



**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA CIVIL DE DECISIÓN
MAG. PONENTE DR. HOMERO MORA INSUASTY**

Santiago de Cali, veintisiete (27) de julio de dos mil veinte (2020)

PROYECTO APROBADO SEGÚN ACTA No. 049

Asunto: Recurso de Anulación Laudo Arbitral
Convocante: Transporte Futuro del Valle S.A. – Transfuvalle S.A.
Convocada: Sistemas Operativos Móviles S.A. – Somos K. S.A.
Radicación: 76001-91-11-000-2020-00001-00-3857

I.- OBJETO DE LA DECISIÓN

Se pronuncia la Sala respecto del recurso de anulación formulado por el apoderado de la parte convocante frente al laudo arbitral proferido el 28 de noviembre de 2019 por el Tribunal de Arbitramento del Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cali, conformado por los árbitros: Mónica Rugeles Martínez, Antonio Pabón Santander y Henry Sanabria Santos, dentro del asunto de la referencia.

II.- ANTECEDENTES

1.- LAS PRETENSIONES

1.1.- Pretendió la parte convocante que la justicia arbitral declarara que la entidad convocada incumplió la cláusula 6 del acuerdo de accionistas de la sociedad Grupo Integrado de Transporte Masivo S.A. – GIT Masivo S.A. suscrito el 2 de diciembre de 2014, al no pagar la totalidad de los veinte mil millones de pesos moneda corriente (\$20.000.000.000,00) destinados a la suscripción de acciones, lo que, a la postre, configuró una falta al deber de lealtad, así como un abuso del derecho y de la posición dominante. Consecuentemente, pidió que se condene a la sociedad convocada a pagarle la suma de cuatro mil millones de pesos moneda corriente (\$4.000.000.000,00), como quiera que se hace exigible la pena establecida en la cláusula 19.5 que cobija la obligación consistente en: *“El pago de las acciones adquiridas a los restantes accionistas por parte de SOMOS K”*.

1.2.- Además, rogó que se declarara al ente convocado como responsable por el incumplimiento de la cláusula 6 del mencionado acuerdo de accionistas, teniendo en cuenta que se sustrajo al aporte de veinte mil millones de pesos moneda corriente (\$20.000.000.000,00) como capitalización de la compañía, justificando ello en una supuesta compensación por valor de cinco mil setenta millones trescientos cuarenta y tres mil doscientos pesos moneda corriente (\$5.070.343.200,00), por ende, el aporte real como inyección al capital fue el equivalente a catorce mil novecientos veintinueve millones seiscientos cincuenta y seis mil ochocientos pesos moneda corriente (\$14.929.656.800,00), de ahí, considera se configura una falta al deber de lealtad, así como un abuso del derecho y de la posición dominante. Así las cosas, bajo el supuesto que no se pagó la totalidad de la capitalización determinada, demandó la coacción de la cláusula penal establecida en el numeral 1° de la disposición No. 19.5 que asciende a la suma de de cuatro mil millones de pesos moneda corriente (\$4.000.000.000,00).

1.3.- También aspiró a que se declare incumplida la cláusula 13 del aludido acuerdo de accionistas, conforme al apartamiento de los requisitos señalados en esa disposición contractual para la prestación de servicios complementarios, tal como se entrevé en las facturas anexadas, fundamentándose igualmente en la falta al deber de lealtad y el abuso del derecho y de la posición dominante. Entonces, reclama el pago de la suma correspondiente a cuatro mil millones de pesos moneda corriente (\$4.000.000.000,00), por operar la penalidad pactada en el numeral 3° de la cláