÖHMER cuando estaba ocupando la Dirección de la CVC, y digo que fue para sorpresa mía porque pues aunque no pretendo que mis hijos me tengan que consultar por supuesto todos sus negocios y desde que creamos dos sociedades independiente para manejar los patrimonios de las familias De Lima BÖHMER y De Lima Anderson que es mi nueva familia, creo que fue si no estoy mal en el 2001, pues yo no me volví a involucrar mucho en los negocios de mis hijos por delicadeza, cuando me buscaban para consultarme o pedirme opiniones yo se las daba, en este caso no fui consultado por ninguna de las partes, me incomodó mucho porque le pregunté a Alejandro que si estaba claro que eso era temporal y me dijo sí papá, así lo hemos convenido; eso es más o menos lo que se de esa operación. Posteriormente en diferentes reuniones ya cuando se presentó la solicitud por parte de Alejandro el que se le devolviera esas acciones, tanto doña Virginia como yo reiteradamente solicitamos que esa promesa que supuestamente según Alejandro le había hecho Felipe de devolverle sus acciones, se cumpliera. En más de una oportunidad tal vez Felipe que me visitaba en esa época con alguna regularidad y yo le hablaba del tema, me decía que no tenía inconveniente en devolver las acciones siempre y cuando Alejandro le reembolsara la plata que le debía, tanto que algún día le dije pero Felipe recordá que Alejo no ha producido mucho en su vida porque se ha dedicado mucho al servicio social y al servicio cívico entonces tratólo con delicadeza en el tema de los intereses. Y ya como punto final, quisiera decir que siempre le dije a mis hijos que uno con la familia no pretendía ganarle nada, que uno puede ganar suficiente por fuera de la familia para ganarle o tratar de ganarle dinero a la familia. Eso es como más o menos lo que puedo decir al respecto.

.....

“Interroga el apoderado de Agropecuaria Cuenca S.A.: “Sírvese manifestar don Ernesto en forma concreta si usted y doña Virginia BÖHMER de forma específica le exigieron a José Felipe De Lima o AGROCALIMA S.A. a través de su representante legal, que debía restituirle a Alejandro De Lima

las acciones que transitoriamente o simuladamente le había transferido. En caso de que eso sea afirmativo, le rogaría que puntualmente me indicara alguna de esas ocasiones que usted pueda recordar”.

Responde el Sr. ERNESTO DE LIMA LEFRANC: “Sí, doctor Raffo, no en una oportunidad, en muchas, tanto doña Virginia como yo que estuvimos siempre en desacuerdo con que Alejandro se quedara sin acciones en la compañía que producía dividendos y teniendo en cuenta que él no ha sido un generador de utilidades, personalmente pues nos preocupaba muchísimo que él se fuera a quedar sin ese ingreso para él y su familia y sus pequeños hijos pues que propiamente los tiene que acabar de educar, insistimos muchísimas veces en eso individualmente ella y también individualmente yo. En algún momento José Felipe me pidió que le vendiera yo la participación que tenía en dos compañías que él fue su gestor, bueno en una de ellas gestor con la familia de su tío, don German BÖHMER, que se llama Polylón, y en otra que se llama Invergrupo, y yo le dije Felipe te las vendo el día que le devolvás las acciones a Alejandro, no tengo ningún inconveniente, él me manifestó que se sentía más a gusto no teniéndome a mí de socio, no hay problema, pero te las vendo el día que le devuelvas las acciones a Alejandro, se lo dije en mi oficina más de una vez, no sé si le contesté un correo que me puso, creo que le respondí que ese no era tema para tratar por correos electrónicos sino verbalmente, entonces él fue a mi oficina se lo reiteré y posteriormente no recuerdo la fecha exacta en una reunión celebrada en el Club de Ejecutivos con la asistencia de todos los siete hijos De Lima BÖHMER, doña Virginia y yo, le insistimos reiteradamente, doña Virginia le dijo Felipe es lo último que te pido, deme eso de regalo, no me acuerdo si dijo de cumpleaños o de navidad, y Felipe a lo último le respondió que le pidiera todo menos eso. Reitero que a mí me había manifestado en otras oportunidades que no tenía inconveniente en devolver las acciones cuando Alejandro le reembolsara lo que él le había prestado”.

.....

Interroga la apoderada de Alejandro De Lima Böhmer: “Usted en sus respuestas anteriores manifestó que Agrocalima por intermedio de su gerente Felipe De Lima se había negado a devolverle las acciones a Alejandro De Lima, las acciones de Agrocuenca. Manifiéstele al Despacho si conoció los motivos o argumentos expuestos por Agrocalima para no devolver las acciones que eran de Alejandro De Lima”.

Responde el Sr. ERNESTO DE LIMA LEFRANC: “Como lo dije anteriormente, José Felipe en más de una oportunidad reiteró su intención de devolver esas acciones una vez Alejandro cancelara los pasivos que tenía con Agrocalima. Posteriormente en la reunión del Club de Ejecutivos a que hice referencia, ya para mi sorpresa se negó a hacerlo, y tal vez con posterioridad cuando yo le dije pero Felipe es que tú me habías hablado o me habías manifestado estar dispuesto a devolver esas acciones cuando Alejandro te pagara, me dijo sí pero es que mis hermanos han estado hablando mal de mí y entonces yo ya me retracto. Eso es lo último que sé que usó como argumento para no devolverlas”.

.....
Interroga la apoderada de Agropecuaria Calima S.A.: “¿Podría usted indicarnos, o a este Tribunal, las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que usted pudo haber conocido en que se celebró ese contrato verbal que nos señala el doctor Alejandro De Lima que surgió?”.

Responde el Sr. ERNESTO DE LIMA LEFRANC: “No, yo vine a enterarme, yo vine a enterarme no podría decir con exactitud cuánto después, me incomodó muchísimo, cuando le pregunté a Alejandro me dijo que era un negocio que, o un deposito que temporalmente porque su mamá le había recibido esas acciones ya que estando en el servicio público no era conveniente que él las tuviera. Me reafirmo en lo dicho anteriormente, Alejandro tenía necesidades económicas, tanto que tuvo que vender alguna parte de sus acciones a la misma Sociedad Agrocuencia, entonces ante el apremio que estaba tendiendo y tal vez nunca valorando digamos el patrimonio que le representaban esas acciones pues las puso en riesgo, las puso en riesgo tal vez en manos de un hermano que si la transacción era definitiva entonces no entiendo por qué a mí me reiteró más de una oportunidad, y lo digo bajo la gravedad del juramento otra vez, que estaba dispuesto a devolverlas una vez Alejandro cancelara los pasivos que tenía con Agrocalima”.

.....
Interroga la apoderada de Agropecuaria Calima S.A.: “Doctor Ernesto De Lima, quiero nuevamente ponerle de presente el contrato suscrito entre Alejandro De Lima, José Felipe De Lima BÖHMER representante legal de AGROCALIMA S.A., SOCIEDAD CIVIL, y José Felipe De Lima, que obra a folios 024 y 028 del cuaderno 4, para en esta ocasión hacerle la siguiente pregunta. ¿En su condición de experto en el mundo de los negocios y de

acuerdo con el texto del contrato que se le puso de presente, observa usted que en el mismo existe algún elemento que permitiera inferir que esa operación no fuera real?”.

Contesta el Sr. ERNESTO DE LIMA LEFRANC: “Respondo, no, no conozco a fondo el documento, no soy abogado, supongo que dentro de su gran habilidad Felipe se cuidó de que ese documento quedara muy bien redactado; lo que yo no entiendo es por qué el deseo de él de quedarse con unas acciones que no le pertenecen, pagándole un valor infinitamente inferior al valor real de esas acciones. Se lo dije muchas veces eso no es correcto, a la familia uno no le trata de ganar nada y me molesta muchísimo que Alejandro vaya a quedar en la calle, me duele muchísimo por cuenta de ésta negociación”.

.....
Interroga la apoderada de Agropecuaria Calima S.A. “¿Usted como padre de familia, como padre que era del señor Alejandro De Lima, el señor Felipe De Lima, en algún momento solicitó la intervención de la doctora Astrid Escobar Robayo para que interviniera en la solución del conflicto surgido entre los dos hermanos y para que buscara un intérprete que fuera de la comodidad del doctor Felipe De Lima para solucionar la inconveniente surgido en esa transferencia de las acciones surgidas entre sus dos hijos?”

Responde el Sr. ERNESTO DE LIMA LEFRANC: “Sí. No, de ninguna manera, yo no busqué esa opinión, la sugirió Felipe cuando yo le estaba reclamando que por qué habían firmado o habían hecho ese documento; me dijo papá ese documento es transparente, pídele a Astrid o por qué no nombras a dos personas o sugiero que Astrid, y un abogado que creo que se llama Humberto algo... (.....) Tal vez Humberto Vidal, revisen el documento. Creo que le dije Felipe conociéndote a ti, desde el punto de vista jurídico a lo mejor eso este perfecto pero creo que eso no reflejaba el espíritu de la negociación que tú y Alejandro celebraron, pero pues que produzcan el documento; y efectivamente ellos conceptuaron que jurídicamente no le encontraban, no creo que profundizaron mucho porque a lo pocos días me entregaron eso y juntos en mi oficina me lo trajeron, que no encontraban ninguna objeción desde el punto de vista jurídico. Le reiteré lo que acabo de decir, posiblemente desde el punto de vista jurídico conociendo la habilidad de Felipe se curó de que eso fuera, de que fuera hecho muy bien, nunca pensé que él iba a apelar a eso para negarse a devolver unas acciones, no entiendo, no entiendo por qué se quiera quedar

con las acciones de Alejandro cuando él sabe que Alejandro las necesita más que él, Felipe puede llegar a ser uno de los hombres más ricos de esta región o de Colombia por sus habilidades, bienvenido que así sea, le deseo la mejor suerte, pero no debe quedarse con las acciones de su hermano”.

.....
Interroga la apoderada de Agropecuaria Calima S.A.: “Don Ernesto, ya para finalizar. Quisiera de forma respetuosa que usted me indicara por qué se molesta tanto que el doctor Felipe De Lima o la sociedad se haya quedado con las acciones si ya la Asamblea General de Accionistas de Agrocuencia declaró la ineficacia y le quitó las acciones a Felipe De Lima?”.

Responde el Sr. ERNESTO DE LIMA LEFRANC: “Pues porque ustedes, entiendo que han recusado o como se llama, se han opuesto o han interpuesto un recurso en contra de la decisión de esa asamblea, lo que quiere decir que Felipe no quiere o Agrocalima no quiere devolver esas acciones que es lo que no entendemos ni su madre ni yo, desafortunadamente por la situación de salud de ella no pudo venir a declarar, estaría diciendo en más o menos los términos que yo me he expresado hoy, exactamente lo mismo, es una tristeza que ella no haya podido venir a declarar para que, ¿ustedes creen que dos padres se van a confabular en contra de uno de sus hijos? si uno los quiere a todos por igual, lo que no queremos es que uno se trate de quedar con los bienes de otro, así de sencillo, doctora”.

.....
El testigo Ernesto De Lima Böhmer ratifica en innumerables ocasiones la simulación ocurrida:

.....
“...Esta confianza de alguna manera se empezó a resquebrajar porque el gerente de entonces, mi hermano Felipe De Lima BÖHMER, utilizando las acciones que simuladamente le había adquirido a Alejandro De Lima, su hermano, y utilizando dos fidecomisos uno de Liliana y otro de María Virginia, citó a una asamblea en finales del mes de diciembre del año 2008 y sin comunicarnos nada pues de un sólo plumazo nos sacó de la junta directiva...”.

.....
“...Posterior a eso tuvimos muchas reuniones en donde Felipe me manifestó varias veces, en Vilela me acuerdo, Vilela era una finca que heredó mi madre de don Harold BÖHMER con sus hermanos, y él me

acuerdo sentado en la quebrada de la entrada de la piscina me dijo no te preocupés Junior que yo le devuelvo las acciones a Alejandro, que me paguen lo que me deben, ese día yo le dije hombre lo que pasa es que los intereses que le estás cobrando a Alejo son muy altos, como le vas a cobrar el uno y medio, la tasa está por debajo de, entonces dijo no yo le bajo eso al uno no hay problema que me paguen mis, mi plata yo le devuelvo las acciones a Alejandro...”

.....
“...Después otra vez en el Club de Ejecutivos también ofreció devolverle las acciones a Alejandro y pues hasta el sol de hoy, y bueno así hay otra serie de innumerables actos donde él dijo que le devolvía las acciones a Alejandro, muchas veces se lo dijo a mi padre, papá no te preocupés que yo le devuelvo las acciones a Alejandro, papá no te preocupés que yo le devuelvo las acciones a Alejandro, yo muchas veces le dije hombre Felipe por qué no, pues saquen ustedes las cuentas, suman aquí, restan acá, pasan aquí, pasan allá y busquemos un mecanismo para que esto se arregle...”

.....
Interroga el apoderado de Agropecuaria Cuenca S.A.: “Señor De Lima, de acuerdo con el relato que usted acaba de presentarle a este Tribunal de arbitramento, quisiera preguntarle con el objeto de que concrete si de acuerdo con lo que usted conoce la negociación realizada, entre la negociación realizada entre Alejandro De Lima y AGROCALIMA S.A. en virtud de la cual supuestamente Alejandro le transfirió a AGROCALIMA S.A. sus acciones en Agrocuena, le pregunto si ese negocio por lo que usted conoce fue un negocio real o fue un negocio simulado y sírvase explicar las razones de su respuesta, por qué lo uno o por qué lo otro. Contestó.

Responde el Sr. ERNESTO DE LIMA BÖHMER: “Para mí fue un negocio simulado por varias razones: Primero Alejandro estaba, que muchos de ustedes pues lo conocen, metido en el tema de la política, había estado en la CVC, allá le montaron una cantidad de cuentos, investigaciones que obviamente el tiempo terminó probando que salió impoluto, y él de alguna manera cuando estaba haciendo los pinitos políticos para proteger su patrimonio entonces le dijo a Felipe que le custodiara las acciones; lo que nosotros entendimos en todo momento es que éste era un tema de custodia de acciones, de custodia de patrimonio si podemos llamarlo así ¿cierto?...”

.....

Interroga la apoderada de Agropecuaria Calima S.A.: “La pregunta es si usted no conoció ese supuesto contrato verbal entre Alejandro De Lima y AGROCALIMA S.A. por qué afirmó que las acciones que recibió AGROCALIMA S.A. las recibió en calidad de custodia?”

Responde el Sr. ERNESTO DE LIMA BÖHMER: “Alejandro, nuestro hermano, lo ha manifestado muchísimas veces “estoy dedicado a la vida política, quiero que me blinden mi patrimonio, quiero que me custodien mis acciones y aquí está esto para que me lo cuiden”.

.....
Interroga la apoderada de Agropecuaria Calima S.A.: “Usted informó en una de las respuestas anteriores que no conoció el negocio verbal realizado entre Alejandro De Lima y la sociedad AGROCALIMA S.A., por qué razón dice que ese negocio entre ellos dos fue simulado?”

Contesta el Sr. ERNESTO DE LIMA BÖHMER: “Pues porque tenía un precio irrisorio, porque además Alejandro lo ha manifestado en varias veces que él lo que había era entregado las acciones en custodia, en cuidado, como quiera usted llamarle, con diferentes adjetivos, etc., etc., entonces yo creo que ahí hay suficiente ilustración”.

La testigo Liliana De Lima Böhmer también coincidió con la explicación de la simulación como acto de confianza entre Alejandro De Lima y la sociedad controlada por su hermano José Felipe:

.....
“...A principios del 2006, lo que se alega es que hubo una transferencia de acciones entre Alejandro a Agrocalima en una situación que fue simulada, en ese momento Alejandro y anteriormente también, Alejandro tenía pretensiones, y como ustedes saben pues tenía deseos de trabajar en la vida pública...”.

.....
“...Ahora bien, también pues nunca fuimos formalmente tampoco informados de que había una intención real de compra por parte de Agrocalima de las acciones de Alejandro, y después con mucha sorpresa cuando ya pasaron los eventos y nos dimos cuenta y Alejandro solicito que le devolvieran sus acciones, en teoría pues aparentemente se aduce que efectivamente sí tuvo una transacción real, lo cual pues nunca lo fue...”.

.....
“Pasó el tiempo y eventualmente en el, alrededor del 2008, o que sé yo, pues en retiradas ocasiones tanto mis padres como nosotros le hemos

solicitado a nuestro hermano Felipe que pues le devuelva las acciones, el mismo Alejandro también que le devuelva las acciones, que reconozca que las acciones son de él, y pues eso no se ha dado y por eso estamos aquí de manera desafortunada...”.

Por su parte, el testigo Jorge Alberto Uribe Echavarría narra su conocimiento de las operaciones simuladas:

.....

Interroga el apoderado de Agropecuaria Cuenca S.A.: “¿Qué sabe usted acerca de la negociación llevada a cabo entre Alejandro De Lima BÖHMER y AGROCALIMA S.A., en virtud del cual el primero, Alejandro De Lima BÖHMER, le transfirió a AGROCALIMA S.A., la totalidad de su participación accionaria en la primera, en AGROCUENCA S.A.?”

Responde el Sr. JORGE ALBERTO URIBE: “Sí, yo no tengo como en el caso anterior, sí tengo el conocimiento directo y vivido. Esto, más por los comentarios de la familia De Lima, entiendo que hace unos años Alejandro De Lima iba a entrar o estaba trabajando con el Estado en la CVC, le había hecho una cesión, creo que era una cesión aparente, no sé, de eso no tengo pruebas, pero mientras..., cuando uno es llamado al Estado, y esto creo que todos los que han ocupado un cargo público lo saben, pues lo mejor es no tener en cabeza de uno nada, que quede en cabeza de los hermanos, vender uno lo que tiene, yo mismo lo viví, creo que fue a raíz de eso, creo que fue a raíz de eso que las acciones de Alejandro De Lima fueron entregadas; y no sé la parte de respaldo legal si fue en un fideicomiso, fue en una garantía o en qué forma Alejandro le entregó a Felipe, creo que a Agrocuena, a la sociedad, las acciones de él en Latino. Y que después, lo único que yo conozco, es que después se ha negado a devolverlas”.

.....

Es ilustrativa la declaración de Samira Ibrahim Méndez en cuanto a la concentración del manejo administrativo y contable de las sociedades Agrocuena, Agrocolsa y Agrocalima en 2006, cuando el representante legal de todas era José Felipe De Lima; también ilustra la versión que ofrece sobre la negociación entre Alejandro De Lima y José Felipe De Lima, como representante de AGROCUENCA S.A.; y su declaración aporta luces de veracidad a la *causa simulandi*, que en reiteradas ocasiones se ha radicado en el temor racional de Alejandro De Lima a que su paso por las actividades públicas pudiera afectar el patrimonio de su familia cercana:

.....
“...Realmente allí en esa sociedad, en esa oficina manejábamos todo lo de la familia...”

.....
Interroga el presidente del Tribunal: “Por favor explique usted con más detalle cuál fue la negociación que se celebró entre Alejandro De Lima y la sociedad AGROCALIMA S.A. con respecto a las acciones que aquí tenía en la sociedad Agrocuencia”.

Responde la Sra. SAMIRA IBRAHIM: “Lo que a mí me consta es exactamente lo que dice esta acta de familia y fue que en esa asamblea de familia Alejandro De Lima solicitó a sus hermanos y a su familia que le permitieran que AGROCALIMA S.A. lo representara, que él estaba interesado en que Agrocalima lo representara, pidió esa autorización y la familia se la otorgó. Eso es lo que me consta y está contemplado aquí en las actas. Ahora, para poder hacer esto una realidad había que surtir todo lo que se ve en el acta oficial del libro oficial para poder que Agrocalima asumiera la vocería y la representación de Alejandro De Lima”.

.....
Interroga el árbitro José Félix Escobar: “Durante el período que usted trabajó para las empresas del grupo De Lima muchas pruebas practicadas en este proceso han afirmado que el señor Alejandro De Lima cedió sus acciones a Agrocalima para protegerlas de un eventual paso suyo por el sector público, es decir CVC o algo así, ¿durante ese período que a usted le consta directamente eso se comentaba dentro de la familia?”

Responde la Sra. SAMIRA IBRAHIM: “Particularmente con la señora Virginia. El tiempo que él tuvo una dificultad y una cosa injusta que tuvieron con Alejandro en la CVC en esa época nosotros pusimos las acciones de Alejandro en cabeza de la señora Virginia precisamente para evitar eso. Ahora, el día que él pidió permiso para pasárselas a Agrocalima él lo que hablaba abiertamente era que no tenía mucho.., que quería que Agrocalima lo representara, que no tenía pues como mucho interés en estar participando activamente de las cosas de la sociedad. Pero yo ahorita no recuerdo si usó el mismo argumento, ese me acuerdo muchísimo fue cuando hicimos la operación con la señora Virginia que se hizo por ese motivo, pero si la memoria no me falla en el

2006 ya el proceso de la CVC se había terminado y estaba a favor nuestro, a Alejandro le había ido bien en ese proceso, entonces de verdad no, no me acuerdo que él haya usado ese argumento porque el proceso de la CVC ya se había terminado pero sí me acuerdo que se usó en el momento que teníamos el problema con la CVC y lo hicimos con la señora Virginia”.

.....
La testigo Astrid Escobar de Robayo expone también el conocimiento que tiene de las operaciones simuladas:

.....
“Interroga la apoderada de Agropecuaria Calima S.A.: “¿En esas reuniones que usted tuvo con el doctor Alejandro De Lima y con el doctor Felipe De Lima como representante legal de Agrocalima o como persona natural, le informaron a usted que existía un contrato verbal realizado por estos y referente a las acciones hoy en controversia?”

Responde la testigo ASTRID ESCOBAR DE ROBAYO: “Lo que oí yo de Felipe es que el negocio estaba allí plasmado en unos documentos, lo que oí de Alejandro es que si bien es cierto estaban plasmado en unos documentos la idea de él era que le pasaba las acciones a Felipe para que se las tuviera un tiempo, se las manejara, se las administrara y que luego se las devolviera. Hasta ahí digamos lo que oímos de ambas partes”.

En cuanto a la trazabilidad de la simulación ocurrida, y en cuanto a la participación activa del Sr. José Felipe De Lima en la tramoya contable, aporta suficiente evidencia la declaración de Doris López Domínguez. Esta testigo manifiesta en apartes de su deposición:

.....
Interroga el apoderado de Agropecuaria Cuenca S.A.: “Muchas gracias, señor Presidente. Doris, ha hecho usted un recuento sumario muy diciente de lo que usted conoce acerca de este conflicto. Yo me voy a limitar a hacerle unas pocas preguntas para precisar un poco lo que usted ha dicho. Quiero preguntarle inicialmente por un tema que tiene particular importancia en este proceso. Dice usted que en el año 2006 el señor Alejandro De Lima BÖHMER supuestamente le cedió su participación, sus acciones, en Agrocuena a la sociedad de su hermano José Felipe De Lima, denominada AGROCALIMA S.A. Le pregunto. ¿Después de esa supuesta negociación qué ocurrió entonces con los dividendos que generaban estas

acciones, a quién se le pagaban, cómo se le pagaban? En fin, ilústrenos un poco sobre el particular”.

Responde la testigo Sra. DORIS LÓPEZ DOMÍNGUEZ: “Los dividendos de Agrocalima. Supuestamente de lo que le cedió don Alejandro, contablemente, a don Felipe De Lima a Agrocalima, perdón, representante Felipe De Lima, se le siguieron pagando a don Alejandro. ¿Cómo se le pagaba? A don Alejandro se le pagaban por orden en su momento, en ese momento de la gerencia como un préstamo, se giraban, su participación se giraba mensualmente como un préstamo, eso era órdenes de la gerencia, eso lo tengo, si la Presidencia me lo permite presentar unos documentos donde está asentado, donde está cada comprobante de egreso, cada pago que se le hizo a don Alejandro como un préstamo por orden como les digo en su momento de la gerencia que se sacara como préstamo, pero a él se le pagaron sus dividendos, simplemente en la contabilidad era como un préstamo”.

.....
Interroga el apoderado de Agropecuaria Cuenca S.A.: “¿Los documentos que usted está aportando al expediente en esta diligencia, corresponden a los soportes contables de los pagos efectuados a Alejandro De Lima por concepto supuestamente de dividendos pagados por AGROCUENCA S.A., en razón a las acciones que supuestamente le transfirió AGROCALIMA S.A.?”.

Contesta la testigo DORIS LÓPEZ DOMÍNGUEZ: “Sí, doctor Álvaro, eso corresponde a los dividendos que a él le correspondían como accionista, si en ese momento fuera accionista entonces correspondían a los dividendos, sino que se llevaban como préstamo en la contabilidad de Agrocuena como lo dije anteriormente por orden de la gerencia. En Agrocalima se contabilizaban también como préstamo a Alejandro De Lima, se disminuía la cuenta por cobrar de dividendos a Agrocuena y se llevaba como una cuenta por cobrar a Alejandro De Lima. ¿Qué es cuenta por cobrar? Es un préstamo en lo cual se contabilizaba en las dos partes así: Cuenca y Agrocalima, Agrocuena y Agrocalima”.

.....
Interroga el apoderado de Agropecuaria Cuenca S.A.: “Tenga la bondad de concretarnos si por esa época el gerente de AGROCUENCA S.A. era la misma persona natural que ejercía como representante legal de AGROCALIMA S.A.”

Responde la Sra. DORIS LOPEZ: “Sí, doctor, era la misma persona, el señor José Felipe De Lima”.

.....
Interroga el apoderado de Agropecuaria Cuenca S.A. (en relación con una readquisición de acciones hecha a los accionistas de Agrocuena, cuyo valor fue pagado a Agrocalima): “¿Si las acciones hubiesen estado entonces a nombre no de AGROCALIMA S.A. en el libro de registro de accionistas sino a nombre de AGROCUENCA S.A., perdón sino a nombre de Alejandro De Lima S.A., esos mil y pico de millones de pesos, se le hubiesen pagado a Alejandro De Lima BÖHMER?”.

Contesta la Sra. DORIS LÓPEZ DOMÍNGUEZ: “Sí señor, en su momento”.

.....
Interroga la apoderada de Alejandro De Lima Böhmer: “Usted manifestó también que fue Tesorera de Agrocalima del año 2005 hasta el 2009, finales si mi memoria no me falla, ¿usted quiere informarles cómo se contabilizaban en Agrocalima esos pagos que Agrocuena le hacía a Alejandro De Lima?”.

Contesta la Sra. DORIS LÓPEZ: “Yo fui Tesorera también de Agrocalima más o menos en el 2003 hasta el 2009, no me acuerdo bien la fecha. Nosotros para Agrocuena le sacábamos como préstamo a Don Alejandro el porcentaje que le tocaba de los dividendos, en Agrocalima se disminuía la cuenta por pagar de préstamos de dividendos a Agrocalima y se llevaba como una cuenta por cobrar a don Alejandro De Lima, eso se hacía a finales del mes, o sea se disminuía los dividendos que tenía Agrocalima para Agrocuena por cobrarles y se llevaba una cuenta por cobrar a Alejandro De Lima”.

.....
En la declaración del testigo CONSTANTINO CASTRO se dice que la razón del acto simulado (y de los que le siguieron) fue la confianza entre los miembros de la familia De Lima.

En cuanto a OSCAR MARINO BEJARANO, es clara su declaración al señalar que en 2006 José Felipe De Lima era el representante legal de las sociedades AGROCUENCA y AGROCALIMA. En relación con el conflicto entre Alejandro De Lima y AGROCALIMA, manifestó lo siguiente:

.....
Interroga el apoderado de Agropecuaria Cuenca S.A.: “Pero, le agradezco mucho su respuesta, pero quiero concretar un poco. ¿Usted sabe

exactamente o tiene referencia en qué consiste el conflicto sobre el cual le pregunté anteriormente, es decir, entre Alejandro De Lima BÖHMER y AGROCALIMA S.A.?”

Responde el Sr. OSCAR MARINO BEJARANO: “Sí señor, exactamente el conflicto es que año 2005-2006 por cuestiones no sé si políticas o bueno no sé exactamente las razones, Alejandro De Lima le trasladó las acciones o se hizo un negocio de trasladarle las acciones a su hermano, hubo una negociación, la cual se puede evidenciar porque dentro del estado financiero hay una cuenta que llama “capital social” donde se hace un registro contable, donde se saca al accionista Alejandro De Lima, queda en el registro, y esas acciones se le suman al socio, a Agrocalima. Tengo entendido que es..., tengo entendido no, exactamente ese es el problema y ese es el conflicto, y sé, y puedo dar fe y detalle de que ese es el conflicto que hay en este momento y que ha causado tanto traumatismo en la compañía”.

Y el dictamen pericial ratifica en muchos de sus apartes la existencia de elementos indicadores de la simulación ocurrida.

16.4. LA SIMULACIÓN ABSOLUTA DEL CONTRATO.

De todo el material probatorio practicado y valorado surge como conclusión imperiosa y necesaria que el llamado contrato verbal de 20 de Febrero de 2006 (promesa de contrato) fue un acto absolutamente simulado; que igualmente fue simulado el documento privado de esa misma fecha; que nunca existió realmente ninguna cesión o traspaso de las acciones de Alejandro De Lima en AGROCUENCA; que el valor que se quiso presentar como correspondiente a una transacción real nunca pasó de ser un precio irrisorio; que el trato que se siguió dando a Alejandro De Lima en el seno de la sociedad AGROCUENCA fue el de un verdadero asociado.

El móvil o motivo está más que confirmado: el temor fundado y racional de Alejandro De Lima de que cualquier consecuencia adversa de su paso por la vida pública pudiera comprometer el patrimonio personal suyo y por ende de su familia íntima.

Se trata de un caso de *simulación fiduciaria*, así llamada por la doctrina, consistente en una transmisión provisional y aparente del derecho a unas acciones, hecha a alguna persona natural o jurídica de confianza, con el acuerdo ínsito de que las acciones retornarían al supuesto cedente cuando éste las requiriera.

Ante la afirmación clara y contundente del convocante Alejandro De Lima en el sentido de que su acuerdo verbal de Febrero de 2006 fue simulado, la única defensa posible de la sociedad convocada consistía en demostrar plenamente que la transferencia de acciones se ajustó íntegramente a la normatividad legal, contable y estatutaria, y ello no se produjo.

Los autores especializados en el tema remarcan la dificultad probatoria del fenómeno de la simulación y concluyen en que aquí se desdibuja el principio clásico del *onus probandi incumbit actor*: la carga de la prueba la tienen tanto quien demanda a otro alegando que el acto que les unió fue simulado, como quien, confrontado de esta manera, está obligado a demostrar la normalidad y legalidad del convenio atacado ⁸⁵.

16.5. LA CADENA DE ACTOS Y COMPORTAMIENTOS SIMULADOS

Si la calidad de accionista de AGROCALIMA fue adquirida por Alejandro De Lima de manera simulada, la única consecuencia posible de la declaratoria de simulación consiste en hacer desaparecer, por inexistencia consecencial e insalvable, todas las actuaciones, convenios, capitalizaciones, actos, etc., en que Alejandro De Lima intervino ostentando su simulada condición de accionista en AGROCALIMA.

No fue, obviamente, uno solo el acto simulado. Todos los que del convenio inicial dependen o de él se desprenden o en él encuentran su génesis o son consecuencia o desarrollo del acto inicial, objeto de simulación, también difieren radicalmente de la realidad de fondo y tienen comprometida irremediablemente su existencia jurídica.

Esa cadena de comportamientos simulados (que solo vino a finalizar cuando el 17 de Agosto de 2010 la sociedad AGROCUENCA restituyó formalmente sus acciones a Alejandro De Lima) sirvió para enmascarar lo que fue un encargo de confianza de un hermano a la sociedad controlada por otro, y constituyen una sólida serie de indicios.

Pueden mencionarse los siguientes actos o comportamientos como integrantes de la cadena de simulación:

16.5.1. En la promesa de contrato de 20 de Febrero de 2006 se estableció una capitalización que no se llevó a cabo, por cuanto Alejandro De Lima no transfirió a título de aporte a AGROCALIMA las acciones que tenía en AGROCUENCA ni recibió de AGROCALIMA acciones de esa sociedad en pago de ese aporte.

⁸⁵ LUIS MUÑOZ SABATÉ, Op. cit. P. 49 y ss.

16.5.2. La presencia de José Felipe De Lima tanto en la representación legal de AGROCALIMA como en la de AGROCUENCA en la época en que gestó y se desarrolló el convenio simulado.

16.5.3. En el contrato verbal de compraventa de las acciones de Alejandro De Lima a AGROCALIMA (20 de Febrero de 2006) se estableció que la transferencia se haría por su valor nominal, pero no hubo pago del precio.

16.5.4. Se produjeron el registro de la transferencia de las acciones y la expedición de un nuevo título a favor de AGROCALIMA por la totalidad de las acciones de Alejandro De Lima, sin existir previo documento escrito proveniente del vendedor sobre la celebración real de la cesión y sin que existiera cesión física del título de Alejandro De Lima a favor de AGROCALIMA.

16.5.5. Como consecuencia de la venta aparente de acciones de Alejandro De Lima a AGROCALIMA y de la suscripción de acciones que aquel hizo en esta última sociedad, ambas partes quedaron como deudoras y acreedoras mutuas por no haberse pagado el respectivo precio de estas operaciones.

16.5.6. Se produjo cruce de cuentas de débitos y créditos entre Alejandro De Lima y AGROCALIMA derivados de la venta y de la suscripción de acciones.

16.5.7. Se efectuó la transferencia de acciones de Alejandro De Lima a AGROCALIMA por el valor nominal de \$1.00 cuando los activos de AGROCUENCA valían en Febrero de 2006 aproximadamente \$ 54.000 millones, activos en los cuales Alejandro De Lima tenía una participación accionaria del 15.3 %.

16.5.8. El no pago de dividendos a Alejandro De Lima en AGROCALIMA, equivalentes a los mismos dividendos que le hubieran podido corresponder por sus acciones en AGROCUENCA durante un lapso de 3 años, según convenio contenido en el precontrato de 20 de Febrero de 2006.

16.5.9. La entrega de dineros a título de préstamo por parte de AGROCALIMA a favor de Alejandro De Lima, cuando esta sociedad no había pagado a Alejandro De Lima los dividendos equivalentes a los que debía recibir en AGROCUENCA, convirtiendo en esa forma a Alejandro De Lima en acreedor y deudor de AGROCALIMA.

16.5.10. La existencia de precio vil o irrisorio en la enajenación de las acciones que Alejandro De Lima tenía en AGROCUENCA, por su valor nominal de \$ 1.00.

16.5.11. La suscripción de acciones hecha por Alejandro De Lima en AGROCALIMA por un valor nominal de \$ 1.00, al cual se le agregó unilateralmente una prima en colocación de acciones de \$ 19.000, prima que no fue considerada ni convenida en el supuesto contrato de venta de acciones.

16.5.12. La gran diferencia que en la época de la supuesta negociación de acciones, existió entre las acciones de Alejandro de Lima en AGROCUENCA y las que este suscribió en AGROCALIMA.

16.5.13. La renuncia al derecho de preferencia de los accionistas de AGROCALIMA en la negociación de acciones entre Alejandro De Lima y AGROCALIMA por valor nominal de \$ 1.00 por acción, teniendo en cuenta que ese precio no era el comercial y que por sí solo hubiera podido incentivar la aceptación de alguno o varios accionistas a la oferta de Alejandro De Lima de sus acciones de AGROCUENCA por su valor nominal de \$ 1.00, tal como algunos accionistas lo han manifestado en este proceso.

CAPÍTULO XVII

EFFECTOS DE LA SIMULACIÓN PARA LAS PARTES QUE CELEBRARON EL CONTRATO Y PARA AGROCUENCA

La simulación absoluta genera la inexistencia de los actos simulados. La declaración de simulación implica la retrotracción del estado de cosas al existente al momento de celebrarse el acto simulado.

17.1. EFECTOS DE LA SIMULACIÓN PARA ALEJANDRO DE LIMA Y PARA AGROCALIMA. De la simulación del supuesto convenio de venta de acciones, y de todos los actos que le siguieron, se concluye que Alejandro De Lima nunca dejó de pertenecer a la sociedad AGROCUENCA en calidad de accionista. En relación con AGROCALIMA, se concluye que nunca ostentó la calidad de accionista de AGROCUENCA por el número de acciones que supuestamente le transfirió Alejandro De Lima. En relación con Alejandro De Lima se concluye que nunca ostentó la calidad de accionista de AGROCALIMA. Todo ello en razón a que la simulación de la supuesta venta de acciones no produjo efecto alguno entre Alejandro De Lima y AGROCALIMA.

17.2. EFECTOS DE LA SIMULACIÓN PARA AGROCUENCA. La sociedad AGROCUENCA no participó en el convenio de simulación celebrado entre

Alejandro De Lima y AGROCALIMA. Pero sí lo conoció, permitió o toleró, de acuerdo con las pruebas que obran en el expediente. Si bien fueron acciones de AGROCUENCA las que sirvieron de objeto de las transacciones simuladas, no se demostró que tales transacciones o acuerdos hubieran causado perjuicios efectivos al patrimonio de AGROCUENCA. Por el contrario, aparece demostrado que en el seno de la sociedad de familia AGROCUENCA Alejandro De Lima fue tratado siempre como un accionista más. La sociedad AGROCUENCA ha continuado su vida societaria normal desde 2006.

CAPÍTULO XVIII

INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

En la quinta pretensión consecucional (bis) solicita el actor que se condene a AGROCALIMA a pagar a AGROCUENCA los perjuicios materiales que le ha causado con la no restitución de las acciones que simuladamente le traspasó Alejandro De Lima.

La transferencia de acciones que hizo Alejandro De Lima a AGROCALIMA en forma simulada le daría derecho a Alejandro De Lima para pedir la restitución de las acciones que fueron objeto de la transferencia. Esto tiene la consecuencia de que Alejandro De Lima es la persona legitimada para exigir esa restitución, y no AGROCUENCA que no intervino como vendedor en la mencionada negociación de acciones.

En conclusión, AGROCUENCA no está legitimada para reclamar indemnización de perjuicios por la no restitución de acciones que no eran de su propiedad.

Encuentra el Tribunal que las solicitudes de perjuicios contenidas en los hechos Trigésimo Sexto y siguientes de la demanda arbitral integrada, no se corresponden en su integridad con las pretensiones quinta y sexta consecucionales, de manera que esos hechos no fueron amparados por su correspondiente pretensión.

En relación con los perjuicios materiales y morales solicitados en la demanda a favor de Alejandro De Lima, el Tribunal considera que el demandante debió incluir en sus pretensiones la solicitud para que se declarara que AGROCALIMA S.A. no había cumplido con su obligación de restituir a Alejandro De Lima las acciones de AGROCUENCA S.A., con lo cual se podía determinar el hecho constitutivo del daño causado por AGROCALIMA a Alejandro De Lima.

Esa declaración tenía que ser la base para que se pidiera la indemnización de perjuicios porque esta es siempre una consecuencia del daño ocasionado, el cual debe ser pedido como pretensión en la demanda, probado en el curso del proceso y declarado en el Laudo.

Como en el presente caso no se cumplió con el anterior requisito de la declaración y reconocimiento del daño que debió solicitar la parte convocante, esta omisión impide al Tribunal condenar en perjuicios por un daño no pedido ni declarado.

CAPÍTULO XIX

EL DICTAMEN PERICIAL

Habiéndose ocupado el Tribunal del estudio de las acciones ejercidas por las partes convocantes, respecto a las cuales fueron formuladas pretensiones principales y subsidiarias, que han quedado definidas en el presente laudo, pasa éste, en primer término, a estudiar, valorar y sacar conclusiones de la prueba pericial pedida y practicada en el proceso a instancia de parte, con el fin de adoptar las definiciones que resulten pertinentes respecto a las prestaciones mutuas que corresponden a las partes, a tenor de lo decidido por el Tribunal, y de la indemnización de perjuicios pedida, y en particular, sobre la objeción por error grave que fue presentada contra el mismo por la parte convocada, para atender la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 24 de Febrero de 2010 (000033-01), M. P. Dr. Edgardo Villamil Portilla.

Así, el Tribunal procede al análisis de la PRUEBA PERICIAL, lo cual hace del siguiente modo:

I). Solicitud inicial del decreto de la prueba:

La prueba fue pedida por el apoderado de las partes convocantes Alejandro De Lima BÖHMER y Agropecuaria Cuenca S.A., doctor Alvaro Pío Raffo Palau, en el escrito inicial de demanda, presentado el día 15 de febrero de 2011 (visible a folios 004 a 019 del Cdo. No. 1; demanda).

II). El objeto inicial de la prueba pericial:

En el acápite de la solicitud de pruebas de dicha demanda, en la sección correspondiente a *Inspección judicial con intervención de perito idóneo*, Punto No. 1, se pidió que en la práctica de la inspección judicial a la sede de AGROCALIMA S.A., el perito *determinara el número de acciones que le fueron entregadas a Alejandro De Lima BÖHMER, a cambio de las acciones transferidas por él a*

AGROCALIMA S.A., dentro del contrato de permuta referido en la demanda y el valor comercial que las acciones de AGROCALIMA S.A. tenían el 20 de febrero de 2006, y en el Punto 2 de la petición de la citada prueba se solicitó que un perito, experto financiero, determinara el valor patrimonial de AGROCUENCA S.A. en las fechas 20 de febrero de 2006, 30 de marzo de 2006 y 31 de diciembre de 2010, con indicación de en qué consistía el valor de sus activos. [Ver, folio 16 (Cdn. 1)].

III). El objeto posterior de la prueba pericial:

Admitida la demanda inicial por auto No. 2 de 30 de marzo de 2011 [Ver Acta de Audiencia No. 1, folios 002 y 003], y habiendo hecho uso en tiempo oportuno la parte convocada del término de traslado concedido para su contestación, no hizo petición de decreto de prueba en referencia al medio específico de la inspección judicial y la peritación [Ver Contestación Dda., folios 017 a 019, Cdn. 4].

Una vez quedó trabada la relación jurídico-procesal, el apoderado de las partes convocantes, reformó la demanda mediante escrito integrado presentado con fundamento en el artículo 89 C.P.C., el día 7 de Julio de 2011, en cuya solicitud de decreto de medios probatorios insistió en la práctica de una inspección judicial con intervención de perito, con exhibición de documentos, a la sede de AGROCALIMA S.A., y dictamen pericial a la contabilidad de AGROCUENCA S.A., con los siguientes objetos particulares:

1). En la exhibición y peritación a AGROCALIMA S.A., se sometió al perito el siguiente cuestionario:

i). Cuál era el valor patrimonial de AGROCALIMA S.A., en las siguientes fechas: Al 20 de febrero de 2006, 30 de marzo de 2006, y 31 de diciembre de 2005, 2006, 2007, 2008, 2009 y 2010 determinando en qué consistía el valor de sus activos;

ii). Cuántas acciones suscribió Alejandro De Lima BÖHMER en AGROCALIMA S.A. en el año 2006;

iii). Cómo se contabilizó en AGROCALIMA S.A. la suscripción de acciones indicada en la pregunta anterior;

iv). Si con posterioridad a la suscripción de acciones indicada en el punto anterior, con las cuales supuestamente se canceló parte del valor de las acciones de AGROCUENCA S.A. transferidas por Alejandro De Lima BÖHMER a AGROCALIMA S.A., aquél adquirió posteriormente de algunos accionistas, a título de compra, nuevas acciones de AGROCALIMA S.A., y en caso afirmativo en qué época y en qué cantidad de acciones;

v). *Cuáles fueron las utilidades que generó Agrocalima S.A, durante los años 2005, 2006, 2007, 2008, 2009 y 2010;*

vi). *Cuáles fueron los dividendos repartidos a los accionistas de AGROCALIMA S.A. durante los años 2005, 2006, 2007, 2008, 2008, y 2010;*

vii). *Cuáles fueron los activos vendidos por AGROCALIMA S.A. y cuál su valor durante los años 2005, 2006, 2007, 2008, 2009 y 2010;*

viii). *Qué porcentaje del patrimonio de AGROCALIMA S.A. representan sus acciones en Agrocuena durante los años 2005, 2006, 2007, 2008, 2009 y 2010;*

ix). *Cuál es el valor del EBITDA de AGROCALIMA S.A. durante los años 2005 y 2006; y*

x). *En concordancia con las respuestas dadas a las preguntas anteriores, cuál era el valor comercial que tenían las acciones de AGROCALIMA S.A. suscritas por Alejandro De Lima BÖHMER en el año 2006.*

2). En la exhibición y peritación a AGROCUENCA S.A., se sometió al perito el siguiente formulario de preguntas:

i). *Cuál era el valor patrimonial de AGROCUENCA S.A., en las siguientes fechas: Al 20 de febrero de 2006, 30 de marzo de 2006, y 31 de diciembre de 2005, 2006, 2007, 2008, 2009 y 2010 determinando en qué consistía el valor de sus activos;*

ii). *Cuántas acciones de AGROCUENCA S.A. adquirió la sociedad Agrocalima S.S. en el año 2006;*

iii). *Cómo se inscribió, es decir a qué título se anotó en el Libro de Registro de Accionistas las acciones adquiridas en el año 2006 por AGROCALIMA S.A.;*

iv). *Cuáles fueron las utilidades que generó AGROCUENCA S.A. durante los años 2005, 2006, 2007, 2008, 2009 y 2010;*

v). *Cuáles fueron los activos venidos por AGROCUENCA S.A. y cuál su valor durante los años 2005, 2006, 2007, 2008, 2009 y 2010;*

vi). *Cuál fue el EBITDA de AGROCUENCA S.A. durante los años 2005 y 2006; y*

vii). *En consecuencia con las respuestas dadas a las preguntas anteriores, cuál era el valor comercial que tenían las acciones de AGROCUENCA S.A. que Alejandro De Lima BÖHMER le transfirió a Agrotocalima S.A. en el año 2006.*

Por su parte, la sociedad convocada al proceso, AGROCALIMA S.A., al dar contestación a la demanda integrada, en tiempo oportuno, presentó escrito

haciendo uso del término de traslado, recibido el 15 de julio de 2011, no formuló solicitud de prueba de inspección judicial ni pericial [Ver, escrito de contestación, folios 020 a 022, Cdo 5].

IV). Decreto de la prueba pericial:

El Tribunal, por medio del Auto No. 18 de fecha 26 de julio de 2011, dictado dentro de la Audiencia No. 7, habiendo asumido competencia para conocer y decidir la controversia, decretó las pruebas pedidas por: a). Las partes convocantes en la demanda inicial, así como al descorrer el traslado de las excepciones, en la demanda integrada, y al descorrer el traslado de las excepciones propuestas en la contestación de la demanda integrada; b). Las pruebas pedidas por la parte convocada en la contestación de la demanda inicial, así como en la contestación de la demanda reformada e integrada; c). Las pruebas pedidas conjuntamente; y d). Las pruebas decretadas de oficio [Ver, Auto No. 18, folios 067 a 075, Cdo 2].

En el acápite 5.1 Pruebas de las partes convocantes, Literal C., No. 2, del Auto No. 18, el Tribunal accedió al decreto de la práctica de una *Inspección Judicial con exhibición de documentos e intervención de Perito*, en la sede de AGROCALIMA S.A., en la cual el perito debía absolver el formulario de preguntas que literalmente transcribe el Tribunal como fue solicitado, y del cual ya se hizo mención igualmente textual en el *Punto III*). *El objeto posterior del dictamen pericial*, del estudio que se hace de esta prueba en el presente laudo, y que no es menester volver a transcribir. Del propio modo el Tribunal decretó la prueba pericial pedida, con intervención de perito financiero, como reza en el Punto 3 de las pruebas de las convocantes, para que absolviera el cuestionario formulado por las convocantes en el escrito de demanda integrada, que igualmente transcribió el Tribunal en dicho Auto, del cual se dejó literal transcripción en el Punto III del examen del medio de prueba de la peritación en este laudo, y que por lo mismo no es necesario volver a transcribir.

La parte convocada no solicitó la práctica de la prueba pericial.

Del propio modo, el Tribunal deja consignado que la inspección judicial pedida por el apoderado de las partes convocantes, a los libros y papeles de la sociedad convocada AGROCALIMA S.A., fue desistida por dicho procurador judicial exclusivamente en relación con la exhibición de correspondencia del período 2005 al 2011, lo cual fue aceptado por el Tribunal mediante Auto No. 35 de fecha 19 de agosto de 2011, dictado en la Audiencia No. 11 [Ver, folios 116 y 117, Cdo 2] el cual fue recurrido en reposición por la apoderada de la sociedad convocada AGROCALIMA S.A., sin que hubiera sido revocado, según lo resuelto en el Auto

No. 36 de la misma fecha y audiencia, reiterando el Tribunal en dicha providencia que el desistimiento de la prueba, en ese aspecto, fue inequívocamente allanado o coadyuvado por la parte convocada, y se contrae sólo a la exhibición de la correspondencia en el período 2005 a 2011. En cuanto a lo concerniente a la manifestación de la apoderada de la parte convocada, sobre la posibilidad de presentar al proceso prueba documental, hecha en la sustentación del recurso de reposición, el Tribunal resolvió que dicha expresión implica actos procesales futuros y discrecionales de la convocada, razón por la cual no forma parte del recurso, y deberá ser objeto de definición en el momento procesal oportuno.

V). Designación y posesión del perito:

Para la práctica de la prueba pericial solicitada por las partes convocantes, a que se ha hecho referencia en el Punto III, El objeto posterior de la prueba pericial, del estudio sobre este medio probatorio hecho en el laudo, el Tribunal designó como perito al doctor Andrés Eugenio Posada Archila, identificado en autos [Ver, Auto No. 18 de 26 de julio de 2011, Acta No. 7, folio 070 y 071, Cdno 2]. El perito designado aceptó el nombramiento en audiencia llevada al efecto [Ver, Acta No. 9 de 17 de agosto 2011, Punto 3, folios 086, Cdno 2], y por esta razón el presidente del Tribunal le dio posesión y le tomó el juramento de ley [folios 086, Cdno 2]. El perito prometió desempeñar bien y fielmente los deberes de su cargo e informó que tenía los conocimientos necesarios para rendir el dictamen. Le fue concedido el término de quince (15) días hábiles para rendir el dictamen, desde la consignación de la partida de gastos por la parte convocante [folios 086, Cdno 2]. El cuestionario que debía absolver el perito fue literalmente transcrito en el Auto de decreto de la prueba pericial, que es el mismo indicado en el Punto III, El objeto posterior del dictamen pericial, correspondiente al estudio de esta prueba en el presente laudo, el cual ya fue insertado textualmente en el mencionado Punto III, de modo que no es del caso volver a transcribir aquí.

VI). Ampliación del formulario a absolver por el perito:

En la celebración de la Audiencia No. 9 de 17 de Agosto de 2011, en la que se dio posesión al perito designado, el apoderado de AGROCUENCA S.A., doctor Alvaro Pío Raffo Palau, en uso del derecho consagrado en el Num. 4º del artículo 236 del C.P.C., adicionó el cuestionario que debía absolver el perito, a cuyo efecto formuló la siguiente pregunta:

viii). Determinar cuál era el valor comercial que tenían en el período comprendido entre febrero y mayo de 2006, las acciones de AGROCALIMA S.A. suscritas por Alejandro De Lima BÖHMER, con ocasión de la celebración del contrato verbal y simulado en virtud del cual Alejandro De Lima BÖHMER le

transfirió a AGROCALIMA S.A. su participación accionaria en AGROCUENCA S.A., y pidió que en la valoración de las acciones de AGROCUENCA S.A. cedidas por Alejandro De Lima BÖHMER a favor de AGROCALIMA S.A. se realice teniendo en cuenta el período indicado anteriormente, esto es febrero a mayo de 2006. [Folios 087, Cdno 2]

En la misma audiencia, la doctora Consuelo Acuña, apoderada del convocante Alejandro De Lima BÖHMER, en ejercicio del mismo derecho, solicitó que el formulario de preguntas a absolver el perito fuera adicionado con las siguientes:

1). Determinar qué aportes en dinero o en especie hizo José Felipe De Lima BÖHMER en AGROCALIMA S.A. entre el 1 de febrero de 2006 y el 20 de mayo de 2006;

2). Determinar qué pasivos de AGROCALIMA S.A. asumió José Felipe De Lima BÖHMER entre el 1 de febrero de 2006 y el 20 de mayo de 2006;

3). Determinar cuál fue el aumento patrimonial de AGROCALIMA S.A. en el año 2006 y cuál fue su origen y concepto;

4). Determinar el número y cuál era el valor en libros de las acciones que AGROCALIMA S.A. tenía en AGROCUENCA S.A. a 31 de diciembre de 2005;

5). Determinar el número y cuál era el valor en libros de las acciones que AGROCALIMA S.A. tenía en AGROCUENCA S.A. a 31 de diciembre de 2006;

6). Determinar en qué suma Agrocalima aumentó su capital suscrito en el año 2006 y en caso positivo determinar quién capitalizó, cómo fue el ingreso de dicho aumento de capital a AGROCALIMA S.A.;

7). Determinar cómo se fortaleció patrimonialmente AGROCALIMA S.A. en el año 2006, explicando el concepto detalladamente, incluyendo la explicación de la valorización de las acciones;

8). Verificar los dividendos que Alejandro De Lima recibió de AGROCALIMA S.A. durante los años 2006 a 2010;

9). Determinar qué pasivos tenía Alejandro De Lima a su cargo y a favor de AGROCALIMA S.A., por los años 2006 a 2010 y su origen y concepto;

10). Determinar en qué fecha del año 2006 Alejandro De Lima le cedió las acciones de AGROCALIMA S.A. a la señora Virginia BÖHMER Rengifo y el valor de la cesión;

11). Determinar qué sumas le pagó AGROCALIMA S.A. a Alejandro De Lima BÖHMER en los años 2006 a 2010 como precio de las acciones de AGROCUENCA S.A. que le entregó Alejandro De Lima;

12). *Determinar si existe algún documento que acredite que Virginia BÖHMER Rengifo cedió las acciones que estaban a su nombre de AGROCUENCA S.A. a AGROCALIMA S.A.;*

13). *Determinar si existe algún documento que acredite que Alejandro De Lima BÖHMER cedió las acciones que estaban a su nombre de AGROCUENCA S.A. a AGROCALIMA S.A.;*

14). *Determinar cuál fue el perjuicio que sufrió AGROCUENCA S.A. por no haber recibido de Alejandro De Lima la oferta para ceder sus acciones en el año 2006, teniendo en cuenta en dicho cálculo la pérdida de oportunidad en la adquisición de acciones teniendo en cuenta el valor que dichas acciones tenían en el año 2006 y el que posteriormente adquirieron por la negociación con Delima Marsh. Dicho perjuicio deberá ser valorado a valor presente, para lo que deberá tener en cuenta los hechos 47 a 49 de la demanda reformada;*

15). *Determinar qué daño sufrió Alejandro De Lima por no haber podido vender realmente en el año 2007, las acciones que en ese año debería tener como titular en AGROCUENCA S.A., a cuyo efecto deberá basarse en los hechos 40 a 44 de la demanda reformada;*

16). *Determinar a valor presente cuál ha sido el perjuicio recibido por Alejandro De Lima por haber cedido a AGROCALIMA S.A. en el año 2006, las 107.983.117 acciones que tenía en AGROCUENCA S.A., teniendo en cuenta entre otros factores lo decretado efectivamente en dividendos por dicha sociedad, por los años 2006 a 2010, la readquisición hecha en el año 2009 y la valorización de dichas acciones durante los años 2006 a 2010;*

17). *Determinar si de acuerdo a la contabilidad de AGROCUENCA S.A. esta sociedad readquirió en el año 2009 de sus asociados el 5% de la participación de cada uno de ellos;*

18). *Determinar qué valor le correspondió a AGROCALIMA S.A. por razón de la readquisición del 5% de sus acciones en el año 2009, calculando qué monto le hubiese correspondido a Alejandro De Lima por el 5% si dichas acciones readquiridas no hubiesen sido cedidas en el 2006 a AGROCALIMA S.A.; y*

19). *Determinar si AGROCUENCA S.A. tenía financieramente capacidad para adquirir las acciones cuyo titular era Alejandro De Lima el 20 de febrero de 2006 (artículo 396 C.Co.). [folios 087 y 088, Cdno 2]*

Por su parte, la doctora Gladys Constanza Vargas, apoderada de la parte convocada, pidió que el Tribunal revisara y calificara dichas preguntas adicionales (Num. 4, artículo 230 C.P.C.), y por su parte usó del derecho a adicionar preguntas al perito, a cuyo efecto formuló la siguiente:

Pido que el dictamen de AGROCUENCA S.A. se extienda a determinar a qué valor adquirió Alejandro De Lima BÖHMER las acciones por éste adquiridas de la sociedad AGROCUENCA S.A. en octubre de 2005. [folio 088, Cdno 2].

VII). Decisión del Tribunal sobre la adición de preguntas al perito:

Por Auto No. 25 de fecha 17 de agosto de 2011, el Tribunal accedió a adicionar el formulario que debía absolver el perito, con los interrogantes hechos por las partes convocantes y convocada, a excepción de las preguntas No. 1 y 2 de la apoderada del señor Alejandro De Lima BÖHMER, doctora Consuelo Acuña, por no relacionarse con las cuestiones sobre las cuales se decretó el dictamen. [Ver, Acta No. 9, folios 089, Cdno 2]. Contra esta providencia la mencionada apoderada formuló recurso de reposición, la cual fue negada por improcedente, mediante Auto No. 26 [Acta No. 9, Folios 089 y 090, Cdno 2]

VIII). La práctica de la inspección judicial con la intervención del señor perito:

Habiéndose trasladado el Tribunal a la sede de la sociedad *Agropecuaria Calima S.A.*, para llevar a cabo la práctica de la Inspección Judicial decretada con exhibición de documentos, los que fueron exhibidos quedaron a disposición del perito para la práctica de su experticia, haciendo el Tribunal reiteración que los interrogantes que debía absolver el perito posesionado eran los contenidos en el Auto No. 18 de fecha 26 de julio de 2011, en el cual se decretaron las pruebas del proceso. Estos interrogantes fueron transcritos literalmente en el *Punto III): El objeto posterior de la prueba pericial, apartado No. 1*, correspondiente a la exhibición de documentos en AGROCALIMA S.A., los cuales por haber sido literalmente transcritos no es menester volver a transcribirlos ahora.

IX). El dictamen presentado por el perito y determinación de su contenido y alcance:

Fue practicado por el perito y contestado en la siguiente forma y orden, habiendo sido recibida su experticia el 8 de septiembre de 2011 [El dictamen obra a folios 001 a 049, Cdno 13], por lo cual el Tribunal hace una síntesis de cada respuesta, sin perjuicio y referencia al documento íntegro del dictamen rendido:

1). Primera parte del cuestionario (preguntas formuladas por la parte convocante (Auto No. 18 de 26 de julio de 2011):

i). *Cuál era el valor patrimonial de AGROCUENCA S.A., en las siguientes fechas: Al 20 de febrero de 2006, 30 de marzo de 2006, y 31 de diciembre de 2005, 2006, 2007, 2008, 2009 y 2010 determinando en qué consistía el valor de sus activos.*

RESPUESTA: En síntesis contestó que el patrimonio neto de AGROCUENCA S.A. en pesos colombianos, en las fechas pedidas era de :

- a). Febrero 20/2006: \$ 54.597.532.397
- b). Marzo 30/2006: \$ 54.728.212.251
- c). Dcbre 31/2005: \$ 56.310.622.473
- d). Dcbre 31/ 2006: \$ 65.898.283.764
- e). Dcbre 31/2007: \$ 72.284.657.772
- f). Dcbre 31/2008: \$ 86.485.775.410
- g). Dcbre 31/2009: \$ 144.310.360.697
- h). Dcbre 31/2010: \$ 143.983.534.848

Contesta que el valor de sus activos, desglosado en el Anexo 1, en el período 2005-2010, está representado así: El 71% lo conforman el valor de sus inversiones netas e intangibles y otros. Las inversiones están representadas en acciones de otras compañías como Organización De Lima S.A., Invernal S.A., Datecsa S.A., Invergrupo S.A., Alianza Valores S.A., Mazko S.A., Eurocar S.A., Progreso Inversiones S.A., Colbesa S.A., Litino S.A., entre otras, e intangibles y otros en papeles comerciales de Invercapital S.A., Grupo Factoring de Occidente y derechos fiduciarios en Helm Trust y FiDuciaria Alianza S.A. En promedio, en el período 2005-2011, el 18% de sus activos totales lo conforman sus activos netos, representados principalmente en terrenos, inmuebles, maquinaria, equipo agrícola y equipo de oficinas. Su patrimonio comparado con sus activos totales es del 97% en promedio, entre el 2005-2010, y nivel de endeudamiento prácticamente nulo. [folios 003 a 004, Cdno 13].

ii). *Cuántas acciones de AGROCUENCA S.A. adquirió la sociedad Agrocalima S.S. en el año 2006?*

RESPUESTA: AGROCALIMA S.A. compró 107.983.117 acciones de AGROCUENCA S.A., el 20 de febrero de 2006 (Acta de Asamblea Ordinaria No. 015 de AGROCUENCA S.A., de igual fecha). Se expidió el Título No. 072. En el libro de registro de accionistas de AGROCUENCA S.A., con fecha 20 de febrero de 2006, se corrige la anotación correspondiente y se aclara que la compra de las 107.983.117 acciones la realizó en su totalidad el señor Alejandro De Lima BÖHMER. [Folios 005, Cdno 13]

iii). *Cómo se inscribió, es decir a qué título se anotó en el Libro de Registro de Accionistas las acciones adquiridas en el año 2006 por AGROCALIMA S.A.?*

RESPUESTA: Se inscribieron o anotaron como lo indica textualmente el citado libro, como “compra” en febrero 20 de 2006, según Acta de Asamblea Ordinaria

No. 15. En la misma fecha se hizo en dicho libro la corrección de que la compra la hizo en su totalidad el señor Alejandro De Lima BÖHMER. [Folios 005, Cdno 13]

iv). *Cuáles fueron las utilidades que generó AGROCUENCA S.A. durante los años 2005, 2006, 2007, 2008, 2009 y 2010?*

RESPUESTA: La utilidad neta después de impuestos de AGROCUENCA S.A. por el año 2005 fue de \$ 2.943.622.268; en el 2006 fue de \$ 6.543.598.245; en el 2007 fue de \$ 5.110.469.791; en el 2008 fue de \$ 5.303.288.093; en el 2009 fue de \$ 52.035.228.046, y en el 2010 fue de \$ 6.010.833.786. La utilidad neta de 2009 se destaca por la venta de acciones de Compañías De Lima S.A. a Marsh McLennan. La utilidad en la venta de acciones en el 2009 fue de \$ 47.235.218.702. [Folios 006, Cdno 13]

v). *Cuáles fueron los activos vendidos por AGROCUENCA S.A. y cuál su valor durante los años 2005, 2006, 2007, 2008, 2009 y 2010?*

RESPUESTA: Valor de los activos vendidos en 2005: Las inversiones crecen de \$ 38.427 millones en diciembre de 2004 a \$ 43,078 millones en 2005 (principalmente por ventas y otros conceptos).

El valor de los activos vendidos en 2005: Las inversiones crecen de \$ 43.078 millones en diciembre de 2005 a \$ 50.737 millones en 2006, y no se registran ventas de inversiones relevantes.

El valor de los activos vendidos en 2007, 2008, 2009 y 2010: Las inversiones crecen de \$ 50.737 millones en diciembre de 2006 a \$ 56.075 millones en diciembre de 2007; \$ 66.866 millones en diciembre de 2008; \$ 67.718 en diciembre de 2009 y \$ 81.103 millones en diciembre de 2010.

La inversión más importante vendida por Agrocuencia en el 2009 fueron sus acciones en Compañías De Lima S.A. Para determinar el valor de las inversiones de AGROCUENCA S.A. en el 2009 se aplicó el método de participación patrimonial, por las razones que se exponen, y dicho método generó un incremento neto en la inversión por \$ 5.011 millones, con registro de \$ 6.095 millones como superávit método de participación y una disminución por pago de dividendos por parte de las compañías Colbesa S.A. por valor de \$ 325 millones y Organización De Lima S.A. por valor de \$ 759 millones.

Por indagaciones hechas al movimiento de cuentas del activo para detectar ventas de los mismos, no se establecieron ventas relevantes salvo la del año 2009. [folios 006 y 007, Cdno 13]

vi). *Cuál fue el EBITDA de AGROCUENCA S.A. durante los años 2005 y 2006?*

RESPUESTA: Se calculó un EBITDA que suma los ingresos no operacionales de la cartera de inversiones de AGROCUENCA S.A. y se le restaron los egresos no operacionales asociados a dicha cartera, excluyendo los egresos financieros (como se hace para calcular el EBITDA). Según el Anexo 3, según el estado de resultados de esta sociedad, expresado en millones de pesos, el EBITDA más otros ingresos/(otros gastos) por el año 2005 fue de \$ 3.779 millones, y por el año 2006 fue de \$ 7.328 millones. [folios 008, Cdo 13]

vii). *En concordancia con las respuestas dadas a las preguntas anteriores, cuál era el valor comercial que tenían las acciones de AGROCUENCA S.A. que Alejandro De Lima BÖHMER le transfirió a AGROCALIMA S.A. en el año 2006?*

RESPUESTA: Contesta que el valor más confiable de la acción, considerando el negocio de la compañía, es el valor intrínseco de la acción (patrimonio neto dividido por el número de acciones en circulación). Teniendo en cuenta el número de acciones en circulación en el 2005, así como en febrero de 2006, en mayo de 2006 y en el 2006, (879.080.585 para todas esas épocas), el valor intrínseco por acción fue de: año/2005: \$ 64.1; febrero/2006: \$ 62.1; mayo/2006: \$ 62.4, y 2006: \$ 75.0.

Estima que entre febrero/06 y mayo/06, los valores intrínsecos de la acción de AGROCUENCA S.A. estuvieron entre \$ 62.1 y \$ 62.4 por acción, por lo cual se deduce que el valor comercial de las 107.983.117 acciones que Alejandro De Lima tuvo en AGROCUENCA S.A. en ese período, a una media de \$ 62.25 por acción fue de \$ 6.722 millones de pesos. Aunque el perito toma otro indicador relevante financiero de valor de una compañía (multiplicador del EBITDA anual), pero concluye que dada la volatilidad que normalmente tienen las compañías en su EBITDA, prefiere darle mayor confiabilidad al primer valor, es decir \$ 6.722 millones en el período en cuestión. [folios 008 y 009, Cdo 13]

2). Segunda parte del cuestionario [Esta pregunta fue agregada por el apoderado de AGROCUENCA S.A., doctor Alvaro Pío Raffo Palau, en la celebración de la Audiencia No. 9 de 17 de agosto/2011, con autorización del Tribunal]:

viii). *Determinar cuál era el valor comercial que tenían en el período comprendido entre febrero y mayo de 2006, las acciones de AGROCALIMA S.A. suscritas por Alejandro De Lima BÖHMER, con ocasión de la celebración del contrato verbal y simulado en virtud del cual Alejandro De Lima BÖHMER le transfirió a AGROCALIMA S.A. su participación accionaria en AGROCUENCA S.A., y pidió que en la valoración de las acciones de AGROCUENCA S.A. cedidas*

por Alejandro De Lima BÖHMER a favor de AGROCALIMA S.A. se realice teniendo en cuenta el período indicado anteriormente, esto es febrero a mayo de 2006.

RESPUESTA: Contesta así:

1). Respecto a AGROCALIMA S.A.: teniendo en cuenta los períodos 2005, febrero/06, mayo/2006, y 2006, expresadas las cifras en millones de pesos, establece su patrimonio neto así: En el 2005: \$ 10.704; en febrero/06: \$ 10.219; en mayo/2006: \$ 10.481; y en 2006: \$ 23.691.

En cuanto a las acciones en circulación y su valor intrínseco en iguales períodos, concluye:

En 2005 fueron 24073 a \$ 444,664 c/1; en febrero/06 fueron 35249 a \$ 289.906 c/1; mayo/06 fueron 35249 por \$ 2997.336 c/1; y 2006 fueron 35249 a \$ 297.336 c/1.

Entre febrero y mayo/06 emitidas ya las 8.812 acciones, pasando a un total de 35.249 acciones, los valores intrínsecos de la acción de Agrocálíma estuvieron entre \$ 289.906 y \$ 297.336 por acción, por lo que deduce que el valor comercial de las 8.812 acciones que Alejandro De Lima tuvo en AGROCALIMA S.A. en ese período, a una media de \$ 293.621 por acción es de \$ 2.587 millones. Aunque el perito hace el ejercicio bajo otro sistema, con referencia al valor promedio del EBITDA, lo descarta por la volatilidad que normalmente tienen las compañías en su Ebitda.

2). Respecto a AGROCUENCA S.A.: teniendo en cuenta los períodos 2005, febrero/06, mayo/2006, y 2006, expresadas las cifras en millones de pesos, establece su patrimonio neto así: En el 2005: \$ 56.311; en febrero/06: \$ 54.598; en mayo/2006: \$ 54.872; y en 2006: \$ 65.898.

En cuanto a las acciones en circulación y su valor intrínseco en iguales períodos, concluye:

En 2005 fueron 879.080.585 a \$ 64.1 c/1; en febrero/06 fueron 879.080.585 a \$ 62.1 c/1; mayo/06 fueron 879.080.585 por \$ 62.4 c/1; y 2006 fueron 879.080.585 a \$ 75.0 c/1.

Entre febrero y mayo/06 los valores intrínsecos de la acción de AGROCUENCA S.A. estuvieron entre \$ 62.1 y \$ 62.4 por acción, por lo que deduce que el valor comercial de las 107.983.117 acciones que Alejandro De Lima tuvo en AGROCUENCA S.A. en ese período, a una media de \$ 62.25 por acción es de \$ 6.722 millones. Aunque el perito hace el ejercicio bajo otro sistema, con referencia al valor promedio del EBITDA, lo descarta por la volatilidad que normalmente tienen las compañías en su Ebitda. [Folios 010 a 012, Cdno 13]

3). Tercera parte del cuestionario [Preguntas formuladas por la doctora Consuelo Acuña Traslaviña, apoderada de Alejandro De Lima BÖHMER, según Acta No. 9, de agosto 17 de 2001, autorizadas por el Tribunal sólo a partir de la tercera (3ª) pregunta]. Las respuestas a las preguntas se identifican por su número:

P#3: Cuál fue el aumento patrimonial de AGROCALIMA S.A. en el 2006 y cuál fue su origen y concepto?

RESPUESTA: El incremento patrimonial en \$ 12.987 millones entre diciembre/05 y diciembre/06 se explica esencialmente por el incremento en el valor neto de sus inversiones que representan el 91% de su patrimonio en el 2005, y el 98% de su patrimonio en el 2010. El valor neto de inversiones entre diciembre/05 y diciembre/06 creció en \$ 13.447 millones (como se verifica en cuadro explicativo). [folio 013 y 014, Cdno 13]

P#4: Determinar el número y cuál era el valor en libros de las acciones que AGROCALIMA S.A. tenía en AGROCUENCA S.A. a 31 de diciembre de 2005?

RESPUESTA: AGROCALIMA S.A. tenía 138.395.895 acciones en AGROCUENCA S.A., a 31 de diciembre/05, con un valor en libros de \$ 559.673.145 más valorizaciones de \$ 6.116.010.345, lo que expresado en millones de pesos deja un valor neto de inversión de AGROCALIMA S.A. en AGROCUENCA S.A. a 31 de diciembre/05, de \$ 6.676 millones. [folio 015, Cdno 13]

P#5: Determinar el número y cuál era el valor en libros de las acciones que AGROCALIMA S.A. tenía en AGROCUENCA S.A., a 31 de diciembre/06?

RESPUESTA: AGROCALIMA S.A. tenía 246.378.012 acciones en AGROCUENCA S.A., a 31 de diciembre/05, con un valor en libros de \$ 697.424.117 más valorizaciones de \$ 17.771.819.237, lo que expresado en millones de pesos deja un valor neto de inversión de AGROCALIMA S.A. en AGROCUENCA S.A. a 31 de diciembre/05, de \$ 18.469 millones. [folio 015, Cdno 13]

P#6: Determinar en qué suma AGROCALIMA S.A. aumentó su capital suscrito en el 2006 y en caso positivo determinar quién capitalizó, cómo fue el ingreso de dicho aumento de capital a AGROCALIMA S.A.?

RESPUESTA: AGROCALIMA S.A. aumentó su capital de \$ 24.073.000 a \$ 35.249.000 y su superávit de capital de \$ 934.577.000 a \$ 1.146.921.000, para una variación total entre diciembre/05 y 31 de diciembre/06 de \$ 223.520.000.

Ese aumento se debe a la capitalización de varias personas, entre ellas, Alejandro De Lima: 5.395 acciones a \$ 20.000 cada una (\$ 1.000 como capital social y \$ 19.000 como prima de colocación de acciones o superávit de capital) para un total

de \$ 107.900.000 en marzo 2/06. Su participación en AGROCALIMA S.A. a esta fecha queda en 15.3% (5.395 acciones a un total de 35.249 acciones). El 13 de marzo/06 Alejandro De Lima compra 3.417 acciones adicionales a varias personas, aumentando su participación de 15.3% al 25% de AGROCALIMA S.A. (8.812 acciones de un total de 35.249 acciones). En octubre 2/06 Alejandro De Lima vende la totalidad de sus acciones (8.812 a Virginia BÖHMER Rengifo, con lo cual su participación en AGROCALIMA S.A., a diciembre 31/06 era igual a cero. [folios 015 y 016, Cdno 13]

P#7: Determinar cómo se fortaleció patrimonialmente AGROCALIMA S.A. en el año 2006, explicado el detalle, incluyendo la explicación de valorización de acciones?

RESPUESTA: El incremento patrimonial en \$ 12.987 millones, entre diciembre /05 y diciembre 31/06, se explica esencialmente por el incremento en el valor neto de sus inversiones, que representan el 91% de su patrimonio en 2005, y el 98% de su patrimonio en el 2006 [El dictamen incluye el desglose o detalle de las valorizaciones de las inversiones entre 2005/2006]. El valor neto de la inversión en AGROCUENCA S.A. incluyendo valorizaciones pasó de \$ 6.676 millones a diciembre/05 a \$ 18.469 millones a diciembre/06. En conclusión, la inversión de acciones de AGROCUENCA S.A. a diciembre/05, representaba el 68.7% del total de inversiones de AGROCALIMA S.A. y el 62,3% del patrimonio de AGROCALIMA S.A. A diciembre/06 la inversión de acciones de AGROCUENCA S.A. representaba el 79.8% del total de inversiones de AGROCALIMA S.A. y el 77.9% del patrimonio de AGROCALIMA S.A. [folios 016 y 017, Cdno 13]

P#8: Verificar los dividendos que Alejandro De Lima recibió de AGROCALIMA S.A., durante los años 2006 a 2010?

RESPUESTA: Alejandro De Lima no recibió dividendos de AGROCALIMA S.A. por los años 2006, 2007, 2008, y 2009, revisada la Cuenta 2360. En el año 2010 recibió \$ 768 millones.[folios 017, Cdno 13]

P#9: Determinar qué pasivos tenía Alejandro De Lima a su cargo y a su favor de AGROCALIMA S.A., por los años 2006 a 2010, y su origen y concepto?

RESPUESTA: El perito da la respuesta año por año, así:

Cuenta por cobrar	Año/2005	Débito	Crédito
Año/06 saldo final			
AGROCALIMA S.A.	(saldo inicial)		
13210 Cta por cobrar			
Accionistas	0	114.576.602	114.576.602

Laudo proferido en el Arbitramento de AGROPECUARIA CUENCA
S.A. SOCIEDAD CIVIL, AGROCUENCA, y ALEJANDRO DE LIMA BÖHMER,
contra AGROPECUARIA CALIMA S.A. SOCIEDAD CIVIL, AGROCALIMA.

138095 deudores varios	0	151.046.351	85.000.000
66.046.315			
TOTALES	0	265.622.953	199.576.602
66.046.351			

Año/2006

132510 Cta por cobrar			
Accionistas	-	-	-
138095 Deudores varios	66.046.351	400.276.496	29.000.000
437.322.847			
TOTALES	66.046.351	400.276.496	29.000.000
437.322.847			

Año/2007

132510 Cta por cobrar			
Accionistas	-	-	-
138095 Deudores varios	437.322.847	410.424.673	115.000.000
732.747.520			
TOTALES	437.322.847	410.424.673	115.000.000
732.747.520			

Año/2008

132510 Cta por cobrar			
Accionistas		445.620.352	-
445.620.352			
138095 Deudores varios	732.747.520	1.519.843.296	772.195.517
1.480.395.299			
TOTALES	732.747.520	1.965.463.648	772.195.517
1.926.015.651			

Año/2009

132510 Cta por cobrar			
Accionistas	445.620.352	517.444.272	767.967.177
195.097.447			
138095 Deudores Varios	1.480.395.299	-	-
1.480.395.299			
TOTALES	1.926.015.651	517.444.272	767.967.177
1.675.492.746			

Al cierre del año/2010 queda como saldo de las 2 cuentas, por tercero, un valor de \$ 1.675.492.746 a diciembre/2010, de deudas a favor de la sociedad y a cargo de Alejandro De Lima. [folios 018 y 019, Cdno 13]

P#10: Determinar en qué fecha del año 2006 Alejandro De Lima le cedió las acciones a AGROCALIMA S.A. a la señora Virginia Böhmer Rengifo y el valor de cesión?

RESPUESTA: El 2 de octubre/2006 Alejandro De Lima vende la totalidad de sus acciones (8.812) a Virginia Böhmer Rengifo. No se pudo determinar el valor de cesión. [folio 019, Cdno 13]

P#11: Determinar qué sumas de dinero le pagó AGROCALIMA S.A. a Alejandro De Lima Böhmer en los años 2006 a 2010 como precio de las acciones de AGROCUENCA S.A. que le entregó Alejandro De Lima?

RESPUESTA: Partiendo de cada año dio la siguiente respuesta:

Cuentas por pagar

Agrocalima

	Año/2005		
Año/2006			
Cuenta PUC	saldo inicial	Débito	Crédito
Saldo final			
236005 Dividendos por pagar	0	-	-
-			
238095 Acreedores Varios	0	107.983.117	107.983.117
-			
TOTALES	0	107.983.117	107.983.117

Para los años 2006/saldo inicial y año 2007/saldo final, y año 2007/saldo inicial; 2007/saldo inicial y 2008/saldo final, y año 2008/saldo inicial y 2009/saldo final, no aparecen cuentas por pagar, en dichas cuentas.

Cuentas por pagar

Agrocalima

Año/2010

	Año/2009		
Cuentas PUC	Saldo inicial	Débito	Crédito
Saldo final			
236005 Dividendos por pagar	-	767.967.177	767.967.177
238095	-	-	-
TOTALES	-	767.967.177	767.967.177

Los auxiliares por tercero de las cuentas por pagar de AGROCALIMA S.A. a favor de Alejandro De Lima muestran el abono realizado por concepto de las

107.983.117 acciones de AGROCUENCA S.A., entregadas a valor nominal de \$ 1 cada una, en el año 2006, y unos dividendos pagados por \$ 767.967.177 en el año/2010. No se registran pagos por otros conceptos en estas cuentas contables. [folios 020 y 021, Cdno 13]

P#12: Determinar si existe algún documento que acredite que Virginia Böhmer Rengifo cedió las acciones que estaban a su nombre de AGROCUENCA S.A. en AGROCALIMA S.A.?

RESPUESTA: No fue posible documentalmente demostrar dicha cesión. [folio 022, Cdno 13]

P#13: Determinar si existe algún documento que acredite que Alejandro De Lima Böhmer cedió sus acciones que estaban a su nombre de AGROCUENCA S.A. a AGROCALIMA S.A.?

RESPUESTA: En el libro de registro de accionistas de AGROCUENCA S.A. aparece una venta efectuada por Alejandro De Lima Böhmer, el 20 de febrero de 2006, por 107.983.117 acciones, según Acta de Asamblea Ordinaria No. 015 a la sociedad AGROCALIMA S.A.

El 18 de agosto/2010 se inscribe la ineficacia del traspaso de acciones (Acta No. 33 de 17 de agosto/2010, se cancelan los títulos accionarios vinculados a dicho traspaso, dando lugar a la expedición de un nuevo título No. 096 por 79.775.010 acciones (que sustituye al No. 041 y el 044).

El 1 de septiembre/2010, se dio cumplimiento a lo decidido por la Junta Directiva No. 44, de 1 de septiembre/2010, la que consideró la Resolución 1 de la Asamblea Extraordinaria de 17 de agosto/2010, Numeral 5, en la que se ordena revisar en el libro de accionistas la colocación de acciones aprobada en el Acta No. 25 de marzo/2009, sobre capitalizar la suma de \$ 1.290.051.335 provenientes de la cuenta de Revalorización del Patrimonio y posterior a la capitalización, la venta a la sociedad del 5% de las acciones que tenía cada uno de los accionistas. Se anuló entonces el Título No. 096 y se expide el No. 099 con la correspondiente capitalización por 108.659.463 acciones. [folios 022, Cdno 13]

P#14: Determinar cuál fue el perjuicio que sufrió AGROCUENCA S.A. por no haber recibido de Alejandro De Lima la oferta para ceder sus acciones en el año 2006, teniendo en cuenta en dicho cálculo la pérdida de oportunidad en la adquisición de acciones teniendo en cuenta el valor que dichas acciones tenían en el año 2006 y el que posteriormente adquirieron por la negociación con Delima Marsh. Dicho perjuicio deberá ser valorado a valor presente, para lo que deberá tener en cuenta los hechos 47 a 49 de la demanda reformada?

RESPUESTA: La utilidad de AGROCUENCA S.A., en el año/2009, fue de: \$ 52.035.228.046, principalmente por la venta de acciones de Compañías De Lima S.A. a Marsh McLennan. Ello arrojó una utilidad en venta de estas acciones por \$ 47.235.218.702, es decir, el 21,78% por acción (sobre 2.169.131.920 acciones circulación). Dado que Alejandro De Lima, en 2006, era titular del 12,28% de AGROCUENCA S.A. (107.983.117 acciones, de un total de 879.080.585 en circulación, antes de la nueva emisión, si AGROCUENCA S.A. hubiese adquirido esta participación accionaria en el 2006, habría recibido directamente un valor superior en sus utilidades registradas a mediados de 2009, debido a la transacción de acciones con Marsh McLennan, que calculó así: $(\$ 47.235.218.702) / (100\% - 12,28\% = 87,72\%) = \$ 47.235 \text{ millones} / 0.8722 = \$ 53.847 \text{ millones}$. Es decir, AGROCUENCA S.A. habría podido recibir en el 2009 un valor superior de utilidad en dicha transacción de \$ 6.612 millones ($\$ 53.847 - \$ 47.235$). Dicha suma traída a valor presente por 26 meses después de la operación, a una tasa del 10% anual como costo de oportunidad, el valor actual del perjuicio será de 22,9% más alto, es decir, de \$ 8.129 millones. [folio 023, Cdno 13]

P#15: Determinar qué daño sufrió Alejandro De Lima por no haber podido vender realmente en el año 2007, las acciones que en ese año debería tener como titular en AGROCUENCA S.A., a cuyo efecto deberá basarse en los hechos 40 a 44 de la demanda reformada?

RESPUESTA: Dado que Alejandro De Lima en 2007 era titular del 12,28% de AGROCUENCA S.A. (107.983.117 acciones, de un total de 879.080.585 acciones en circulación), de haber podido vender dicha participación en ese año, habría recibido al menos su valor intrínseco, que era de \$ 82,2 por acción, esto es, \$ 8.876 millones, que llevado a valor presente 4 años después, a una tasa de oportunidad del 10% anual, equivaldría a \$ 12.995 millones. [folio 024, Cdno 13]

P#16: Determinar a valor presente cuál ha sido el perjuicio recibido por Alejandro De Lima por haber cedido a AGROCALIMA S.A. en el año 2006, las 107.983.117 acciones que tenía en AGROCUENCA S.A., teniendo en cuenta entre otros factores lo decretado efectivamente en dividendos por dicha sociedad, por los años 2006 a 2010, la readquisición hecha en el año 2009 y la valorización de dichas acciones durante los años 2006 a 2010?

RESPUESTA: Con la autorización de emisión de 1.290.051.335 acciones, pasaron a circular 2.169.131.920, de las que cada accionista vendió a la sociedad el 5%, es decir, 107.897.912 acciones (según cuadro explicativo que el perito presenta en su dictamen). El perito calcula el perjuicio por no readquisición en \$ 1.669 millones; el perjuicio por no valorización por \$ 9.247 millones; y el perjuicio por

dividendos no recibidos por \$ 3.015 millones, ascendiendo el perjuicio a: \$ 13.931 millones (todo lo cual concreta con las operaciones y cuadros explicativos) [folios 024 a 027, Cdno. 13].

P#17: Determinar si de acuerdo con la contabilidad de AGROCUENCA S.A. esta sociedad readquirió en el 2009 de sus asociados el 5% de la participación de cada uno de ellos?

RESPUESTA: Se verificó dicha readquisición, registrada el 8 de junio de 2009, por un total de 107.897.913 acciones. En la contabilidad se registró un débito por auxiliar en la Cuenta 310515 (capital suscrito por cobrar), por valor de \$ 1,00 cada acción, a cada accionista, debidamente acreditado a AGROCUENCA S.A., es decir \$ 107.897.912 [Folio 028, Cdno 13]

P#18: Determinar qué valor le correspondió a AGROCALIMA S.A. por razón de la readquisición del 5% de sus acciones en el año 2009, calculando qué monto le hubiese correspondido a Alejandro De Lima por el 5% si dichas acciones readquiridas no hubiesen sido cedidas en el 2006 a AGROCALIMA S.A.?

RESPUESTA: El número de acciones que suscribió AGROCALIMA S.A. en la emisión de 2009, por el 5% del nuevo número de acciones, vendido a AGROCUENCA S.A., es de 366.216.196 acciones, para un total de \$ 3.122.649.500, habiendo sido pagada cada acción por AGROCUENCA S.A. a un valor de \$ 101,9482. Si Alejandro De Lima no hubiera cedido en 2006 el 12,28% que tenía en AGROCUENCA S.A. (107.983.117 acciones de un total de 879.080.585 acciones en circulación), habría sido destinatario directo de un 12,28% de la nueva emisión de acciones, o sea, 158.418.304 acciones, que sumadas a las 107.983.117 que tenía, indica que habría podido vender a AGROCUENCA S.A. el 5% del nuevo total (107.983.117 + 158.418.304 = 266.401.421 acciones X 5% = 13.320.071 acciones), que aun valor de \$ 101,9482 por acción, correspondería a un total de \$ 1.357.957.262 millones, a julio de 2009.[folios 028 y 029, Cdno 13]

P#19: Determinar si AGROCUENCA S.A. tenía financieramente capacidad para adquirir las acciones cuyo titular era Alejandro De Lima, el 20 de febrero de 2006 (artículo 396 C.Co.)?

RESPUESTA: La capacidad de AGROCUENCA S.A. a febrero/2006 para comprar las 107.983.117 acciones de Alejandro De Lima, por valor de \$ 6.722 millones, es claramente demostrable al analizar la solidez de su balance y composición (Ver, Anexo No. 1, Balance general de AGROCUENCA S.A., 2005-2010). [Folios 029 y 030, Cdno 13]

4). Cuarta parte del cuestionario [Pregunta formulada por la apoderada de AGROCALIMA S.A., doctor Gladys Constanza Vargas Ortiz, autorizada por el Tribunal, por Auto No. 25 de 17 de agosto de 2011, Acta No. 9]: La pregunta reza: Pido que el dictamen de AGROCUENCA S.A. se extienda a determinar a qué valor adquirió Alejandro De Lima BÖHMER las acciones por éste adquiridas de la sociedad AGROCUENCA S.A. en octubre de 2005.

RESPUESTA: Alejandro De Lima BÖHMER adquiere a Virginia BÖHMER Rengifo, el 5 de octubre de 2005, un total de 2.100.000 acciones, lo cual está registrado en el libro de accionistas de AGROCUENCA S.A., folio 8. Adicionalmente, los restantes accionistas adquirieron acciones, Virginia BÖHMER Rengifo, el 5 de octubre/2005, la cantidad de 2.100.000 acciones cada uno, y AGROCUENCA S.A. adquirió 922.962. No fue posible determinar el valor de dicha cesión con la documentación contable y financiera aportada al proceso.

Adicionalmente, Alejandro De Lima recibe de la sociedad AGROCUENCA S.A., el 10 de octubre/2005, 77.675.010 acciones, por la capitalización de la Revalorización del Patrimonio. El valor a que se colocaron estas acciones fue a un precio de \$ 50 por acción, \$ 1 de valor nominal, y \$ 49 pesos contabilizados como prima de colocación de acciones, lo que significa que a Alejandro De Lima le correspondió un valor de \$ 3.883.500 que fueron pagados mediante la capitalización de una parte de la revalorización del patrimonio. Los restantes accionistas recibieron acciones, el 10 de octubre/2005, como resultado de la Capitalización de la Revalorización del Patrimonio (Asamblea Extraordinaria No. 013, y reglamento de junta directiva, No. 020), según muestra cuadro que adjuntó. [folios 031 a 032, Cdno 13]

5). Quinta parte del cuestionario hecho al perito [Según Auto No. 18 de 26 de julio de 2011, Acta No. 7]:

i). Cuál fue el valor patrimonial de AGROCALIMA S.A. en las siguientes fechas: al 20 de febrero/2006, 30 de marzo/2006 y 31 de diciembre de 2005, 2006, 2007, 2008, 2009 y 2010, determinando en qué consistía el valor de sus activos.

RESPUESTA: El patrimonio neto de AGROCALIMA S.A., en las fechas indicadas era:

Febrero/2006:	\$ 10.218.937.142	Marzo 30/ 2006:	\$
	10.457.439.209		
Dcbre 31/2006:	\$ 23.691.174.616	Dcbre 31/2007:	\$
	27.921.966.370		
Dcbre 31/2008:	\$ 33.389.186.555	Dcbre 31/2009:	\$
	43.129.769.444		

Dcbre 31/2010: \$ 41.545.498.389

Según Balance de AGROCALIMA S.A. en los años indicados se tiene:

Activos corrientes:	2005	2006	2007	2008	2009
2010					
TOTAL:	1481	1114	1871	1838	3111
3843					
Activos no corrientes:	13.241	27.210	32.322	36.285	46.334
54.133					

[Folio 033 a 035, Cdno 13]

ii). *Cuántas acciones suscribió Alejandro De Lima BÖHMER en AGROCALIMA S.A., en el año 2006?*

RESPUESTA: Suscribió 5.395 acciones de AGROCALIMA S.A., el 2 de marzo/2006. [Folios 034, Cdno 13]

iii). *Cómo contabilizó AGROCALIMA S.A. la suscripción de acciones indicada en la pregunta anterior?*

RESPUESTA: AGROCALIMA S.A. aumentó su capital social de \$ 24.073.000 a \$ 35.249.000 y su superávit de capital de \$ 934.577.000 a \$ 1.146.921.000, para una inversión total entre dcbre 31/05 y dcbre 31/06 de \$ 223.520.000.

Se contabilizó así: 11.176 acciones a \$ 1.000 cada una, crédito a la cuenta 310510 (capital por suscribir), por valor de \$ 11.176.000 (total sin tercero), y 11.176 acciones a \$ 19.000 cada una, crédito a la cuenta 320505 (prima en colocación de acciones), por valor de \$ 212.244.000.

En la cuenta 320505, a nombre de Alejandro De Lima, en marzo/2006, mediante documento AJ-0034, con el concepto venta de 5.395 acciones, se registra un crédito por la suma de \$ 102.505.000.

La suscripción de 5.395 acciones de Alejandro De Lima se debitó a la cuenta 238095 (acreedores varios-otros), mediante documento AJ-0034, con el concepto de cruce de cuentas por venta de acciones, por un valor de \$ 107.895.000.

La diferencia entre el crédito y el débito a nombre de Alejandro De Lima (\$ 107.895.000 menos \$ 102.505.000 = \$ 5.390.000).

En la cuenta 320505, a nombre de Felipe De Lima, en marzo de 2006, mediante documento AJ-0034, con el concepto de venta de 5.781 acciones, se registra un crédito por la suma de \$ 109.839.000.

La suscripción de 5.781 acciones de Felipe De Lima se debitó a la cuenta 238095 (acreedores varios-otros), mediante documento AJ-0034, con el concepto de cruce de cuentas por venta de acciones por un valor de \$ 115.620.000.

La diferencia entre el crédito y el débito a nombre de Felipe De Lima (\$ 115.620.000 menos \$ 109.839.000 = \$ 5.781.000 [folios 034 a 035, Cdno 13]

iv). *Si con posterioridad a la suscripción de acciones indicada en el punto anterior, con las cuales supuestamente se canceló parte del valor de las acciones de AGROCUENCA S.A. transferidas por Alejandro De Lima BÖHMER a AGROCALIMA S.A., aquél adquirió posteriormente de algunos accionistas, a título de compra, nuevas acciones de AGROCALIMA S.A., y en caso afirmativo en qué época y en qué cantidad de acciones?*

RESPUESTA: Alejandro De Lima BÖHMER adquirió, el 13 de marzo/06, a título de compra 3.417 acciones de Agrocalima (925); Claudia Bettin Diago (997); Juan Pablo De Lima Bettin (627); Laura De Lima Bettin (627); y Virginia BÖHMER Rengifo (241). [foliob 035, Cdno 13]

v). *Cuáles fueron las utilidades que generó AGROCALIMA S.A. durante los años 2005, 2006, 2007, 2008, 2009 y 2010?*

RESPUESTA: La utilidad neta después de impuestos de AGROCALIMA S.A., tomadas de los estados financieros, es: 2005: \$ 670.735.890; 2006: \$ 287.092.434; 2007: \$ 1.624.793.180; 2008: \$ 1.052.221.227; 2009: \$ 3.948.828.823 [Esta cifra fue objetada por el revisor fiscal a 31 dcbre/09]; y 2010: \$ 2.238.742.738 [Folio 036, Cdno 13]

vi). *Cuáles fueron los dividendos repartidos a los accionistas de AGROCALIMA S.A., durante los años 2005, 2006, 2007, 2008, 2009 y 2010?*

RESPUESTA: Se expresan así:

	Año/2005		
Año/2006			
	Saldo inicial	Crédito	Débito
Saldo final			
			(PAGOS)
Felipe De Lima			375.002.350
375.002.350			
Claudia Bettin			49.993.391
49.993.391			
Juan Pablo De Lima			34.997.450
34.997.450			
Laura De Lima			34.997.450
34.997.450			
<u>Virginia BÖHMER</u>	<u>0</u>	<u>5.005.570</u>	<u>5.005.570</u>
<u>0</u>			

Laudo proferido en el Arbitramento de AGROPECUARIA CUENCA S.A. SOCIEDAD CIVIL, AGROCUENCA, y ALEJANDRO DE LIMA BÖHMER, contra AGROPECUARIA CALIMA S.A. SOCIEDAD CIVIL, AGROCALIMA.

TOTALES			499.996.211
494.990.641			
	Año/2007	NO	hay movimiento
Año/2008			
	Año/2008		
Año/2009			
Felipe De Lima	375.002.350		375.002.350
0			
Claudia Bettin	49.993.391		49.993.391
0			
Juan Pablo De Lima	34.997.450		34.997.450
0			
<u>Laura De Lima</u>	<u>34.997.450</u>		<u>34.997.450</u>
0			
TOTALES	494.990.641		494.990.641
0			
	Año/2009		
Año/2010			
Felipe De Lima	0	1.996.714.660	649.470.393
1.347.244.267			
Alejandro De Lima	0	767.967.177	767.967.177
Claudia Bettin	0	122.874.748	39.920.166
82.954.582			
Juan Pablo De Lima	0	92.156.061	30.707.820
61.448.241			
<u>Laura De Lima</u>	<u>0</u>	<u>92.156.061</u>	<u>30.707.820</u>
<u>61.448.241</u>			
TOTALES	0	3.071.868.707	1.518.773.376
1.553.095.331			

[Folios 037, Cdo 13]

vii). *Cuáles fueron los activos vendidos por AGROCALIMA S.A. y cuál su valor durante los años 2005, 2006, 2007, 2008, 2009 y 2010?*

RESPUESTA: Se expresan por años, así:

2005: Inversiones: Disminuyen de \$ 10.153 millones en diciembre 4/04 a \$ 9.707 millones a diciembre/05, por la disminución de la valorización de AGROCUENCA S.A. que pasó de \$ 7.469 millones a diciembre/04 a \$ 6.116 millones en diciembre/05, neutralizados por la valorización de Polylon S.A., que pasó de \$

1.677 millones a \$ 1.982 millones, y el recibo de acciones de AGROCUENCA S.A., cuyo saldo a diciembre/05 de 138.395.895 acciones queda registrado con un valor antes de valorizaciones de \$ 560 millones, con un aumento de \$ 518 millones en relación con diciembre/04.

2006: Inversiones: Crecen de \$ 9.707 millones en diciembre/05 a \$ 23.154 millones en diciembre/06, principalmente por la adquisición de 107.983.117 acciones adicionales de AGROCUENCA S.A. y su valorización que crece de \$ 6.116 millones a diciembre/05 a \$ 17.771 a diciembre/06. La valorización de Poylon pasa de \$ 1.982 millones a \$ 3.081 millones en el mismo período. Se registra una venta de 34.499 acciones de Sevimaz por \$ 39 millones y una disminución de su valorización de 100 millones.

207, 2008, 2009 y 2010: Inversiones: Crecen de \$ 23.154 millones en diciembre /06 a \$ 24.938 millones en diciembre/07, \$ 29.473 millones en diciembre/08, \$ 38.185 millones en diciembre/09 y \$ 36.523 millones en diciembre/10. Se permite concluir que no hubo ventas relevantes de ningún tipo de activo. [Folio 038, Cdno 13]

viii). *Qué porcentaje del patrimonio de AGROCALIMA S.A. representan sus acciones en AGROCUENCA S.A., durante los años 2005, 2006, 2007, 2008, 2009 y 2010?*

RESPUESTA: La respuesta del perito es:

AGROCALIMA S.A.	2005	2006	2007	2008	2009	2010
Vr Invers Agrocuena	\$ 6.676	\$ 18.469	\$ 20.439	\$ 24.551	\$ 29.645	\$ 25.664
Patrim. Agrocalima	\$ 10.704	\$ 23.691	\$ 27.922	\$ 33.389	\$ 43.130	\$ 41.546
Porcentaje	62,4%	78,0%	73.2%	73.5%	68.7%	61.8%

[Folio 039, Cdno 13]

ix). *Cuál fue el valor del EBITDA de AGROCALIMA S.A. durante los años 2005 y 2006?*

RESPUESTA: Dado el objeto de la sociedad, administración de inversiones operativas, se calculó un EBITDA que suma los ingresos no operacionales de su cartera de inversiones no operativas y le resta los egresos no operativos asociados a dicha cartera, excluyendo los egresos financieros. El EBITDA en el 2005 fue de \$ 834 y en el 2006 fue de \$ 617. [Folio 039, Cdno 13]

x). *En concordancia con las respuestas dadas a las preguntas anteriores, cuál era el valor comercial que tenían las acciones de AGROCALIMA S.A.*

RESPUESTA: Entre febrero y mayo/06, cuando ya estaban emitidas las nuevas 8.812 acciones que elevaron el número de acciones en circulación de AGROCALIMA S.A. de 24.073 a 35.249 acciones, los valores intrínsecos de la acción de AGROCALIMA S.A. estuvieron entre \$ 289.906 y \$ 297,336 por acción, por lo cual se puede deducir que el valor comercial de las 8.812 acciones que Alejandro De Lima tuvo en AGROCALIMA S.A. en este período, a una media de \$ 293,621 por acción, fue de \$ 2.587 millones. Prefiere este valor al que se puede sacar con el EBITDA por la volatilidad que éste tiene en las compañías. [folio 040, Cdno 13]

X). Traslado del dictamen pericial y fijación de honorarios del perito:

El Tribunal ordenó correr traslado del dictamen pericial a las partes, por el término de 3 días, por Auto No. 53 de 8 de septiembre de 2011, dictado en la audiencia de esa fecha, según reza el Acta No. 16, y en la misma providencia fijó como honorarios del perito la suma de cuarenta millones de pesos (\$ 40.000.000), a cargo de la parte convocante. [folio 156, Cdno 2]

XI). Petición de aclaración y complementación del dictamen pericial:

El doctor Alvaro Pío Raffo Palau, apoderado de la sociedad convocante AGROCUENCA S.A., en escrito presentado en tiempo oportuno, el 13 de septiembre de 2011, describió el término de traslado del dictamen pericial [folios 050 a 052, Cdno 13] y pidió las siguientes aclaraciones y complementaciones:

1). La pregunta IV, pág. 5 del dictamen, y 19, pág. 28 del dictamen, explicando si la utilidad neta de AGROCUENCA S.A., a diciembre/2005, incluye sus utilidades líquidas a esa fecha, las reservas para capital de trabajo y el monto de las mismas;

2). La pregunta VIII, pág. 9, y al Anexo No. 8, pág. 48, indicando cómo adquirió Alejandro De Lima el 2 de marzo/2006, 5.395 acciones y cómo adquirió el 13 de marzo/2006, 3.417 acciones, determinando si esta última adquisición se hizo por suscripción o por compra de acciones, y si fue por compra señalar a quién o quiénes se compró dichas acciones;

3). Aclarar la respuesta a la pregunta VIII, pág. 9, y al Anexo 8, explicando cómo adquirió José Felipe De Lima BÖHMER, 5.781 acciones de esa sociedad, y cómo las pagó, y si lo hizo en dinero o en especie;

4). Aclarar y complementar la respuesta a la pregunta VIII, pág. 9, y al Anexo 8, señalando cuál era el valor de las 5.395 acciones que adquirió Alejandro De Lima BÖHMER, el día 2 de marzo de 2006;

5). Aclarar y complementar las respuestas a las preguntas 3, pág. 12, y 6, pág. 14, determinando si las inversiones realizadas por AGROCALIMA S.A., en las sociedades Polylon S.A. (697 acciones) e Invergrupo (289 acciones), en el 2006, fueron adquiridas a través de aporte de capital por pago en especie en la suscripción de acciones o mediante pago en dinero y realizada la adquisición directamente por la sociedad;

6). Aclarar y complementar la respuesta a la pregunta 8, pág. 16, señalando si durante los años 2006, 2007, 2008, y 2009 la señora Virginia BÖHMER Rengifo recibió dividendos de AGROCALIMA S.A., y en caso afirmativo, indicar si dichos dividendos correspondían a su participación en el capital de AGROCALIMA S.A.;

7). Aclarar y complementar las respuestas a las preguntas 9, pág. 17, y 11, pág. 19, explicando qué concepto y qué origen tienen o cómo se generaron esos créditos que por los años 2006, 2007, 2008, 2009 y 2010 se encontraban y se encuentran a cargo de Alejandro De Lima BÖHMER en las cuentas por cobrar de AGROCALIMA S.A., determinando efectivamente si esta sociedad le entregó, las cantidades de dinero incorporadas en esas cuentas de cobro al señor Alejandro De Lima BÖHMER;

8). Aclarar y complementar las respuestas a las preguntas 11, pág. 19, II) y III, pág. 33, indicando cómo pagó Alejandro De Lima BÖHMER la cantidad de \$ 107.983.117 que adeudaba a AGROCALIMA S.A., en el año 2006, y que aparece en la cuenta 238095, y si esta es la misma cuenta que se debitó con el concepto de venta de acciones en la cuenta 320505; y

9). Aclarar y complementar la respuesta a la pregunta 18, pág. 27, determinando si Alejandro De Lima BÖHMER recibió de AGROCALIMA S.A. la cantidad de \$ 1.357.957.262, producto de la readquisición de acciones hechas por AGROCUENCA S.A., según lo dispuesto por la asamblea de accionistas de esta última compañía, en su reunión de 9 de marzo/2009.

XII). Fijación de término para que el perito hiciera las aclaraciones y complementaciones al dictamen:

El Tribunal, por Auto No. 57, de 15 de septiembre de 2011, dictado en la Audiencia de ese día, según Acta No. 17, [Ver, Folios 168 a 169, Cdo 2], concedió al perito el término de seis días hábiles para responder las aclaraciones complementaciones hechas al dictamen pericial.

XIII). Respuesta del perito a las aclaraciones y complementaciones al dictamen pericial:

El perito designado, Andrés Posada Archila, dio respuesta a dichas aclaraciones y complementaciones, en escrito presentado el 22 de septiembre/11, que en el laudo se resumen y precisan con indicación del folio respectivo del dictamen, así:

1). *La pregunta IV, pág. 5 del dictamen, y 19, pág. 28 del dictamen, explicando si la utilidad neta de AGROCUENCA S.A., a diciembre/2005, incluye sus utilidades líquidas a esa fecha, las reservas para capital de trabajo y el monto de las mismas.*

RESPUESTA: Pregunta IV: La utilidad neta de 2005 incluye utilidades líquidas. Las reservas para capital de trabajo en asamblea de 20 febrero/06 (Acta No. 015), por \$ 745.187.313,26.

Pregunta 19: Las alternativas y capacidad financieras de AGROCUENCA S.A., para comprar 107.983.117 acciones de Alejandro De Lima, por \$ 6.722 millones, no se alteran de manera fundamental aun separando esta reserva para capital de trabajo por \$ 745 millones, porque su valor es 1,4% de sus inversiones liquidables, que a 31 de diciembre/05 sumaban \$ 53.096 millones. Por otro lado, el EBITDA del 2006 de \$ 7.328 millones es 9,8 veces el valor de esta reserva para capital de trabajo. Los argumentos del dictamen sobre capacidad financiera de AGROCUENCA S.A. para adquirir las acciones siguen siendo iguales. [Folios 065 a 066, Cdno 13]

2). *La pregunta VIII, pág. 9, y al Anexo No. 8, pág. 48, indicando cómo adquirió Alejandro De Lima el 2 de marzo/2006, 5.395 acciones y cómo adquirió el 13 de marzo/2006, 3.417 acciones, determinando si esta última adquisición se hizo por suscripción o por compra de acciones, y si fue por compra señalar a quién o quiénes se compró dichas acciones.*

RESPUESTA: El detalle de adquisición se explicó en la respuesta No. 6 (pág. 14), en el que se confirma el valor de \$ 20.000 por acción suscrita, para un total de \$ 107.900.000. Complementa explicando que Alejandro De Lima compra esta suscripción mediante pago en especie, ya que la cuenta acreedores varios, de AGROCALIMA S.A., en febrero/06, comprobante HR-00021, se acredita por \$ 107.983.117 con el detalle de compra de 107.983.117 acciones de AGROCUENCA S.A. por valor nominal de \$ 1,00 a Alejandro De Lima, que cruza con un débito de \$ 107.895.000, en el documento contable AJ-00334. La diferencia entre el crédito y débito se cierra con nota de ajuste NJ-0096, de junio/06, por \$ 88.117, con lo cual la cuenta acreedores varios-otros No. 238095

con el tercero Alejandro De Lima queda con créditos y débitos iguales y saldo final de \$ 0.

La respuesta de cómo adquirió Alejandro De Lima el 13 de marzo/06, 3.417 acciones, está explicada en la pregunta 6 (pág. 15), lo que se hizo por compra de acciones, y se incluyó detalle los accionistas y número de acciones que le vendieron el total de 3.417 acciones [folios 066 a 067, Cdno 13]

3). *Aclarar la respuesta a la pregunta VIII, pág. 9, y al Anexo 8, explicando cómo adquirió José Felipe De Lima BÖHMER, 5.781 acciones de esa sociedad, y cómo las pagó, y si lo hizo en dinero o en especie.*

RESPUESTA: El detalle pedido está explicado en la respuesta a la pregunta 6, pág. 14, en la que se confirma el valor de \$ 20.000 por acción suscrita, por un total de \$ 115.620.000. Adicionalmente, en la respuesta a la pregunta iii), pág. 33, se presenta el detalle de esta contabilización por suscripción de acciones, y complementa que el documento contable AJ-0034, de marzo/06, también contiene que la suscripción se paga en especie (y aporta imagen de ese documento).[folio 067, Cdno 13]

4). *Aclarar y complementar la respuesta a la pregunta VIII, pág. 9, y al Anexo 8, señalando cuál era el valor de las 5.395 acciones que adquirió Alejandro De Lima BÖHMER, el día 2 de marzo de 2006.*

RESPUESTA: Aclara que la pregunta viii), pág. 9), se refería al lapso entre febrero y marzo/06, y el peritaje se basó en el valor intrínseco promedio de dichos meses. Ahora, si el ejercicio se hace para marzo 2/06, exclusivamente, se toma como referencia el valor intrínseco al corte a 28 de febrero/06, con un valor intrínseco por acción de \$ 289,906 que multiplicado por 5,395 acciones adquiridas por Alejandro De Lima, el 2 de marzo/06, equivaldría a un valor de \$ 1,564 millones. [Folio 068, Cdno 13]

5). *Aclarar y complementar las respuestas a las preguntas 3, pág. 12, y 6, pág. 14, determinando si las inversiones realizadas por AGROCALIMA S.A., en las sociedades Polylon S.A. (697 acciones) e Invergrupo (289 acciones), en el 2006, fueron adquiridas a través de aporte de capital por pago en especie en la suscripción de acciones o mediante pago en dinero y realizada la adquisición directamente por la sociedad.*

RESPUESTA: Se aclara que la respuesta a la pregunta 3, pág. 13, especifica que la cantidad de acciones de AGROCALIMA S.A. en *Polylon*, pasó de 394.418 a diciembre/05, por \$ 485 millones, a 539.418 por \$ 656 millones. El aumento de 145.000 acciones adicionales se registra bajo comprobante AJ-00334 como acciones recibidas, lo que confirma el pago en especie, vinculado a la cotización

de marzo/06. El aumento en la valorización de Polyton, en 2006, fue de \$ 1.099 millones (Ver, pág. 13, dictamen). El saldo de la cuenta 190505 valorización de inversiones de acciones pasó de \$ 1.982.341.875 a diciembre 31/05, a un saldo de \$ 3.081.581.915 a diciembre 31/06. El débito de esta cuenta para registrar su aumento de valorización se hizo con el documento contable HR-00046, en diciembre/06, por \$ 1.099.240.

En cuanto a Invergrupo, la respuesta a la pregunta 3, pág. 13, dice que las acciones de AGROCALIMA S.A. en Invergrupo S.A., son 308.718, sin modificación en 2005 y 2006. Su valor en libros pasó de \$ 277 a \$ 289 millones entre 2005 y 2006, y su valorización se incrementó de \$ 102.511.208 a 31 de diciembre/05 a \$ 120.579.658 en febrero/06, con un aumento de \$ 18 millones entre 2005 y 2006 (ver detalle de valorizaciones por cada inversión).

En la respuesta aclaratoria a la pregunta 3, se complementó que parte del aporte de Felipe De Lima para suscribir 5.781 acciones de Agrocalima, incluyó una CxP de Invergrupo S.A., y que al revisar el auxiliar de movimiento de terceros, en febrero/06, se indica que en ese mes según documento contable RC-00261 figura un concepto de cancelación de factura por aval sobre operaciones financieras por \$ 15.785.294.

En el auxiliar de total de costos y gastos por pagar, cuenta 233595, con Invergrupo S.A., hay un saldo inicial crédito, a 31 de diciembre/05, por \$ 35.615.813, un total débitos en 2006 por \$ 71.334.075, y un total créditos por \$ 37.659.794 para su saldo crédito de \$ 1.941.533 a diciembre/06.

En cuanto a la cuenta Servimaz, complementa: La cuenta de inversiones 120595 de AGROCALIMA S.A., con Servimaz, se debitó con el concepto "recibo de 8.625 acciones", por \$ 8.625.000, lo hizo aumentar el saldo de la cuenta inversiones de AGROCALIMA S.A., de \$ 30.214.426 a 31 diciembre/05 a \$ 38.839.426 a febrero/06. El saldo de la cuenta 190505 pasó de \$ 104.535.463 a diciembre/05 a \$ 4,798 a diciembre/06, lo que corrobora lo incluido en el detalle de valorizaciones por cada inversión (final de la pág. 13 dictamen), que indica una desvalorización de esta inversión por \$ 104 millones. [Folio 068, 069 y 070, Cdo 13]

6). *Aclarar y complementar la respuesta a la pregunta 8, pág. 16, señalando si durante los años 2006, 2007, 2008, y 2009 la señora Virginia BÖHMER Rengifo recibió dividendos de AGROCALIMA S.A., y en caso afirmativo, indicar si dichos dividendos correspondían a su participación en el capital de AGROCALIMA S.A.*

RESPUESTA: Complementa la respuesta a la pregunta 8, señalando que la señora Virginia BÖHMER Rengifo recibió dividendos de AGROCALIMA S.A. sólo

en el año 2006, como lo indica la respuesta iv), (pág. 36), por \$ 5.005.570 que correspondía al 1% de participación con 241 acciones sobre 24.073 acciones en circulación. [Folio 070, Cdno 13]

7). Aclarar y complementar las respuestas a las preguntas 9, pág. 17, y 11, pág. 19, explicando qué concepto y qué origen tienen o cómo se generaron esos créditos que por los años 2006, 2007, 2008, 2009 y 2010 se encontraban y se encuentran a cargo de Alejandro De Lima BÖHMER en las cuentas por cobrar de AGROCALIMA S.A., determinando efectivamente si esta sociedad le entregó, las cantidades de dinero incorporadas en esas cuentas de cobro al señor Alejandro De Lima BÖHMER.

RESPUESTA: Complementa la respuesta a la pregunta 9, pág. 17, diciendo que en la cuenta por cobrar accionistas 132510, con Alejandro De Lima, entre diciembre 31/05 y diciembre/09, hay débitos por \$ 560 millones, y créditos por \$ 114 millones, con saldo de acreencias de \$ 446 millones (saldo exacto: \$ 445.620.352). Esta misma cuenta (132510), a partir de dicho saldo inicial de \$446 millones, a diciembre 31/09, más débitos por \$ 517 millones, en 2010, llega a un saldo de \$ 195 millones, a 31 de diciembre/2010 (Ver, pág. 18).

En cuanto a la pregunta 11, pág. 19, la complementa así: Ratifica que la cuenta de acreedores varios-otros 238095, por \$ 107.893.117 se origina en el pago en especie de Alejandro De Lima por 107.983.117 acciones, de AGROCUENCA S.A. a \$ 1,00 cada una, en la suscripción de 5.395 acciones de AGROCALIMA S.A., el 2 de marzo/06. Esta cuenta quedó en ceros una vez cumplida la suscripción. [Folio 071 a 075, Cdno 13]

8). Aclarar y complementar las respuestas a las preguntas 11, pág. 19, II) y III, pág. 33, indicando cómo pagó Alejandro De Lima BÖHMER la cantidad de \$ 107.983.117 que adeudaba a AGROCALIMA S.A., en el año 2006, y que aparece en la cuenta 238095, y si esta es la misma cuenta que se debitó con el concepto de venta de acciones en la cuenta 320505.

RESPUESTA: Complementa que la cuenta de acreedores varios 238095, de AGROCALIMA S.A., de febrero/06, comprobante HR-00021, se acreditó por \$ 107.983.117 con el detalle "compra de 107.983.117 acciones a Agrocuenca a valor nominal \$ 1,00 a Alejandro De Lima", lo confirma la respuesta a la pregunta de cómo pagó Alejandro De Lima esas acciones a favor de AGROCALIMA S.A. en 2006.

La cuenta superávit de capital en colocación de acciones 320505 tiene que ver con dicha capitalización. A nombre de Alejandro De Lima aparece, en marzo/06, documento AJ-0034, el concepto de venta de 5.395 acciones, se registra un

crédito por \$ 102.505.000, se debitó a la Cta. 238095, mediante documento AJ-0034, con el concepto cruce de cuentas por venta de acciones por un valor de \$ 107.895.000 (presenta cuadro de detalle y explicación de cifras). [Folios 075 a 076, Cdno 13]

9). Aclarar y complementar la respuesta a la pregunta 18, pág. 27, determinando si Alejandro De Lima BÖHMER recibió de AGROCALIMA S.A. la cantidad de \$ 1.357.957.262, producto de la readquisición de acciones hechas por AGROCUENCA S.A., según lo dispuesto por la asamblea de accionistas de esta última compañía, en su reunión de 9 de marzo/2009.

RESPUESTA: Se aclara la respuesta a la pregunta 18, pág. 27, afirmando que Alejandro De Lima BÖHMER no recibió de AGROCALIMA S.A. la cantidad de \$ 1.357.957.262, producto de la readquisición de acciones hecha por AGROCUENCA S.A.

Indica cuáles fueron los accionistas que suscribieron como destinatarios de esta readquisición y recibieron dinero por la venta del 5% del nuevo número de acciones vendido a AGROCUENCA S.A., (incluye cuadro explicativo individual).

Los \$ 1.357.957.262 los habría recibido Alejandro De Lima de no haber cedido el 12,28% en el 2006, en AGROCUENCA S.A., con lo que hubiera sido destinatario directo del 12,28% de la nueva emisión de acciones, y le hubiera podido vender a AGROCUENCA S.A. el 5% del nuevo total.

AGROCALIMA S.A. sí recibió directamente un total de \$ 3,122.649,500 producto de la readquisición de acciones hecha por AGROCUENCA S.A. según lo dispuesto por la asamblea de marzo 9/09. [Folios 077 a 078, Cdno 13].

XIV). Traslado a las partes del escrito de aclaraciones y complementaciones hechas por el perito al dictamen:

El Tribunal, por Auto No. 58, dictado en la Audiencia No. 18, de fecha 26 de septiembre de 2011, [folio 171, Cdno 2] corrió traslado a las partes del escrito de aclaraciones y complementaciones hechas por el perito al dictamen, por el término de tres días hábiles.

XV). Formulación de objeciones por error grave al dictamen pericial:

La doctora Gladys Constanza Vargas Ortiz, apoderada de la parte convocada AGROCALIMA S.A., presentó el 29 de septiembre/10, encontrándose en tiempo hábil para ello, escrito de objeciones por error grave, al dictamen y sus aclaraciones y complementaciones rendido por el perito Andrés Posada Archila, a tenor de lo dispuesto en el artículo 238 C.P.C. [Folios 079 a 128, Cdno 13]

El escrito de formulación de objeciones por error grave contra el dictamen integral del perito se expresa sucinta y enunciativamente, así:

Primera objeción: Configurado en la respuesta a la *Pregunta vii* del dictamen, en cuanto a la escogencia del valor intrínseco como indicador más confiable para determinar el valor comercial de las acciones de AGROCUENCA S.A., transferidas por Alejandro De Lima B a AGROCALIMA S.A.;

Segunda objeción: En relación a la respuesta a la *Pregunta viii* del experticio, en cuanto a que el perito utilizó, respecto del valor comercial de las acciones de Agrocalima S.A, correspondientes a Alejandro De Lima BÖHMER, entre febrero y mayo/2006, el mismo método de cálculo usado para las acciones de AGROCUENCA S.A., a que se refiere la objeción anterior;

Tercera objeción: En cuanto a la pregunta 14 (pág. 22 del dictamen), que pidió determinar el perjuicio sufrido por AGROCUENCA S.A., por no haber recibido de Alejandro De Lima la oferta para ceder sus acciones en el año 2006, en cuanto que la respuesta dada por el perito comporta un error grave al suponer que la readquisición de acciones propias por parte de una sociedad anónima, le permite disfrutar de los derechos inherentes a dichas acciones (utilidades), porque de conformidad al artículo 396 del Código de Comercio, mientras estas acciones pertenezcan a la sociedad quedan en suspenso los derechos inherentes a ellas, no siendo posible decretar dividendos para acciones propias y readquiridas por la sociedad emisora.

Cuarta objeción: Respecto a la respuesta del perito a la *Pregunta 15* pág. 23 del dictamen, en cuanto que al determinar el perito el daño sufrido por Alejandro De Lima por no haber podido vender realmente en el año 2007, las acciones que en ese año debiera tener como titular en AGROCUENCA S.A., el perito fijó el valor intrínseco de la acción a esa fecha y lo multiplica por el número de acciones de que era titular dicha persona, para un resultado de \$ 8.8776 millones, el que proyecta a valor presente actualizando su monto a \$ 12.995 millones, habiendo desconocido hechos significativos en el proceso de estimación del perjuicio indemnizable, lo que sustenta doctrinariamente, y que hace recaer en que en el expediente no hay documento que indique que dicho señor hubiera pretendido vender sus acciones en el 2007, y que en cambio dicha persona transfirió libremente dichas acciones a AGROCALIMA S.A., el 20 de febrero de 2006; que libremente vendió a Virginia BÖHMER Rengifo las acciones readquiridas en AGROCALIMA S.A.; que conforme a la tasación hecha por el perito respecto a las acciones el perjuicio sólo sería la diferencia entre los valores del 2006 y 2007, y no el monto total de la venta, y que como el señor Alejandro De Lima está en posesión real de las acciones en AGROCUENCA S.A. desde el 17

de agosto/2010, se desvirtúa la posibilidad de imputar cualquier perjuicio y traerlo a valor presente.

Quinta objeción: En cuanto a la respuesta del perito a la *Pregunta 16*, pág. 23 del dictamen, referente a la determinación a valor presente del perjuicio recibido por Alejandro De Lima por ceder a AGROCALIMA S.A. la cantidad de 107.983.117 acciones de AGROCUENCA S.A., teniendo en cuenta lo decretado por dividendos de 2006 a 2010, la readquisición hecha en el 2009 y la valorización de dichas acciones en el 2010, en razón a que la tasación carece de todo elemento de ponderación de los factores para determinar el perjuicio, en particular porque tener en cuenta elementos determinantes: Que el señor Alejandro De Lima libremente decidió traspasar sus acciones en AGROCUENCA S.A., a la sociedad AGROCALIMA S.A., el 20 de febrero de 2006; que dicho señor vendió las acciones adquiridas a la señora Virginia BÖHMER Rengifo, el 2 de octubre/2006, (readquiridas el 30 de septiembre/09); que no se puede derivar perjuicios de presuntas operaciones que se harían en el futuro; que el señor Alejandro De Lima está en posesión de las acciones desde el 17 de agosto/10; que del eventual perjuicio debe descontarse los dividendos recibidos y los recibidos en AGROCALIMA S.A.; que no se tuvo en cuenta que dicho señor tiene las acciones que AGROCUENCA S.A. le transfirió como derecho de readquisición, que no se pudo materializar en el 2009; que no se puede establecer que exista al tiempo un perjuicio por la transferencia de acciones y de otro lado a favor de Alejandro De Lima; y que este señor posee hoy el 12,28% de las acciones de AGROCUENCA S.A. y simultáneamente el 25% de las acciones de AGROCALIMA S.A.

Sexta objeción: En cuanto a la respuesta a la *Pregunta 19*, pág. 28 del dictamen, referente a determinar si AGROCUENCA S.A. tenía financieramente capacidad para adquirir las acciones de Alejandro De Lima, el 20 de febrero/2006, en cuanto que el perito omitió considerar aspectos normativos y señaló que financieramente la sociedad podría por vía endeudamiento o por venta de activos adquirir el paquete de acciones, todo lo cual ratificó en las aclaraciones y complementaciones, de manera que en aplicación del artículo 396 C.Co., la sociedad AGROCUENCA S.A. nunca hubiese podido adquirir las acciones del señor Alejandro De Lima y por ende legitimar cualquier eventual perjuicio a su favor derivado de esta transacción.

Séptima objeción: Juicio falso sobre la realidad, pues las bases en que está concebido el dictamen, a más de erróneas, son de tal entidad que provocan conclusiones equivocadas en el resultado de la experticia: El perito se basó en las afirmaciones hechas solo por los convocantes, y no tuvo en cuenta los

documentos aportados para la contestación de la demanda (e ilustra la actuación del perito con comportamientos que según su criterio le hicieron perder objetividad e ignorar la lealtad con que debía obrar en el proceso y frente a los árbitros.

[Hasta aquí la síntesis de las objeciones al dictamen pericial.].

Las partes convocantes no formularon objeciones por error grave al dictamen pericial, sus aclaraciones y complementaciones.

El Tribunal, por Auto No. 60, dictado en la Audiencia de 6 de octubre/2010, Acta No. 20, dispuso correr traslado de dicho escrito de objeciones por error grave a las partes, por el término de tres días hábiles, de conformidad al Num. 5 del artículo 238 C.P.C.

[Folio 180, Cdno 2]

XVI). Uso por las partes del término de traslado del escrito de formulación de objeciones por error grave al dictamen pericial:

Encontrándose en tiempo para ello, los doctores Alvaro Pío Raffo Palau y Silvia Guisela Romero Romero, apoderados de las partes convocantes, hicieron uso del término de traslado y contestaron cada una de las objeciones formuladas por error grave, mediante escrito presentado el día 11 de octubre/2011 [Ver, folios 129 a 136, Cdno 13]. Las respuestas dadas se resumen así:

A la objeción primera: Afirma que el ordenamiento legal estableció como forma de fijación del valor de las acciones, la división del patrimonio neto de la sociedad por el número de acciones en circulación, que no transándose en bolsa se conoce como *estimación por valor en libros o valor intrínseco* (artículo 6, D.R. 836/91). Para las sociedades que transan en bolsa el valor comercial no es el intrínseco, porque el valor en bolsa depende de su bursatilidad. Rebate que el porcentaje de acciones de Alejandro De Lima en AGROCUENCA S.A. fuera minoritario (12,28%) pues el de los restantes socios era similar. El perito, al acogerse al valor intrínseco de la acción, reconoció a esta sociedad como de tipo familiar. De haberse hecho la valoración de la acción por otro método, su valor sería superior. Acepta que el perito no tuvo en cuenta las inversiones de la sociedad ni el negocio en marcha con Marsh McLennan.

A la objeción segunda: Respuesta del perito a la Pregunta 7: El perito fue consecuente al valorar las acciones de AGROCALIMA S.A. como las de AGROCUENCA S.A., sin tener en cuenta las adquiridas por Alejandro De Lima a Agrocalima, el 3 de marzo/06. La valoración propuesta por la objetante para AGROCALIMA S.A. implicaría en el supuesto negocio que Alejandro De Lima recibiera un porcentaje en Agrocalima y mal se puede valorar con su propio patrimonio. El aporte de José Felipe De Lima a AGROCALIMA S.A., de las

acciones de Servimax S.A. y Polyton S.A., con lo que recibió acciones de Agrocalima, al incrementarse las acciones en circulación, no permite comparar este aporte vía suscripción con el del señor Alejandro De Lima. Rechaza que las inversiones de Agrocalima en los Estados Unidos de América, que no se encontraban valoradas comercialmente ni registradas las valorizaciones a diciembre 31/09, implica que la objetante desconoce lo que es el valor intrínseco de la acción (artículos 48 y 61, Decreto 2649/93). La fórmula imaginativa de valoración propuesta por la objetante no tiene sustento comercial ni económico, porque implica que la determinación del precio de las acciones se ha incrementado incluyendo el valor intrínseco de las acciones recibidas de Alejandro De Lima.

A la objeción tercera: Las acciones propias readquiridas no generan pago alguno de utilidades, porque se excluyen de ese cálculo, pero eso no impide que la sociedad readquirente tenga incrementos patrimoniales (que benefician indirectamente a los accionistas). La determinación del perjuicio de AGROCUENCA S.A. por no haber recibido de Alejandro De Lima la oferta para ceder sus acciones en el 2006, se hace con un simple cálculo matemático que refleje el aumento patrimonial de estas acciones del año 2007 con referencia al 2006. Se equivoca también la objetante al reconocer que a pesar que AGROCUENCA S.A. podía vender acciones a Marsh McLennan, a precio significativo, también podía haber sufrido pérdida en otros negocios significativos, sin tener en cuenta que para el 2006 estas acciones estaban totalmente provisionadas.

A la objeción cuarta: Rechazan la objeción por error grave por lo siguiente: 1). El cálculo del perito sobre el perjuicio de Alejandro De Lima se basa en un supuesto, que contiene un daño cierto e indemnizable; 2). No es cierto que Alejandro De Lima hubiera querido o decidido transferir libremente sus acciones a AGROCALIMA S.A.; 3). La respuesta del perito a la Pregunta 10 es clara, pues no pudo determinar el valor de la cesión con la documentación contable y financiera aportada al proceso; 4). El cálculo del perjuicio jamás puede hacerse con una simple diferencia de valores; y 5). La declaración de ineficacia de las decisiones tomadas en la asamblea de AGROCUENCA S.A., el 20 de febrero/2006, no hace que los perjuicios desaparezcan.

A la objeción quinta: Las acciones que Alejandro De Lima colocó a nombre de la señora Virginia Böhmer Rengifo se hizo sin ánimo de transferir la propiedad. Que Alejandro De Lima dejó de recibir por readquisición de acciones \$ 1.300 millones, y que a pesar de haber recibido dividendos en AGROCUENCA

S.A., ellos fueron causados como cuenta por cobrar en AGROCALIMA S.A., a cargo del señor Alejandro De Lima. Destaca que desde la declaratoria de ineficacia del traspaso de acciones de Alejandro De Lima a AGROCALIMA S.A., en la sociedad AGROCUENCA S.A., el señor De Lima ha pedido a Agrocalima reconocer ese hecho y aceptar la decisión de la asamblea, con negativa de AGROCALIMA S.A. Que la sociedad AGROCALIMA S.A. registró como pasivo a cargo de Alejandro De Lima todos los dividendos que recibió de AGROCUENCA S.A. (y remite a la aclaración y complementación del perito a la Pregunta 9, folios 7, 8, 9 y 10 de dicho escrito).

A la objeción sexta: La respuesta del perito, bajo el Numeral 1 aclaratorio de la Pregunta iv), indica que conforme a las reservas a 2005 y las utilidades generadas en ese período, AGROCUENCA S.A. tenía capacidad para readquirir la totalidad de las acciones de Alejandro De Lima, a 20 de febrero/2006. Si el señor De Lima hubiese ofrecido las acciones estas hubieran podido ser readquiridas por estar liberadas, existir utilidades líquidas, la mayoría del 70% para hacerlo.

A la objeción séptima: La peritación no contiene juicios de valor ni reconocimiento de supuestas pruebas aportadas al proceso o que aparentemente se practicaron en otro proceso, porque tal cosa no le está permitido al perito. La Pregunta 8 formulada al perito sí fue contestada por éste (Ver, pág. 11 del escrito de aclaraciones y complementaciones).

XVII). Solicitud de pruebas con relación a las objeciones por error grave del dictamen pericial:

El Tribunal, por Auto No. 62, dictado en la Audiencia del día 12 de octubre/2011, Acta No. 21, [Folios 184 y 185, Cdo 2] se ocupó de resolver la solicitud de pruebas de la parte convocada, y las pedidas por las partes convocantes, relativas a la formulación de la objeción por error grave del dictamen pericial, de la siguiente forma:

a). De la parte convocada: Oficiar al Juzgado Octavo Civil del Circuito de Cali para el envío de copia auténtica de la demanda, la contestación, la audiencia de saneamiento, decisión de excepciones previas, y fijación de litigio, del proceso abreviado de impugnación de actas de asamblea promovido por AGROCALIMA S.A. en contra de AGROCUENCA S.A., radicación 2010-0570.

El Tribunal se abstuvo de decretar la prueba de oficio de un nuevo dictamen para probar las objeciones por error grave, y tomó atenta nota y se referirá a ello en el laudo.

b). De las partes convocantes: Oficiar a AGROCALIMA S.A. para que remita al proceso, copias completas de las Hojas de los libros Auxiliar y Diario, donde aparezca registrada la cuenta 138095 Deudores Varios – Alejandro De Lima; la cuenta 238095 Acreedores Varios y otros y la cuenta 1325 cuentas por cobrar socios-accionistas, las cuales deberán cubrir el movimiento a partir de febrero/2006 y hasta el 30 de diciembre/2010, las cuales deberán estar certificadas respecto a su autenticidad por la contadora y revisor fiscal de AGROCALIMA S.A.

XVIII). Examen de los motivos de objeción por error grave al dictamen pericial integral, por parte del Tribunal arbitral:

El Tribunal procede a estudiar las objeciones formuladas, en el orden propuesto, para luego hacer la calificación de cada una de ellas, a criterio de los árbitros y de lo que enseña la jurisprudencia y la doctrina, en particular el Tribunal se detiene en el análisis de la prueba pericial y su impugnación para atender la doctrina de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, que manda pronunciarse sobre el “error grave” del dictamen, con el ánimo de evitar que el laudo pueda ser acusado por vía de anulación por no atender a la exigencia del máximo órgano jurisdiccional del país [Ver, Sentencia de casación civil, C.S.J., de 24 de febrero de 2010 (000033-01), Magistrado ponente Edgardo Villamil Portilla, que en lo pertinente dice: “...Desde luego que el silencio de las partes en relación con la prueba no constituía una dispensa frente a la necesidad de hacer el mencionado análisis, el cual, valga reiterarlo, representa un mandato legal que debe verse reflejado en la motivación de la sentencia. Por ende, haber dado pleno alcance a la referida experticia, por el solo hecho de que no fue objetada, constituye un desavío mayúsculo que trasgrede el derecho al debido proceso, no sólo por desconocer el deber de valorar la prueba de acuerdo con la sana crítica, sino por la orfandad que ello generó en la motivación del fallo, todo lo cual abre paso a la intervención del juez constitucional. Dicho de otra manera, ante el censurable proceder de la autoridad judicial aquí cuestionada, se torna necesario dejar sin efectos la providencia judicial que decidió el asunto en segundo grado, así sea que esta, desde el punto de vista formal, haya adquirido firmeza, lo cual se generó precisamente por la inexistencia de otros medios ordinarios de impugnación.(...). Y aunque no haya sido objeto de la impugnación, debe ponerse de presente que el juzgado accionado no abonó ninguna reflexión para ver de establecer si estaba asistido de competencia a la hora de imponer, en el curso del proceso ejecutivo, la sanción del artículo 72 de la Ley 45 de 1990, circunstancia que era menester precisar previamente, de acuerdo con la naturaleza del proceso y las precisas

facultades que la ley le otorga al juez en este tipo de actuaciones. El silencio al respecto, entonces, se yergue como otra deficiencia argumentativa que incidió en la providencia aquí cuestionada” [hasta aquí la cita].

El examen pertinente se verifica así:

A LA OBJECION # 1:

Con respecto a la argumentación utilizada para desvirtuar el uso del valor intrínseco en compañías pequeñas y de carácter familiar en la *pregunta vii*, donde la participación del 12,28% no permitiría siquiera garantizar un puesto en la Junta Directiva de la Sociedad, el Tribunal considera que independientemente de las incidencias sobre la participación en órganos de dirección de la compañía, mediante la primera metodología de valor intrínseco utilizada por el perito, así como en la segunda metodología de un multiplicador del Ebitda del año 2006 de 7,5 veces, el valor comercial es bastante parecido, de \$ 6,722 Millones y de \$ 6,749 millones respectivamente, escogiendo el perito el primero de ellos con una argumentación que el Tribunal considera válida, consistente en la volatilidad que normalmente tienen los Ebitdas anuales de una compañía, de tal manera que el Ebitda de un solo año, como el 2006, puede no ser representativo de los Ebitdas de varios años. No se encuentra entonces posibilidad a este respecto de error grave al utilizar dos metodologías que arrojan valores sensiblemente parecidos.

Por otro lado, el Tribunal también encuentra que el perito a lo largo del desarrollo del peritaje utiliza la metodología de valor intrínseco tanto para AGROCUENCA S.A. como para AGROCALIMA S.A., lo cual le parece al Tribunal que es garantía de imparcialidad al hacer comparaciones bajo bases iguales. Adicionalmente, sobre la argumentación de la incidencia de la participación minoritaria en órganos de dirección de empresas más pequeñas y de carácter familiar, AGROCALIMA S.A. es una sociedad todavía más pequeña que AGROCUENCA S.A., de carácter familiar y con una participación también minoritaria del 25% por parte de Alejandro De Lima, hecho que también afectaría el precio al cual realmente se podrían transar las acciones de AGROCALIMA S.A., y no solo las de AGROCUENCA S.A., debido a las participaciones minoritarias de Alejandro De Lima en ambas sociedades.

A LA OBJECION # 2:

El Tribunal no encuentra que el perito partiera de supuestos sobre contratos verbales o simulados y no hizo pronunciamiento alguno al respecto durante la elaboración de su respuesta a la pregunta *viii*, lo cual tampoco le competía ni tenía por qué hacerlo.

En cuanto a la objeción con respecto a que el patrimonio de AGROCALIMA S.A. se vio automáticamente incrementado en el mismo valor por concepto de la transferencia del 12,28% de las acciones de AGROCUENCA S.A. y que falta incluir dicha valoración en el valor comercial de AGROCALIMA S.A., el Tribunal estima que fue absuelto por el perito de manera adecuada:

Además de la primera alternativa de valor intrínseco y de una segunda alternativa del multiplicador por 7,5 veces del Ebitda del año 2006, descartada por su volatilidad o poca representatividad del Ebitda de un solo año, el perito utilizó una tercera alternativa de valoración que fue la de traer a valor presente del año 2006, los Ebitdas reales generados por AGROCALIMA S.A. de los años 2006 hasta el año 2010, lo cual no sólo incluyó el mayor valor que adquirió AGROCALIMA S.A. con la transferencia del 12,28% de las acciones de AGROCUENCA S.A., sino que también incluye el beneficio respectivo constitutivo de la valorización adquirida desde el año 2006, al beneficiarse también AGROCALIMA S.A. por concepto de la venta de Compañías De Lima S.A. a Marsh McLennan en el año 2009.

Bajo esta tercera alternativa de valoración, la participación del 25% de Alejandro De Lima en AGROCALIMA S.A. traída a valor presente hasta el inicio del año 2006, arrojó un valor calculado por el perito de \$ 2,100 Millones, inclusive inferior al valor arrojado por la metodología de valor intrínseco, que fue de \$ 2,587 millones.

Con respecto a la objeción de que el perito no incluyó el valor comercial de unas inversiones en proyecto de construcción en Estados Unidos, la página 13 del dictamen del perito trae el detalle de las valorizaciones de cada una de las inversiones tomadas de los Estados Financieros auditados de AGROCALIMA S.A., a diciembre 31 de 2006, las cuales suman \$ 12,669 millones e incluyen a AGROCUENCA S.A., Polylon S.A., Servimaz S.A. en Invergrupo S.A., pero no incluyen las inversiones de proyectos de construcción en Estados Unidos, porque, es de suponer, seguramente su Administración consideró que dichos activos no tuvieron valorizaciones comerciales en dicho año y, por lo tanto, no los incluyó en sus Estados Financieros que han sido correctamente interpretados por el perito.

A LA OBJECION # 3:

El Tribunal encuentra que en la pregunta # 14, el perito asumió que una sociedad puede recibir incrementos patrimoniales que la benefician directamente o a través de sus accionistas después de una readquisición de acciones, con referencia a un caso hipotético donde no se conoce el valor al cual AGROCUENCA S.A. le habría podido readquirir el 12,28% de las acciones a Alejandro De Lima, operación que no se realizó. Por eso es entendible, en criterio del Tribunal, que al hipotético

perjuicio calculado por el perito mediante una fórmula matemática de proporcionalidad de la participación a readquirir, llevada a valor presente, no se le restase lo que le habría costado dicha readquisición por parte de AGROCUENCA S.A., ya que esta operación no se realizó.

El Tribunal interpreta que en la respuesta a esta pregunta, el perito realizó cálculos técnicamente correctos, cuya conclusión de perjuicio es hipotética, al no haberse realizado la operación de cesión por parte de Alejandro De Lima sobre su participación del 12,28% a AGROCUENCA S.A.

A LA OBJECION # 4:

El Tribunal analizó que la pregunta 15, contestada por el perito, se refiere a si Alejandro De Lima, propietario del 12,28% de participación accionaria en AGROCUENCA S.A., hubiese podido vender dicha participación en el año 2007, mediante un cálculo nuevamente basado en valor intrínseco de dicho año que lleva a valor presente 4 años después para actualizarlo a valor del año 2011. El perito, en criterio del Tribunal, acertadamente no discute si los hechos fueron ciertos o no, pues no le compete.

Tampoco tenía que pronunciarse el perito sobre las condiciones de libertad del Sr. Alejandro De Lima al transferir sus acciones de AGROCUENCA S.A. a AGROCALIMA S.A., pues, su peritaje no es de índole jurídico sino contable y financiero.

Tampoco tenía que pronunciarse el perito en esta respuesta sobre las condiciones de libertad del Sr. Alejandro De Lima al vender a la Sra. Virginia BÖHMER Rengifo, el 2 de octubre de 2006, las cuales readquirió el 30 de septiembre de 2009, pues su peritaje no es de índole jurídico, sino contable y financiero.

El Tribunal entiende que lo contestado por el perito es el valor comercial hipotético en el año 2007, sin estimar todavía el daño o perjuicio. Dicho daño o perjuicio es estimado y resuelto por el perito en la respuesta a la pregunta # 16, ya que a la no valorización de AGROCUENCA S.A. entre 2005 y 2010 por valor de \$ 10,231 millones, el perito le resta a esta cifra la valorización de AGROCALIMA S.A. basado en la participación de Agrocalima S.A. en AGROCUENCA S.A. y en la participación del 25% de Alejandro De Lima en AGROCALIMA S.A. a esa fecha.

Donde sí hay apreciación correcta por parte de la demandada AGROCALIMA S.A., es que en el cálculo del perjuicio, donde el perito restó el 25% de participación de Alejandro De Lima en la valorización de AGROCUENCA S.A., en su lugar ha debido restar este mismo 25% a la valorización que tuvo AGROCALIMA S.A. en el mismo período en cuestión, pero, lo cual fue validado

también con el perito quien avaló la corrección. Esta corrección se hace en el punto de conclusiones.

Es cierto que la Asamblea Extraordinaria de AGROCUENCA S.A. declaró la ineficacia de las decisiones tomadas en la Asamblea del 20 de febrero de 2006, el 17 de agosto de 2010.

A LA OBJECCION # 5:

El Tribunal ratifica que el perito no tenía que pronunciarse sobre las condiciones de libertad del Sr. Alejandro De Lima al transferir sus acciones de AGROCUENCA S.A. a AGROCALIMA S.A., pues, su peritaje no es de índole jurídico sino contable y financiero.

El Tribunal ratifica que el perito no tenía que pronunciarse sobre las condiciones de libertad del Sr. Alejandro De Lima al vender a la Sra. Virginia BÖHMER Rengifo, el 2 de octubre de 2006, las cuales readquirió el 30 de septiembre de 2009, pues, su peritaje no es de índole jurídico sino contable y financiero.

El perito contestó y calculó un valor presente sobre una transacción hipotética, tal cual se habría podido realizar de no haber cedido Alejandro De Lima su participación en AGROCUENCA S.A. a AGROCALIMA S.A.

Es evidente, en criterio del Tribunal, que a ese perjuicio había que restarle no el valor patrimonial de las acciones de AGROCALIMA S.A. sino el 25% de participación de Alejandro De Lima en el valor de la readquisición de acciones recibida por AGROCALIMA S.A., lo cual el perito mostró también al especificar el valor exacto recibido por esta sociedad. Aparentemente es cierto que en el capítulo de readquisición no aparece descontado, pero el error no es conceptual sino de interpretación. La correcta interpretación, a juicio del Tribunal, es que si bien no está explícitamente restado en el cuadro resumen de la pregunta # 16, sí existe una indicación clara del valor a restar en la página 24 de la misma pregunta 16 donde están los \$ 3,122 Millones que recibió AGROCALIMA S.A. por concepto de la readquisición de acciones de AGROCUENCA S.A., del cual le correspondería a Alejandro De Lima el 25%, de manera que el Tribunal estima que no se trata de un error en la base de cálculo, que enerve la integralidad del dictamen rendido, sino de un aspecto interpretativo que encuentra solución en la forma que el Tribunal ha dejado indicada.

El Tribunal validó que el perito extrajo directamente la información de los documentos contables aportados por la misma contadora de AGROCUENCA S.A., señora Doris López, que son los registros por tercero de dividendos pagados por esta sociedad, los cuales no incluyen a Alejandro De Lima entre los años 2006 a 2010.

El Tribunal tendrá en cuenta los dividendos recibidos por Alejandro De Lima de parte de AGROCALIMA S.A., pagados únicamente en el año 2010 como efectivamente lo informó el perito, los cuales fueron de \$ 768 millones de pesos.

El Tribunal acepta la objeción sobre la no existencia de un perjuicio simultáneo tanto para AGROCUENCA S.A. como para Alejandro De Lima, pero no como error del perito, tal como se explicó en el pronunciamiento a la *Objeción # 3*, donde el Tribunal interpreta que en la respuesta a esta pregunta, el perito realizó cálculos técnicamente correctos, cuya conclusión de perjuicio es hipotética, al no haberse realizado la operación de cesión por parte de Alejandro De Lima sobre su participación del 12,28%.

A LA OBJECION # 6:

El Tribunal considera que el perito no tiene por qué pronunciarse sobre aspectos normativos (Art. 396 del Código de Comercio), sino que se contrae a señalar si financieramente la sociedad tenía la capacidad y la solidez patrimonial para adquirirle también en hipotético caso la participación del 12,28% al señor Alejandro De Lima, tal como se le preguntó sin que le tocara establecer si dicha adquisición se había hecho por las formas determinadas en la ley.

A LA OBJECION # 7:

El Tribunal acepta la no existencia de un perjuicio simultáneo tanto para AGROCUENCA S.A. como para Alejandro De Lima, pero no como error del perito, tal como se explicó en el pronunciamiento a la *Objeción # 3*, donde el Tribunal interpreta que en la respuesta a esta pregunta, el perito realizó cálculos técnicamente correctos, cuya conclusión de perjuicio es hipotética, al no haberse realizado la operación de cesión por parte de Alejandro De Lima sobre su participación del 12,28%.

Con respecto a la objeción al documento escrito señalando que José Felipe De Lima y AGROCALIMA S.A. se comprometen a garantizarle a Alejandro De Lima que recibirá por los 3 años siguientes a la firma del acuerdo, unos dividendos equivalentes como mínimo al 12,28% de las utilidades que reparta la sociedad AGROCUENCA S.A. para sus socios, el Tribunal tiene la convicción que el perito no podía salirse de los temas que le preguntaron ni tampoco inventar temas de peritación.

Adicionalmente, no tiene cómo restar los dividendos de AGROCUENCA S.A. recibidos por el Sr. Alejandro De Lima indirectamente a través de AGROCALIMA S.A., porque AGROCUENCA S.A. los pagó directamente a quien figuraba como socia. Agrocalima S.A. pagó dividendos directamente a Alejandro De Lima únicamente en el año 2010, como efectivamente lo informó el perito, en la

respuesta vii) del cuestionario, según al Auto # 18 del 26 de Julio de 2011, *página* 36, por valor de \$ 768 millones de pesos.

XIX). El estudio de la prueba para la demostración de las objeciones por error grave del dictamen pericial:

Como quedó dicho atrás en esta parte del laudo, el Tribunal se ocupó de resolver la solicitud de pruebas de la parte convocada, y las pedidas por las partes convocantes, relativas a la formulación de la objeción por error grave del dictamen pericial, mediante el Auto No. 62, de la Audiencia del día 12 de octubre/2011, Acta No. 21, de la siguiente forma: a). De la parte convocada: Oficiar al Juzgado Octavo Civil del Circuito de Cali para el envío de copia auténtica de la demanda, la contestación, la audiencia de saneamiento, decisión de excepciones previas, y fijación de litigio, del proceso abreviado de impugnación de actas de asamblea promovido por AGROCALIMA S.A. en contra de AGROCUENCA S.A., radicación 2010-0570. El Tribunal se abstuvo de decretar la prueba de oficio de un nuevo dictamen para probar las objeciones por error grave, tomó atenta nota de lo dicho al respecto por la parte convocada, y se referirá a ello en el laudo. b). De las partes convocantes: Oficiar a AGROCALIMA S.A. para que remita al proceso, copias completas de las Hojas de los libros Auxiliar y Diario, donde aparezca registrada la cuenta 138095 Deudores Varios – Alejandro De Lima; la cuenta 238095 Acreedores Varios y otros y la cuenta 1325 cuentas por cobrar socios-accionistas, las cuales deberán cubrir el movimiento a partir de febrero/2006 y hasta el 30 de diciembre/2010, las cuales deberán estar certificadas respecto a su autenticidad por la contadora y revisor fiscal de AGROCALIMA S.A. En el orden citado, el Tribunal hace las siguientes precisiones en materia probatoria con relación a la definición de las objeciones por error grave formuladas con el dictamen, su aclaración y complementación, por la parte *convocada*, así:

1). El Tribunal adelantó el estudio y extrajo las conclusiones pertinentes en esta materia, ya expuestas en el punto correspondiente, de todas las piezas procesales de tipo documental que obran en el expediente (contabilidad, estados financieros, informes, registros de libros contables y de accionistas, etc.); de las que particularmente tuvo en cuenta el señor perito para rendir su dictamen y para despachar las aclaraciones y complementaciones al mismo; de los soportes, cuadros explicativos y anexos incluidos en el dictamen, y las partidas que figuran en los libros auxiliares en las cuentas ya citadas, examinadas contablemente por el perito y/o aportadas al proceso;

2). Por lo anterior no ha resultado necesario para la ilustración del criterio de los árbitros y la fundamentación de sus apreciaciones en la definición de las

objecciones por error grave del dictamen, recurrir al decreto oficioso de un nuevo dictamen pericial, como lo había sugerido la apoderada de la parte convocada, aunque, con discrecionalidad para el Tribunal, porque la materia *decidendum* en este punto específico y el acervo probatorio que le atañe, del cual se ha hecho cita, han llevado al Tribunal a la conclusión jurídica de que el dictamen pericial no adolece de errores graves en su esencia, naturaleza y contenido, y a que deben desestimarse las objeciones formuladas, independientemente de la consideración de que el decreto oficioso de las pruebas siempre queda al arbitrio del juez o de los árbitros, a tenor del artículo 180 C.P.C., lo cual está avalado por la jurisprudencia nacional.

3). En cuanto a las copias auténticas de la demanda, la contestación, la audiencia de saneamiento, decisión de excepciones previas, y fijación de litigio, del proceso abreviado de impugnación de actas de asamblea promovido por AGROCALIMA S.A. en contra de AGROCUENCA S.A., radicación 2010-0570, cursado en el Juzgado 8º Civil del Circuito de Cali, [Ver, folios 266 a 306, Cdno 2], que han sido traídos al proceso por solicitud de la parte convocada, el Tribunal no le atribuye eficacia probatoria a dichos documentos para resolver las objeciones al dictamen en su integralidad, aunque, obviamente los examinó, porque los documentos que aquí se han decretado como pruebas para la demostración de las objeciones por error grave del dictamen pericial, que vienen trasladadas de otro proceso, como en el caso *subjudice*, sólo pueden tener eficacia probatoria cuando el proceso se haya iniciado y surtido por demanda dirigida contra la persona natural o jurídica contra la cual se pretende hacer valer en el trámite arbitral. Se necesita entonces que la parte a quien se oponen los documentos trasladados tenga el carácter de parte en el proceso que sirve de referente, para que los hechos y pretensiones debatidos en el proceso a través de la demanda, la audiencia de saneamiento, la decisión de las excepciones previas, y fijación del litigio, puedan surtir efectos probatorios en contra de la persona a la cual se oponen. Pero, si como en el caso que se decide, el señor Alejandro De Lima no es parte en el proceso de impugnación de decisiones sociales, los documentos traídos al trámite arbitral no pueden surtir efectos en su contra, por no formar parte del contradictorio en el proceso judicial mencionado.

El fundamento del criterio del Tribunal se encuentra en el principio que recoge el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil, que consagra como garantía procesal que las pruebas de un proceso no pueden surtir efectos frente a una persona en otro proceso distinto, sino cuando ha sido practicada a petición de la parte contra la cual se aduce o con audiencia de ella. Esta disposición deja ver sin

tener necesidad de hacer esfuerzo hermenéutico, que la persona a quien se pretenda aducir la prueba y hacer que tenga efectos en su contra, debe tener la calidad de parte en ambos procesos (en el trasladante de la prueba y aquel al que se traslada). Así las cosas, de la lectura y examen detenido de los documentos relacionados en el presente numeral se concluye que el proceso de impugnación de actas de asamblea cursado en el citado juzgado tiene como parte demandante a AGROCALIMA S.A. y como demandada a AGROCUENCA S.A., estando por fuera del extremo de la relación procesal demandada el señor Alejandro De Lima Böhmer.

En estas condiciones, dicho señor es un tercero absoluto, ajeno por completo al proceso judicial de referencia, de manera que no tiene la calidad de parte en él, ni ha sido traído al mismo por ninguna de las formas de vinculación de terceros al proceso, bien por actuación de una u otra parte. Así las cosas, las piezas procesales trasladadas que se pretenden oponer al señor Alejandro De Lima Böhmer no pueden hacer fe en su contra en el presente proceso arbitral, porque como ya se dijo, provienen de un proceso judicial en que su derecho subjetivo o su interés jurídico-procesal no es objeto de litigio, dado que la relación jurídico-procesal no se ha trabado con él. Para que las piezas procesales traídas a este proceso por petición de la convocada, pudieran aducirse como pruebas en contra del señor De Lima, caso de deducirse un hecho en contra suya, debieron estar dirigidas o debieron surtirse las actuaciones pertinentes con la intervención procesal del citado señor como parte en dicho litigio. Reitera el Tribunal el hecho sabido y demostrado de que Alejandro De Lima y AGROCUENCA S.A. han conformado litisconsorcio en el presente proceso arbitral.

El Tribunal, adicionalmente a lo dicho, hace al respecto dos consideraciones: En estricto sentido la solicitud de prueba documental pedida por la parte convocada no se refiere en todo su rigor a ningún *medio probatorio* específico decretado y practicado en el proceso judicial, como sería, a vía de ilustración, los testimonios recibidos, la declaración de parte rendida, etc., sino que se contrae a *documentos que dan cuenta de la existencia del proceso y del estado del mismo*, pero, que no comportan actos u hechos discutidos y demostrados en el juicio que pudieran ser opuestos a la parte de hubiera pedido la prueba o con cuya intervención se hubiera practicado. En su más fiel interpretación lo que se deduce de la prueba documental trasladada por la convocada para probar las objeciones al dictamen es que en esencia no se está trasladando una *prueba practicada* en el proceso judicial, sino piezas procesales del mismo (demanda, contestación, fijación del litigio, etc.), que es cosa distinta, y que las copias traídas al trámite arbitral con el

fin mencionado dan cuenta de un proceso en curso y sin definir, en el que todavía se controvierten los hechos de la demanda y las respuestas dadas a ésta, de lo que se sigue que hasta el momento procesal de expedición de tales copias no ha habido un pronunciamiento judicial que establezca lo que ha quedado probado ni tampoco se ha definido lo concerniente a las pretensiones del actor ni su contradicción por la parte demandada. En tales circunstancias las copias de actuaciones procesales señaladas no entrañan hechos probados e incontrovertibles frente a persona a la que se pretende hacer valer, con alcance suficiente para echar por tierra las conclusiones del dictamen rendido por el perito. Este hecho, unido al hecho de que el señor Alejandro De Lima no es parte en el proceso judicial que cursa en el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Cali, son suficientes razones para no darle eficacia probatoria a las referidas copias en el presente laudo en contra del señor Alejandro De Lima Böhmer, pues, de proceder en contrario se caería en la situación alarmante e incomprensible que dejaría ver, de un lado, una violación al derecho de defensa y al debido proceso al no estar vinculado el señor De Lima, si es que era necesaria su intervención en él, en caso de pretenderse derivar hechos en su contra en el trámite arbitral, y de otro lado, de llegar al absurdo en su contra de admitir en el proceso arbitral documentos procesales en cuyo origen no ha actuado.

XX). Conclusiones del Tribunal referentes a la calificación y valoración de la objeción por error grave del dictamen pericial:

Según lo expresó el Tribunal arriba, el dictamen pericial puede ser objetado por error grave (Num. 1, artículo 238 C.P.C.), en la oportunidad y término legalmente señalados. Por ello toca al Tribunal precisar lo que se entiende por error “grave”. Sea lo primero manifestar que la objeción debe tener condición de “grave”. En sentido general (*lato*), *grave* denota algo que tiene mucha importancia o seriedad; que pesa harto sobre una cosa o concepto, por lo mismo, intenso o severo. Ahora, en el derecho, *grave* equivale a *grande, importante, formal, serio*, por ende, un error trascendental, capital, severo y fatal conforme la razón. Su magnitud debe tener efectos fatales en cuanto a la *esencia* misma de lo que se examina, de manera que su presencia no puede ser obviada o superada, y por ello tal equivocación le quita eficacia al dictamen, sencillamente, porque no puede convalidarse su presencia ni producir efecto jurídico de ninguna clase. Por lo mismo, el motivo de error grave debe ser de tal entidad, que eche a tierra la conclusión íntegra del perito, y ello porque riñe con la lógica dada a sus garrafales equivocaciones, pierden piso las conclusiones (apreciativas, experimentales o valorativas). Si el supuesto es falso la conclusión es falsa. Entonces no todo error

del perito es grave, y sólo tiene ese carácter cuando la base o sustento lógico y jurídico no guarda conexidad con la verdad o realidad de los hechos o situaciones, justamente por tomar como fundamento lo que no era.

Por ello, si hay error *grave* el dictamen no está más o menos atendido o sujeto a la verdad, ni las conclusiones se ajustan más o menos a los hechos o situaciones, sino que pierde eficacia en su integridad, por la base errada de la cual se parte, lo que trae como efecto que no le sirve al juez para dirimir las cuestiones debatidas, o de adoptarlo le llevarían a conclusiones esenciales o fundamentales equivocadas. Así, el error *grave* no puede ser leve o de poca entidad, sino extremo u obstativo, que lleve a que el dictamen pierda toda su eficacia. Por eso se ha dicho en doctrina que si el perito parte de una “base” cierta y sobre la misma realiza sus observaciones o conclusiones, pero incurriendo en error de apreciación, medición o cálculo, el dictamen no puede ser objetado por vía de error *grave*, puesto que hubo certeza absoluta o suficiente sobre el objeto, contenido o materia sobre la cual debía versar. La jurisprudencia enseña que el error debe ser tal que cambie, mute o nove las *cualidades* propias del objeto examinado por otras que no posee, o que cambie sus *atributos* por otros que tampoco tiene, de manera que el error *grave* tiene que versar sobre el *objeto* de la peritación y no sobre las *conclusiones* del perito.

Así, si el perito parte de la materia que constituye el objeto de la prueba, pero arriba a conclusiones equivocadas, no puede imputarse error *grave* en el dictamen, porque siendo correcto el objeto de la peritación, las conclusiones del perito son meramente incidentales o no determinantes. Para mayor precisión, el Tribunal piensa que si el perito parte de la base de considerar un *objeto* de prueba diferente al que se discute, las conclusiones a que llega son invariablemente equivocadas.

El error *grave* no radica, por consiguiente, en las conclusiones equivocadas del perito, sino en haber tomado como materia u objeto de examen cosa distinta de la que correspondía, de manera que partiendo de una “base” errada, y como consecuencia de ello cambia las cualidades o atributos esenciales del objeto examinado, el dictamen ofrece una opinión falsa (se trata, por ende, de un error *determinante u obstativo*), por ir contra la naturaleza de las cosas o la esencia de sus atributos. Por vía de ejemplo, sería *error grave* el dictamen del perito basado en el análisis de la contabilidad de una sociedad *diferente* a aquella que fue señalada como objeto de la prueba.

Consecuencia de lo anterior es que el error *grave* no procede cuando se hace consistir en juicios y deducciones que el perito saque, una vez considerada recta y

cabalmente la cosa examinada, como tampoco constituye error grave el desacuerdo de las partes con las fundamentaciones o las conclusiones del perito, puesto que se exige una abierta pugna insaneable entre lo dicho por el perito y la realidad, por lo que la decisión del juez en caso de basarse en el dictamen resultaría descabellada. La objeción que se funda en lo que no es esencial para la *integralidad* del dictamen no sirve para probar el error grave o de fondo.

A juicio del Tribunal la evaluación sobre si procede la objeción por error grave, debe partir de considerar que el yerro que se predique afecta a la integridad del dictamen, porque del contexto integrado de todas sus piezas bien puede resultar que el pretendido error no sea grave.

Para que haya error grave en el dictamen del perito, según lo tiene sentado la jurisprudencia de las altas cortes y Tribunales, son indispensables los siguientes elementos axiológicos, a falta de los cuales aquél no se configura:

- 1). El perito debe partir de la *base* (objeto o materia) equivocada;
- 2). La equivocación debe estar vinculada o referida al *objeto* de la prueba;
- 3). El error en que incurra el perito debe ser capital o mayúsculo, de tal manera que se atribuya a la “base” u objeto de la prueba, unas cualidades o atributos que no tiene;
- 4). Debe faltar concordancia o conformidad lógica y jurídica entre la realidad material y el ejercicio mental del perito; y
- 5). La equivocación del perito debe afectar la integridad del dictamen ⁸⁶.

El Tribunal, teniendo en cuenta la reiterada jurisprudencia de los más altos Tribunales del país, como acaba de hacer reseña, ha examinado con detenimiento todas y cada una de las objeciones por error grave propuestas contra el dictamen pericial, y sus aclaraciones y complementaciones, las ha valorado bajo las premisas jurisprudenciales, y respecto a cada situación concreta de impugnación ha hecho las consideraciones y sacado las conclusiones que en su criterio como juzgador son pertinentes, habiendo llegado al convencimiento, bajo las reglas de la sana crítica, que el dictamen pericial no tuvo una base equivocada ni partió de premisas ilógicas que pudieran llevar a que lo determinado por el perito acerca de cada punto sometido a su consideración, entrañe un exabrupto jurídico, capital y

⁸⁶ Lo dicho encuentra sustentación entre otras en las siguientes providencias judiciales: Corte Suprema de Justicia: Sala de Casación Civil, Sentencia de 5 de octubre de 1999, Expediente 5229; Sala de Casación Civil, Auto de 8 de septiembre de 1993, Expediente 3446, M.P. Dr Carlos Esteban Jaramillo Schloss; Corte Constitucional, Sentencia C-584 de 1996; Sentencia T-554 de 2003; y Sentencia T-796 de 21 de septiembre de 2006; Consejo de Estado, Sala de Negocios generales, Sección Tercera, Sentencia de 5 de agosto de 2008, Rad. 16.850, M.P. Dr Enrique Gil Botero; Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, Auto de 20 de octubre de 2010, Ejecutivo de Central de Inversiones S.A., M.P. Dr Roberto Suárez González. En igual sentido se ha pronunciado la jurisdicción arbitral nacional.

mayúsculo, que impida que pueda ser tenido en cuenta por los árbitros y brindarle eficacia probatoria. Antes bien, los pronunciamientos que el Tribunal ha hecho en el laudo, respecto a cada motivo de objeción, permiten concluir que el perito tuvo como base para su ejercicio las materias precisas que conforman el *objeto* de la prueba, como son las peticiones concretas de cada parte, así como las aclaraciones y complementaciones específicas que le formularon a su dictamen, sin que sus respuestas desbordaran su contenido, como tampoco el perito atribuye a las situaciones examinadas unos atributos o connotaciones que no tienen. Adicionalmente, como bien lo expresa la jurisprudencia, la equivocación que se destaca como objeción no hace referencia al “objeto” mismo de la prueba pericial, ni se puede deducir de los errores imputados que el perito hubiera examinado un escenario jurídico-financiero-contable ajeno a lo controvertido en el proceso y a lo sometido a su examen. De otra parte, el Tribunal no observa en la integralidad del dictamen que las respuestas a las materias sometidas a su valoración, riñan con la lógica y, antes bien, encuentra que el perito ante cada situación examinada procede indicando de qué manera llega a las conclusiones que sienta. Pero, aun suponiendo que el perito hubiera incurrido en error, para que éste llegara a tener la virtualidad de arrasar con el dictamen, debió haber afectado la integridad misma del trabajo del perito, cosa que no se presenta en el caso sub examen.

Por estas razones el Tribunal declara no fundadas las objeciones por error grave propuestas contra el dictamen, y antes bien, le asigna a éste eficacia probatoria.

XXI). Mérito probatorio asignado al dictamen pericial:

En razón a las consideraciones hechas acerca del dictamen pericial inicial, de sus aclaraciones y complementaciones, y al no haber encontrado el Tribunal motivos suficientes para la prosperidad de las objeciones por error grave formuladas contra el mismo, el Tribunal le asigna eficacia probatoria por cuanto reúne los requisitos referentes a su existencia, validez y eficacia, los cuales se concretan así:

1). Requisitos para la existencia de la prueba y dictamen pericial:

El Tribunal admite la *existencia* procesal de la prueba pericial, hecho el cotejo de rigor, porque están presentes las notas que siguen ⁸⁷:

a). El dictamen forma parte del proceso; [Folios 01 a 049, Cdn. 13, Dictamen Pericial; y su aclaración y complementación [folios 063 a 078, Cdn. 13, Dictamen Pericial];

⁸⁷ H. DEVIS E., ob. cit., Tomo II, p. 322 a 324.

b). Se decretó y practicó por providencia de los árbitros [Auto No. 18, de 26 de julio/2011, folios 070 a 071, Cdno. 2];

c). El dictamen tiene carácter y fue rendido a título personal [folios 001, Cdno. 13];

d). La peritación versaba sobre hechos discutidos en el proceso: demanda [folios 001 a 028, Cdno. 6, Demanda integrada], y contestación [folios 001 a 022, Cdno. 5, Contestación integrada de la Demanda]; y

e). El dictamen fue rendido por un tercero (ajeno a la causa).

2. Requisitos de su validez:

De igual manera quedan cumplidos respecto de la *peritación*, los requisitos que se refieren a su “*validez*”⁸⁸, [ob cit. Devis E., pág. 324 a 332, Tomo II], lo que descarta que la prueba pueda ser tildada de nula, a saber:

- 1). La prueba fue ordenada en forma legal por los árbitros [Ver, Auto No. 18, de 26 de julio de 2011, Acta No. 7, folios 067 a 075, Cdno 2];
- 2). El perito tenía capacidad para rendir el dictamen (y no se propuso su incapacidad, pues, fue aceptado por las partes, sin objeción), [Folios 070, Acta No. 7, y folio 086 y 087, Cdno. 2];
- 3). El perito fue nombrado y posesionado en debida forma [Acta No. 9, de 17 de agosto/2011, folios 086 a 087, Cdno. 2; Actas];
- 4). La presentación del dictamen se hizo en tiempo [Folio 153, Cdno. 2], lo que llevó al Tribunal a dar traslado del mismo [Auto No. 53, de 8 de septiembre de 2011, folio 156, Cdno. 2, Actas];
- 5). Las objeciones por error grave se formularon en tiempo oportuno y de las mismas se dio traslado a las partes por el término legal [Auto No. 60 de 6 de octubre de 2011, folios 180, Cdno. 2];
- 6). La confección del dictamen fue obra personal del perito (y no se discutió lo contrario); y
- 7). No se conoce ni discute que el perito haya utilizado medios ilícitos para rendir su experticia.

En tal virtud, el Tribunal atribuye *eficacia probatoria* al dictamen en su integralidad, por las siguientes razones:

- 1). Es un medio conducente respecto a los hechos por probar;
- 2). El hecho objeto del dictamen es pertinente;
- 3). El perito es experto y competente para rendir el dictamen;
- 4). No existe motivo para dudar de la idoneidad del perito;

⁸⁸ ob cit. Devis E., pág. 324 a 332, Tomo II.

- 5). No se declararon probadas las objeciones por error grave;
- 6). El dictamen está debidamente fundamentado;
- 7). Las conclusiones del dictamen son claras, firmes y consecuencia lógica de sus fundamentos;
- 8). Las conclusiones no parecen improbables ni absurdas o imposibles;
- 9). No existen otras pruebas que hagan al dictamen absurdo, improbable o incierto;
- 10). No existen rectificaciones por parte del perito;
- 11). El dictamen fue rendido en el término fijado;
- 12). No se ha violado el derecho de defensa ni el debido proceso de las partes en el proceso, en relación con la prueba pericial;
- 13). El perito no ha excedido el límite de su encargo;
- 14). El dictamen no ha sido declarado judicialmente falso;
- 15). No existe presunción de derecho o cosa juzgada en contrario; y
- 16). No se sabe que el perito haya violado la reserva legal.

CAPÍTULO XX

LAS PRETENSIONES CONSECUENCIALES

De las pretensiones consecuenciales se decretarán la primera, la cuarta y la sexta, y se deniegan la segunda, la tercera, la quinta (A) y la quinta (B), por las siguientes razones:

Se decreta la primera pretensión consecucional para que se cancelen los títulos emitidos con ocasión de la venta de acciones de Alejandro De Lima a AGROCALIMA S.A., cancelación que se hará en el Libro de Registro de Acciones de AGROCUENCA S.A. y de AGROCALIMA S.A.

Se deniega la pretensión segunda porque después de la orden de cancelación de la pretensión primera, no se puede dar una orden de carácter general para que se cancele “cualquier anotación que tenga origen en el contrato verbal indicado en las pretensiones principales y que si por alguna circunstancia ya hubiesen sido cancelada no podrán en el futuro reversar dicha cancelación”, pues la cancelación de títulos derivada de la declaración de simulación debe referirse al objeto del negocio simulado y no a cuestiones futuras o a anotaciones indeterminadas.

Se deniega la pretensión tercera consecucional en razón a que la orden de cancelación de los títulos de las acciones que fueron objeto de la simulación y que está contenida en la resolución sobre la pretensión primera consecucional, es la

única orden que debe inscribirse en el Libro de Registro de Acciones, sin que haya lugar a la inscripción en este Libro de otras decisiones contenidas en el Laudo.

Se decreta la cuarta pretensión consecuencial porque en un negocio simulado derivado de actos o contratos aparentes sobre las acciones de AGROCUENCA S.A., la consecuencia de la simulación es que las cosas retornen a su estado anterior para que el vendedor aparente de las acciones se reconozca como el propietario de los dividendos producidos por estas acciones.

Se deniega la pretensión quinta consecuencial con base en que en la demanda en el hecho sexto la parte convocante afirmó: “Pasados los días Alejandro de Lima Böhmer y AGROCALIMA S.A. decidieron a través de un acuerdo verbal, materializar el traspaso simulado de las acciones de AGROCUENCA S.A., recibiendo como contraprestación el primero por parte de la segunda, 5.395 acciones de AGROCALIMA S.A. que equivalen al 15.9% de su capital social y la cantidad de \$270.000.000 que fueron pagados en varios desembolsos sucesivos”. Este hecho fue contestado por AGROCALIMA S.A. así: “6.0 NO ES CIERTO. Como el supuesto contrato verbal se lo acaba de inventar el apoderado de la parte convocante, que lo pruebe en los términos de ley.” Además de la negación del hecho anterior, no existe prueba de que se haya efectuado el pago de la suma de \$270 millones de pesos por el concepto indicado en la demanda.

Se deniega la pretensión quinta (BIS) consecuencial por la razón de que el titular de los perjuicios posibles que se hubieran causado por “la no restitución de las acciones que simuladamente le traspasó Alejandro de Lima” a AGROCALIMA S.A., sería Alejandro De Lima y no AGROCUENCA S.A., pues aquel como propietario de las acciones, y no esta sociedad, tendría el derecho de reclamar la restitución y sus perjuicios.

Con relación a la pretensión sexta consecuencial se considera que en la acción de simulación, por tener el carácter de personal y no real, no se ha demandado ni se ha decretado la restitución de las acciones objeto del negocio simulado, y que esta circunstancia de índole legal inhibe al tribunal para condenar en perjuicios por un incumplimiento en la restitución de acciones que no es objeto de la decisión del tribunal.

No se accede a la pretensión séptima consecuencial porque las pretensiones de la demanda han prosperado parcialmente y el tribunal tiene la decisión discrecional de no condenar en costas.

CAPÍTULO XXI

EXCEPCIONES DE MÉRITO

El Tribunal procede a resolver las excepciones de mérito propuestas por la parte convocada, y para este efecto hace las consideraciones siguientes.

21.1. LA PRESCRIPCIÓN.

La parte convocada ha propuesto la excepción de prescripción con fundamento en el artículo 235 de la ley 222 de 1985, cuyo texto es:

Artículo 235: TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN: "Las acciones penales, civiles y administrativas derivadas del incumplimiento de las obligaciones o de la violación a lo previsto en el libro segundo del código del comercio y en esta ley, prescribirán en cinco años, salvo que en esta se haya señalado expresamente otra cosa".

Fundamenta su excepción alegando que "la presentación de la demanda interrumpe el cómputo de la prescripción respecto de la pretensión concreta reclamadas en la respectiva demanda inicial"... "y no de aquellas que el actor a través de la reforma de la demanda ha incluido como nuevas pretensiones, pues en este último caso la interrupción de la prescripción para esas nuevas pretensiones y contenidas en la reforma de la demanda, deberá contarse de nuevo a partir de esa formulación nueva presentada."

En la demanda principal se ejercieron la acción de simulación, como principal, y las acciones subsidiarias de nulidad absoluta, inexistencia y precio vil; y en la reforma integrada de la demanda se ejercieron la acción de nulidad absoluta, como principal, y las acciones subsidiarias de ineficacia, simulación absoluta, inexistencia y precio vil o irrisorio. Todas estas acciones se referían a la transferencia que hizo Alejandro De Lima a AGROCALIMA S.A. de la totalidad de las acciones que tenía en AGROCUENCA S.A.

La demanda principal se presentó el 15 de Febrero de 2011, y la demanda integrada con su reforma se presentó el 7 de Julio de 2011.

La diferencia entre la demanda original y la integrada con su reforma es la ineficacia de la acción, la cual no será decretada por el Tribunal por las razones que se han expuesto en este laudo. Dada esta circunstancia, no es procedente que se considere la prescripción de la acción de ineficacia si esta no prospera por decisión del Tribunal y por sustracción de materia.

La presentación de la demanda original se hizo antes de que se venciera el plazo de la prescripción de cinco años, acto que produjo el efecto de interrumpir la prescripción de las acciones ejercidas en la demanda, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 90 del C.P.C., habiéndose cumplido con el requisito de la notificación de

la demanda dentro de los ciento veinte días siguientes a la notificación al convocante del auto admisorio de la demanda original.

Entre las acciones propuestas por la parte convocante, el Tribunal decretará la procedencia y éxito de la acción de simulación ejercida tanto en la demanda original como en la demanda integrada con su reforma, teniendo en cuenta que esta acción no está extinguida por el fenómeno de la prescripción, y que de la simulación se concluye la inexistencia jurídica del acto o contrato simulado.

21.2. ILEGITIMIDAD EN LA CAUSA POR EL EXTREMO ACTIVO DE LA RELACION PROCESAL.

Se fundamenta esta excepción en los siguientes argumentos: Que Alejandro De Lima y AGROCUENCA S. A. no están legitimados para convocar el Tribunal con base en la cláusula compromisoria que obliga solo a los accionistas de AGROCUENCA S.A. para debatir aspectos de que se circunscriben a un contrato de naturaleza privada, autónomo e independiente; que el mismo estableció un mecanismo autónomo para la solución de los conflictos que de él se deriven. Que se quiere dar prevalencia a un contrato verbal no probado, pues existe un contrato escrito plenamente legal y a pesar de que los convocantes quieran minimizar sus efectos con el argumento que se trata de un "precontrato" o acuerdo preliminar, la realidad es que tiene plena vigencia legal, pues no ha sido declarado nulo o con cesación de sus efectos por ninguna autoridad judicial. Y que los requisitos del derecho de preferencia se cumplieron, como consta en el Acta 15 de 20 de Febrero de 2006.

Cuando se argumenta que la parte convocante no está legitimada para convocar el Tribunal con base en la Cláusula Compromisoria pactada en los estatutos de AGROCUENCA S.A. porque existe otro mecanismo autónomo para la solución de conflictos que se deriven del contrato escrito que es plenamente legal y que la parte convocante ha denominado "precontrato", se está alegando una causal de incompetencia del Tribunal y no propiamente una falta de legitimación para demandar.

La legitimación en la causa se refiere, en su parte activa, a la titularidad del derecho de acción que ejerce la parte convocante, y en su parte pasiva, a que el convocado sea el responsable de las obligaciones y sanciones derivadas del ejercicio del derecho de acción.

La competencia del Tribunal está determinada por la Cláusula Compromisoria pactada en los estatutos de AGROCUENCA S.A. y no en el contrato de 20 de Febrero de 2006, que contiene una promesa o compromiso de transferir las acciones de AGROCUENCA S.A. por parte de Alejandro De Lima a favor de

AGROCALIMA S.A. En este Laudo se ha explicado con razones jurídicas suficientes que ese contrato de 20 de Febrero de 2006 es una promesa o un precontrato, mediante el cual ambas partes decidieron celebrar un contrato futuro de transferencia de acciones vía capitalización, y que ese precontrato o promesa no fue el medio para enajenar las acciones de Alejandro De Lima, pues ni este transfirió ni AGROCALIMA S. A. adquirió las acciones por medio de la promesa. También se explicó la distinción que existe entre una promesa o precontrato y el contrato que se celebra en virtud de esta promesa.

Las diferencias sometidas a la decisión de este Tribunal no se refieren en la demanda al mencionado precontrato o promesa, sino a la transferencia o venta verbal de acciones que hizo Alejandro De Lima a AGROCUENCA S.A. y que se inscribió en el Libro de Registro de Acciones con base en la autorización dada por la Asamblea de Accionistas de AGROCUENCA S.A. de 20 de Febrero de 2006, y que mediante esta inscripción se expidió un título a favor de AGROCALIMA S.A. por todas las acciones objeto de la venta.

El Tribunal ha reafirmado su competencia para conocer y decidir el presente litigio con fundamento en la Cláusula Compromisoria pactada en el contrato de sociedad por el cual se constituyó AGROCUENCA S.A. y da por reproducidos los argumentos expuestos, sin que exista ilegitimidad en la causa por activa en la relación procesal.

21.3. INEXISTENCIA DEL CONTRATO VERBAL.

Esta excepción se fundamenta en lo siguiente:

- Hay vaguedad en la existencia del presunto contrato verbal entre Alejandro De Lima y AGROCALIMA S.A. pues en ninguna parte se precisan las circunstancias “de modo, tiempo y lugar de su aparente celebración, ni mucho menos las convenciones alcanzadas entre las partes...”
- Tanto en la demanda como en su reforma se reconoce la existencia del contrato escrito “el cual tiene el mismo propósito de transferir las acciones que tenía Alejandro De Lima en la sociedad AGROCUENCA S.A. a AGROCALIMA S.A.”. Las obligaciones, según el contrato escrito, recaen sobre Alejandro De Lima y José Felipe De Lima siendo sujeto pasivo AGROCALIMA S.A., “pues tan solo fue el vehículo escogido para alcanzar el propósito declarado de una integración patrimonial entre los dos hermanos De Lima.”
- El contrato lo suscribió también José Felipe De Lima, quien asumió obligaciones con respecto a pasivos y aporte de activos así como con el pago de la suma de \$300 millones de pesos a Alejandro De Lima.

- No se puede calificar de vil el precio ni derivar de él una nulidad o inexistencia.

El Tribunal está de acuerdo en que el supuesto contrato de compraventa de acciones, es simulado e inexistente para la conformación jurídica del contrato de compraventa debido a que falta un elemento esencial como es el precio de las acciones que por ser irrisorio se tiene como no pactado. Y además porque no hubo manifestación de voluntad real y sería de transferir unas acciones.

En este Laudo se han expresado los argumentos del Tribunal en el sentido de afirmar que la supuesta venta de las acciones no se hizo por medio del contrato de promesa o precontrato de 20 de Febrero de 2006, en razón a que esta promesa no fue un acto de enajenación de las acciones sino un compromiso de celebrar un contrato futuro de transferencia de acciones por parte de Alejandro De Lima a favor de AGROCALIMA S.A. mediante la capitalización de esta sociedad.

Se repite que José Felipe De Lima no fue adquirente o comprador de las acciones, y si no lo fue no puede tener la calidad de parte en este proceso en el que se debaten las pretensiones de la demanda sobre la venta verbal de acciones que hizo Alejandro De Lima a AGROCALIMA S.A. Lo propio se predica de otros terceros cuya presencia ha sido reclamada por la parte convocada, tales como el Fideicomiso Mulato y los demás accionistas de AGROCUENCA.

Las obligaciones que asumió José Felipe De Lima en el contrato de promesa de 20 de Febrero de 2006 las contrajo a favor de AGROCALIMA S.A. y el pago que se comprometió a hacer por la suma de \$300 millones debe entenderse que lo hizo por cuenta de AGROCALIMA S.A., de la cual era su representante legal, pues aquel no adquirió ni compró las acciones objeto de la promesa.

La promesa o compromiso de transferir, vía capitalización, las acciones que Alejandro De Lima tenía en AGROCUENCA S.A., celebrado por medio del documento de 20 de Febrero de 2006, no se cumplió. La capitalización debía consistir en una emisión de acciones de AGROCALIMA S.A. con el fin de que estas fueran suscritas por Alejandro De Lima, quien a su vez enajenaría sus acciones de AGROCUENCA S.A. a título de aporte a la sociedad AGROCALIMA S.A. En lugar de esta capitalización, lo que se hizo fue una supuesta venta de acciones.

El 2 de Marzo de 2006 Alejandro De Lima suscribió la cantidad de 5.395 acciones emitidas por AGROCALIMA S.A., por un valor de \$107.900.000, que Alejandro De Lima quedó adeudando a AGROCALIMA.

El 13 de marzo de 2006 Alejandro De Lima compró acciones de AGROCALIMA S.A. a varios accionistas de esta sociedad, entre ellos José Felipe De Lima.

Si de acuerdo con lo alegado por la parte convocada, en el sentido de que la transferencia de acciones se hizo en el documento de 20 de Febrero de 2006, no tendría explicación razonable alguna que después se hubieran realizado tres operaciones aparentes, una de venta de acciones de AGROCUENCA S.A., otra de suscripción de acciones de AGROCALIMA S.A. y una última de compra de acciones de AGROCALIMA S.A., separadamente, en tres fechas distintas, sin que ellas constituyeran una verdadera capitalización de AGROCALIMA S.A.

Con respecto a la calificación de precio vil en la venta de las acciones, basta tener en cuenta que la venta de las acciones de AGROCUENCA S.A. se hizo por un precio de \$1.00 por cada acción, y que en el dictamen pericial el valor patrimonial o intrínseco de cada acción era de \$62.1 en Febrero de 2006, o sea que la venta se hizo por un valor 61 veces inferior a su valor patrimonial (dictamen pericial, página 10). No es necesario agregar una opinión sobre este punto, pues los números representan un hecho real.

21.4. AUSENCIA DE VICIOS QUE GENEREN LA NULIDAD, SIMULACIÓN, INEXISTENCIA, O DECLARATORIA DE SER VIL O IRRISORIO EL PRECIO PACTADO EN LA NEGOCIACIÓN REAL ACAECIDA ENTRE LOS HERMANOS ALEJANDRO Y FELIPE.

La parte convocada, después de exponer sus teorías sobre la simulación absoluta y la relativa, alega que la pretensión de simulación absoluta se diluye con la afirmación de la parte convocante sobre la existencia de un pago por parte de José Felipe De Lima en cumplimiento del contrato previamente acordado con Alejandro De Lima para capitalizar a AGROCALIMA S.A.

Agrega que no se cumplen los presupuestos fácticos de la simulación en razón a que el acto jurídico no fue simulado ni existió un acto aparente pues la voluntad de las partes se materializó en el cumplimiento de las prestaciones mutuas.

Alega que el contrato prometido no fue de permuta, como lo afirma la parte convocante, y que como no se dan los presupuestos ni las partes que estructuran la permuta impropriamente calificada, no habría razón para debatir aquí el precio pactado y menos calificar de vil e irrisorio el valor acordado por ellas, en un negocio que se ajusta a la legalidad, sin que pueda derivarse de ello una nulidad absoluta o una inexistencia del negocio.

El Tribunal ha expresado en este Laudo que el supuesto de contrato de 20 de Febrero de 2006 es una promesa o precontrato, que en él Alejandro De Lima se comprometió a transferir las acciones de AGROCUENCA S.A. en un plazo determinado, vía capitalización, que por esta vía Alejandro De Lima recibiría un 25% de las acciones de AGROCALIMA S.A., y que José Felipe De Lima, aunque

haya intervenido en esa promesa, no puede ser parte en este proceso, porque aquí se debaten, según la demanda, las diferencias sobre el contrato verbal de venta de acciones que fueron transferidas por Alejandro De Lima a AGROCALIMA S.A.

El Tribunal no ha declarado en este Laudo que se haya efectuado una permuta de acciones entre Alejandro De Lima y AGROCALIMA S.A. en razón a que la promesa o precontrato no contiene este tipo de contrato prometido sino una capitalización mediante la transferencia de acciones de Alejandro De Lima a favor de AGROCALIMA S.A, a título de aporte, en pago de las acciones que suscribiera en esta sociedad. También ha dicho el Tribunal que esta capitalización no se cumplió en los términos de la promesa, pues se hizo una venta de acciones entre Alejandro De Lima y AGROCALIMA S.A., después una suscripción de acciones en AGROCALIMA S.A. por parte de Alejandro De Lima y por último una compra de acciones en AGROCALIMA S.A. por parte de Alejandro De Lima.

No existió permuta de acciones de Alejandro De Lima en Agrocuencia S.A. y de acciones de Agrocalima S.A., pues para que este negocio se realizara hubiera sido necesario que Agrocalima S.A. tuviera en reserva, a disposición suya, acciones de las cuales podía disponer para un posible contrato de permuta. Está demostrado que Agrocalima S.A. no tenía acciones de su propiedad en reserva, en razón a que en la adquisición de acciones que hizo Alejandro De Lima por la cantidad de 5.395 acciones de Agrocalima, esta tuvo que emitir acciones para que aquel las suscribiera por un precio de \$20.000 cada una incluyendo su prima de colocación de acciones, con lo cual se hizo una negociación de suscripción de acciones, que por ser aparente carece de realidad contractual.

No se hace referencia a los posibles vicios o anomalías que puedan generar la nulidad absoluta, en razón a que esta pretensión será denegada por el Tribunal.

El Tribunal ha encontrado razones jurídicas y probatorias suficientes para declarar la simulación absoluta de la venta de acciones de Alejandro De Lima Böhmer a AGROCALIMA S.A., que se han expuesto en las diferentes consideraciones contenidas en este Laudo, a las cuales se remite el Tribunal.

21.5. LA GENÉRICA. El Tribunal, hecho el estudio pormenorizado de la actuación surtida en el proceso, no encuentra ningún otro motivo susceptible de ser declarado como excepción de mérito.

En consecuencia, el Tribunal declarará no probadas las excepciones de mérito propuestas por la parte convocada en su contestación a la demanda integrada con su reforma.

CAPÍTULO XXII

TACHA DE SOSPECHA DE TESTIGOS

No considera el Tribunal que las declaraciones de Jorge Enrique Uribe Echavarría, Doris López y Liliana De Lima Böhmer, terceros deponentes, deban ser invalidadas por la presencia de sesgos o tendencias en sus declaraciones. El Tribunal reconoce a estas personas, y a todos quienes han declarado en el proceso, la presunción de buena fe consagrada en el artículo 283 de la Constitución Nacional.

Cada uno de los testigos dio la ciencia o razón de su dicho; se mostraron seguros en sus respuestas; y cada cual puso a su declaración el énfasis emocional que surge de las respectivas personalidades. El Tribunal valoró tales declaraciones y, de conformidad con las reglas de la sana crítica, halló en ellas elementos de convicción y soporte probatorio.

CAPÍTULO XXIII

EXISTENCIA, VALIDEZ Y EFICACIA DE LOS MEDIOS PROBATORIOS

1. *Estudio sobre la existencia, validez y eficacia del medio probatorio de la declaración de terceros (testigos):*

En orden a precisar lo atinente a la “*existencia*” del testimonio en el proceso, el tribunal hizo las verificaciones pertinentes en referencia a cada declarante y a su declaración, valiéndose del ilustrado criterio del jurista HERNANDO DEVIS ECHANDÍA⁸⁹, y concluye que, al respecto, se cumplen los requisitos que el régimen probatorio exige, porque todas las declaraciones recibidas tienen las siguientes características:

- a). Se trata de declaraciones personales (a nombre propio del testigo y no de otra persona);
- b). Se trata de declaraciones de terceros (que no incluyen ni siquiera genéricamente la calidad de parte);
- c). Se recibieron en calidad de actos procesales (formal y materialmente);
- d). Todas las declaraciones versaron sobre los hechos que se discutieron

⁸⁹ HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, “Teoría General de la Prueba Judicial”, Tomo II. Buenos Aires: Editorial Víctor de Zavalía (1972). No. 214, p. 94 y ss.

por las partes convocante y convocada;

- e). Los hechos sobre los cuales depusieron los testigos son anteriores a la recepción de sus respectivas declaraciones, y
- f). Todas las declaraciones gozan de la posibilidad de tener significación probatoria (dependiendo del mayor o menor conocimiento de los hechos por cada testigo).

Ahora, en cuanto respecta a los requisitos de “*validez*” de los testimonios, luego del examen correspondiente, que se llevó a cabo igualmente sobre la base del criterio del profesor DEVIS ECHANDÍA ⁹⁰, [el tribunal llega a concluir que las declaraciones recibidas satisfacen las exigencias del régimen probatorio, porque:

- 1). Cada declaración fue oportuna y legítimamente pedida y decretada;
- 2). Los árbitros tienen poder inquisitivo para ordenar los testimonios y atender la solicitud previa y oportuna de petición de la prueba por las partes legitimadas: convocante y convocada;
- 3). Los testimonios fueron recibidos por los árbitros designados por las partes, que no fueron impugnados;
- 4). Los testigos son personas naturales, mayores de edad, con capacidad para rendir testimonio, y no existe motivo que aduzca incapacidad o inhabilidad en los declarantes;
- 5). Los testigos no están afectados de inhabilidad o ineptitud física, moral o intelectual, en el momento y acto de la declaración;
- 6). La declaración de cada testigo se hizo conscientemente, sin presión ni coacción alguna, y tal motivo no fue alegado en su momento por las partes;
- 7). A todos los testigos se les impuso el juramento de ley;
- 8). La recepción de los testimonios se sometió a las circunstancias de tiempo, modo y lugar, que permitieran el ejercicio de los derechos de acción y de defensa, y de contradicción;
- 9). No existen motivos de nulidad del proceso arbitral; y
- 10). Los hechos sobre los cuales rindieron declaración los testigos son susceptibles de demostración por este medio y no existe prohibición legal para este caso.

2. Estudio sobre la existencia, validez y eficacia de la prueba pericial:

Del mismo modo como el tribunal adelantó la tarea de evaluar lo concerniente a la existencia y validez de la prueba testimonial, se adentra en el examen de las

⁹⁰ Ob cit., Tomo II, p. 97 y ss, No. 215.

condiciones de “existencia” y de “validez” de la prueba *pericial* y de la *documental*, ya que hacerlo es indispensable como condición de procedibilidad para asignarle “*mèrito o eficacia probatoria*” a cada uno de tales medios, conforme al análisis mesurado que se haga de los hechos de la demanda, su contestación, y las excepciones propuestas. La conclusión es la siguiente:

2.1. Requisitos de su existencia:

El tribunal admite la *existencia* procesal de la prueba pericial, hecho el cotejo de rigor, porque están presentes las notas que siguen ⁹¹ :

- a). El dictamen forma parte del proceso;
- b). Se decretó y practicó por orden de los árbitros;
- c). El dictamen tiene carácter y fue rendido a título personal;
- d). La peritación versaba sobre hechos discutidos en el proceso:
demanda y contestación, y
- e). El dictamen fue rendido por un tercero (ajeno a la causa).

2.2 Requisitos de su validez:

De igual manera quedan cumplidos respecto de la *peritación*, los requisitos que se refieren a su “*validez*” ⁹², lo que descarta que la prueba pueda ser tildada de nula, a saber:

- 1). La prueba fue ordenada en forma legal por los árbitros.
- 2). El perito tenía capacidad para rendir el dictamen (y no se propuso su incapacidad, pues, fue aceptado por las partes, sin objeción);
- 3). El perito fue nombrado y posesionado en debida forma.
- 4). La presentación del dictamen se hizo en tiempo, lo que llevó al tribunal a dar traslado del mismo.
- 5). La confección del dictamen fue obra personal del perito (y no se discutió lo contrario); y
- 6). No se conoce ni discute que el perito haya utilizado medios ilícitos para rendir su experticia.

3. Estudio de la existencia, validez y eficacia de la prueba documental:

El tribunal, previa indagación de lo que obra en el expediente, hizo la siguiente verificación:

3.1 Requisitos para su existencia:

- a). El elemento (escrito) tiene aptitud representativa;
- b). Los escritos dan cuenta de hechos debatidos en el proceso

⁹¹ DEVIS ECHANDÍA, ob. cit., Tomo II, p. 322 a 324.

⁹² DEVIS ECHANDÍA, ob. cit., Tomo II, p. 324 a 332.

(sobre incumplimiento y perjuicios);

- c). Los escritos tienen significación probatoria (con prescindencia de su eficacia probatoria);
- d). Proviene de las partes en el proceso.

Los requisitos de “*existencia*” de la prueba documental se deducen de las piezas procesales que seguidamente se anotan:

3.2 Requisitos de su “*validez*”:

Al hacer el tribunal la verificación de los requisitos de *validez* de la prueba documental, concluye:

- 1). Ninguna de las partes ha alegado que los distintos documentos que provienen de sí, o que la otra parte ha aportado, han sido obtenidos en inconsciencia o por la fuerza;
- 2). Los documentos privados y/o públicos han sido llevados al proceso en legal forma, y tuvieron la oportunidad de ser ampliamente controvertidos;
- 3). Los originales obrantes tienen fuerza de ley, y las copias fueron aceptadas por las partes;
- 4). Los documentos de ambas partes fueron oportunamente llevados y admitidos al proceso, en el tiempo debido y con los requisitos de ley

93 .

4. Estudio sobre la existencia, validez y eficacia de la declaración de parte:

En relación con las *declaraciones de parte* solicitadas oportunamente, el tribunal encuentra que se reunieron los requisitos para la existencia de cada una de ellas, y los propios de su validez probatoria, porque al efectuar su constatación se acreditó lo que sigue:

3.1 Requisitos de la existencia:

- a). Las declaraciones rendidas provienen de los representantes legales de las partes;
- b). Se trata de declaraciones hechas de modo personal y directo, por dichos representantes;
- c). El objeto de ambas declaraciones fueron los hechos del proceso;
- d). Las declaraciones versan sobre hechos de la parte que absuelve el interrogatorio;
- e). Las declaraciones se rindieron con fines probatorios.

Estas constataciones las hace el tribunal siguiendo el criterio de

⁹³ DEVIS ECHANDÍA, ob. cit., Tomo II, p. 532 a 534.

DEVIS ECHANDÍA ⁹⁴ .

3.2 Requisitos de la “validez” de la declaración:

Como lo hizo el tribunal para los medios de prueba antes detallados, se comprobó la existencia de los requisitos de *valor* de las declaraciones de parte, rendidas por los respectivos representantes legales de la sociedad convocante y de la sociedad convocada, y por Alejandro De Lima, de modo que queda establecido para todos los casos el cumplimiento de las siguientes exigencias ⁹⁵ :

- 1). Los representantes legales de las sociedades convocante y convocada son capaces, obraron en representación de las sociedades convocante y convocada, según el caso, y dentro del límite del objeto social y de sus atribuciones; igual capacidad se predica del declarante Alejandro De Lima.
- 2). Las declaraciones se rindieron libres de coacción;
- 3). Se observaron las circunstancias de tiempo, modo y lugar, para la rendición de la declaración, en cada caso; y
- 4). El proceso arbitral no está afectado de nulidad que afecte a las declaraciones rendidas.

CAPÍTULO XXIV

RESOLUCIÓN SOBRE TRASLADO A LA FISCALÍA

En relación con la solicitud de la apoderada de la sociedad convocada, consistente en dar traslado a la Fiscalía General de las declaraciones y documentos aportados por Liliana De Lima Böhmer, no encuentra el Tribunal que en tales declaraciones o con tales pruebas documentales se hubiera violado la ley penal.

La simulación, como tantas veces se ha dicho, encarna una manifestación contraria a la realidad. Pero esa figura se enmarca claramente dentro del llamado por los romanos *dolus bonus*, sinuosidad propia de la vida de los negocios que lleva, por conveniencias, a maquillar la realidad. Esta conducta de apariencia es también descrita por autores y jueces como *fraude comercial*, esencialmente diferente del denominado *fraude criminal*, que sí es objeto de sanción penal.

⁹⁴ Ob. cit., Tomo I, p. 579 y ss., No. 152.

⁹⁵ DEVIS ECHANDÍA, ob. cit., Tomo I, p. 61, No. 153.

Laudo proferido en el Arbitramento de AGROPECUARIA CUENCA S.A. SOCIEDAD CIVIL, AGROCUENCA, y ALEJANDRO DE LIMA BÖHMER, contra AGROPECUARIA CALIMA S.A. SOCIEDAD CIVIL, AGROCALIMA.

El tratadista MARIANO GAGLIARDO dice: “Para clarificar cualquier divergencia, reiteramos los rasgos esenciales y propios de cada figura citada, señalando que puede existir simulación sin fraude y fraude a la ley sin acto simulado ⁹⁶”.

Por lo demás, si los supuestos delitos son injuria y calumnia, se hace notar que se trata de conductas penales que requieren querrela de parte, no teniendo el Tribunal competencia alguna para actuar, como lo solicita la parte convocada.

El Tribunal reitera que, a su juicio, no encuentra la ocurrencia de posibles delitos en las piezas procesales indicadas.

CAPÍTULO XXV

LEVANTAMIENTO DE LA MEDIDA CAUTELAR

El Tribunal ordenará el levantamiento o cancelación de las medidas cautelares que fueron decretadas, tal como consta en el Auto No. 19 que aparece en el Acta No. 7 del 26 de Julio de 2011, para lo cual por secretaría se enviarán las órdenes pertinentes.

CAPÍTULO XXVI

EXAMEN FINAL DE PROCEDIBILIDAD

Estima el Tribunal que antes de proceder a resolver o laudar la situación de hecho debatida, con base en los medios de prueba que se decretaron y practicaron en el proceso, los cuales han sido objeto de valoración y sana crítica, es pertinente dejar establecida la actividad de los árbitros en el trámite del mismo, a efecto de concluir si en alguna etapa del procedimiento surtido, y aun en la expedición de este proveído laudatorio, pudo haber incurrido en algún vicio o defecto de los que la ley y la jurisprudencia reconocen como “*in procedendo*”, con capacidad para incidir en la *eficacia* del Laudo que se dicta, y que el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 eleva a la categoría de causales para la formulación del recurso extraordinario de Anulación contra la decisión que se profiera. A este tenor el Tribunal precisa:

⁹⁶ MARIANO GAGLIARDO, “*Sociedades de familia y cuestiones patrimoniales*”. Buenos Aires: Abeledo-Perrot (1999). p. 78.

1) En cuanto se refiere a la *nulidad del pacto arbitral*, hecho constitutivo de la primera causal, se precisa: aunque la parte convocada alegó en el proceso la incompetencia del Tribunal para conocer y decidir la demanda impetrada por las partes convocantes, por cuanto la Cláusula Compromisoria aducida por los actores como fundamento del trámite arbitral, según su opinión, no es la existente en el cuerpo estatutario de la sociedad AGROCUENCA S.A., sino la consagrada en el denominado documento privado de fecha 20 de Febrero de 2006, y que, conforme a ello debía ser citado al proceso el señor José Felipe De Lima Böhmer, para integrar el contradictorio, el Tribunal se pronunció acerca de su competencia al comienzo de las consideraciones del presente laudo, llegando a la conclusión de que el pacto arbitral, bajo la modalidad de Cláusula Compromisoria referenciada por las partes demandantes, era el señalado en el escrito de demanda, y reunía los requisitos legales para su existencia y validez, de lo que dedujo igualmente la capacidad del Tribunal para la tramitación del proceso y el proferimiento del laudo, de manera que, a juicio del Tribunal, no hay mérito para negar la eficacia a la Cláusula Compromisoria empleada para introducir la demanda ante la jurisdicción arbitral [1741 y 1742 C.C.], y, antes bien, llega al resultado de que es competente para la tramitación y decisión por la vía arbitral los conflictos sustanciales que se adujeron en la solicitud de convocatoria y que se controvirtieron en la contestación a la misma;

2) En lo que concierne a la posibilidad de una *indebida integración del Tribunal*, que configura la causal segunda [664 inc. 1, Num. 3, y 665 inc. 3, C.P.C.], quienes lo integran derivan su designación de las partes que intervienen en el proceso, como fruto de su recíproca y directa voluntad, seleccionados por sorteo efectuado por la Cámara de Comercio de Cali, sin que en etapa alguna del debate procesal hubiera sido esgrimido motivo de inconformidad o reparo por alguna de ellas en lo tocante a la forma de su integración;

3) Respecto a la causal fundada en *no decretar pruebas pedidas o no practicar las decretadas*, tercera causal de anulación, para el Tribunal resulta claro que, atendiendo a la solicitud de decreto de pruebas de la convocante y de la convocada, se decretaron y practicaron, en su debida oportunidad y con sujeción a las normas procesales, las pruebas pedidas. Ahora bien, si alguna prueba pedida no hubiere sido hipotéticamente decretada, o alguna decretada no hubiese sido practicada, el defecto habría desaparecido al no insistir oportunamente la parte interesada en ella en su decreto o práctica, y por cuanto adicionalmente la decisión que tomará de fondo el Tribunal en este Laudo, encuentra de todas maneras abundante material probatorio para ser proferida;

4) El Tribunal se encuentra en la *oportunidad* legal de dictar el laudo, como quiera que aún no ha vencido el término de duración del arbitraje, según el recuento del tiempo que antes se hizo constar en él (causal cuarta);

5) El *fallo se profiere en derecho*, porque legalmente así debe hacerse en el presente caso, al no haber señalado las partes expresamente que fuera en equidad o técnico (causal quinta);

6) El Tribunal tiene la certeza de que las decisiones que se toman en el laudo guardan *consonancia*, unas con otras, resultando congruentes, de modo que ninguna de ellas hace imposible la operancia simultánea de las restantes, de suerte que no se impide el efecto natural que el fallo debe producir, que es lo que preserva la causal sexta ⁹⁷ ;

7) El laudo está, a juicio del Tribunal, en armonía con las *pretensiones* de la parte convocante, y con la *defensa* ejercida por la convocada, de modo que no se resuelve fuera de lo pedido ni más allá de lo solicitado, por lo que se estima que no se configura la causal séptima, y, antes bien, se mantiene la congruencia, por las razones ampliamente expuestas en el laudo; y

8) El laudo abarca todas las *peticiones* formuladas, de manera que se decide sobre todos los extremos de la *litis* (causal octava).

CAPÍTULO XXVII

COSTAS

De conformidad con el artículo 392, numeral 6°, del C. P.C., y teniendo en cuenta que prosperó parcialmente la demanda, el Tribunal se abstiene de condenar en costas.

CAPÍTULO XXVIII

PARTE RESOLUTIVA DEL LAUDO

⁹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Casación de 6 de marzo de 1969, tomo CXXIX; y Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 15 de mayo de 1992, exp. 5326, y Sentencia de 10 de mayo de 1994, exp. 8004

Laudo proferido en el Arbitramento de AGROPECUARIA CUENCA S.A. SOCIEDAD CIVIL, AGROCUENCA, y ALEJANDRO DE LIMA BÖHMER, contra AGROPECUARIA CALIMA S.A. SOCIEDAD CIVIL, AGROCALIMA.

Por las anteriores consideraciones, el Tribunal de Arbitramento, administrando justicia por habilitación de las partes, en decisión unánime, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO: Declarar no probadas las excepciones de mérito propuestas por AGROCALIMA S.A. en su calidad de parte convocada en este proceso.

SEGUNDO: Denegar la primera pretensión principal.

TERCERO: Denegar la segunda pretensión principal.

CUARTO: Denegar la tercera pretensión principal.

QUINTO: Denegar la declaración de nulidad absoluta del contrato verbal celebrado entre Alejandro De Lima Böhmer y AGROCALIMA S.A., al cual se refiere la cuarta pretensión principal.

SEXTO: Denegar la petición de que no produce efectos el contrato verbal celebrado entre Alejandro De Lima y AGROCALIMA S.A., a la cual se refiere la primera pretensión subsidiaria de la cuarta pretensión principal.

SÉPTIMO: Declarar que es absolutamente simulado el contrato verbal celebrado entre Alejandro de Lima Böhmer y AGROCALIMA S.A., por medio del cual aquel le transfirió a esta sociedad la totalidad de las acciones que tenía en AGROCUENCA S.A., o sea, la cantidad de 107.983.117 acciones de un valor nominal de \$ 1.00 cada una.

OCTAVO: Declarar que es inexistente el contrato verbal celebrado entre Alejandro de Lima Böhmer y AGROCALIMA S.A., mediante el cual aquel le vendió a esta sociedad la cantidad de 107.983.117 acciones de valor nominal de \$ 1.00, que tenía en la sociedad AGROCUENCA S.A., cuya simulación absoluta se ha declarado en el ordinal anterior.

NOVENO: Declarar que son viles o irrisorias las prestaciones recibidas por Alejandro De Lima Böhmer de parte de AGROCALIMA S.A., en el contrato de venta de acciones que es declarado simulado e inexistente en este Laudo.

DÉCIMO: Como consecuencia de la simulación absoluta y de la inexistencia declaradas en este laudo, ordenar a los representantes legales de AGROCUENCA S.A. y AGROCALIMA S.A., que procedan a cancelar, en los Libros de Registro de Accionistas respectivos, los títulos de acciones emitidos a favor de AGROCALIMA S.A., con ocasión del contrato declarado inexistente por simulación, por medio del cual Alejandro de Lima Böhmer le vendió a AGROCALIMA S.A. la cantidad de 107.983.117 acciones de un valor nominal de \$ 1.00 cada una, que tenía en AGROCUENCA S.A.

UNDÉCIMO: Denegar la segunda pretensión consecucional.

DUODÉCIMO: Denegar la tercera pretensión consecucional.

DÉCIMO TERCERO: Declarar que es de propiedad de Alejandro De Lima Böhmer la totalidad de los dividendos pagados por AGROCUENCA S.A., a partir del año 2006, que correspondan a la cantidad de 107.983.117 acciones de un valor nominal de \$ 1.00 cada una, que fueron vendidas por Alejandro De Lima a AGROCALIMA S.A. por medio del contrato verbal declarado simulado e inexistente en este laudo.

DÉCIMO CUARTO: Como consecuencia de la denegación de la pretensión segunda principal, se deniega la quinta pretensión consecucional.

DÉCIMO QUINTO: Denegar la quinta pretensión consecucional (bis).

DÉCIMO SEXTO: Denegar la sexta pretensión consecucional.

DÉCIMO SÉPTIMO: En razón a que prosperó parcialmente la demanda, el Tribunal se abstiene de condenar en costas.

DÉCIMO OCTAVO: Declarar no fundadas las objeciones por error grave formuladas por la parte convocada contra el dictamen pericial.

Laudo proferido en el Arbitramento de AGROPECUARIA CUENCA S.A. SOCIEDAD CIVIL, AGROCUENCA, y ALEJANDRO DE LIMA BÖHMER, contra AGROPECUARIA CALIMA S.A. SOCIEDAD CIVIL, AGROCALIMA.

DÉCIMO NOVENO: Declarar que no prospera la tacha de sospecha formulada contra los testigos Jorge Alberto Uribe Echavarría, Doris López y Liliana de Lima Böhmer.

VIGÉSIMO: Ordenar el levantamiento de las medidas cautelares decretadas en el Auto No. 19 de 26 de Julio de 2011 (Acta No. 7). Por secretaría háganse los oficios correspondientes.

VIGÉSIMO PRIMERO: Ordenar que se pague a los árbitros y al secretario el saldo de sus honorarios.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Protocolizado este Laudo, el Presidente del Tribunal hará la liquidación final de los gastos, cubrirá los que estuvieren pendientes y, mediante cuenta razonada, devolverá a las partes el remanente.

VIGÉSIMO TERCERO: Ordenar la entrega de copias auténticas de este Laudo a los apoderados de las partes y al Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cali.

VIGÉSIMO CUARTO: Ordenar la expedición de una copia auténtica del Laudo, con mérito ejecutivo, para Alejandro De Lima Böhmer.

VIGÉSIMO QUINTO: Ordenar la protocolización del expediente en una Notaría del Círculo de Cali, después de resuelto el recurso de anulación, si fuere interpuesto.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

EL PRESIDENTE,

RODRIGO PALAU ERAZO

LOS ÁRBITROS,

Laudo proferido en el Arbitramento de AGROPECUARIA CUENCA
S.A. SOCIEDAD CIVIL, AGROCUENCA, y ALEJANDRO DE LIMA BÖHMER,
contra AGROPECUARIA CALIMA S.A. SOCIEDAD CIVIL, AGROCALIMA.

RODRIGO BECERRA TORO

JOSÉ FÉLIX ESCOBAR ESCOBAR

EL SECRETARIO,

LUIS EDUARDO ARELLANO JARAMILLO

El Laudo anterior queda notificado en estrados a los apoderados de las partes.

ÍNDICE

<u>CAPÍTULO</u>	<u>PÁGINA</u>
I – ANTECEDENTES	1
II - LA DEMANDA REFORMADA E INTEGRADA	4
III - CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA REFORMADA E INTEGRADA	19
IV – EL ACERVO PROBATORIO	40
V - ALEGATOS DE CONCLUSIÓN	41
VI - CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL	41
VII – LOS PRESUPUESTOS PROCESALES	42
VIII - LA EXISTENCIA DEL ACTO O CONTRATO, REQUISITOS Y EFECTOS	61
IX - LOS CONTRATOS DE ENAJENACIÓN DE ACCIONES	72
X - REUNIÓN DE LA ASAMBLEA GENERAL DE ACCIONISTAS DE AGROCUENCA S.A. DE 20 DE FEBRERO DE 2006.	78
XI - LA ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN	80
XII - LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO VERBAL DE VENTA DE LAS ACCIONES CELEBRADO ENTRE ALEJANDRO DE LIMA Y AGROCALIMA S.A.	82
XIII - LA ACCIÓN DE INEFICACIA	91
XIV – EL PRECIO VIL	94
XV – LA SIMULACIÓN	99
XVI - LA SIMULACIÓN DEL CONTRATO CELEBRADO ENTRE ALEJANDRO DE LIMA BÖHMER Y LA SOCIEDAD AGROCALIMA	115
XVII - EFECTOS DE LA SIMULACIÓN PARA LAS PARTES QUE CELEBRARON EL CONTRATO Y PARA AGROCUENCA	143
XVIII - INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS	144

Laudo proferido en el Arbitramento de AGROPECUARIA CUENCA
S.A. SOCIEDAD CIVIL, AGROCUENCA, y ALEJANDRO DE LIMA BÖHMER,
contra AGROPECUARIA CALIMA S.A. SOCIEDAD CIVIL, AGROCALIMA.

XIX - EL DICTAMEN PERICIAL	145
XX - LAS PRETENSIONES CONSECUCIONALES	195
XXI - EXCEPCIONES DE MÉRITO	196
XXII - TACHA DE SOSPECHA DE TESTIGOS	203
XXIII - EXISTENCIA, VALIDEZ Y EFICACIA DE LOS MEDIOS PROBATORIOS	203
XXIV - RESOLUCIÓN SOBRE TRASLADO A LA FISCALÍA	207
XXV - LEVANTAMIENTO DE LA MEDIDA CAUTELAR	208
XXVI - EXAMEN FINAL DE PROCEDIBILIDAD	208
XXVII – COSTAS	210
XXVIII – PARTE RESOLUTIVA	210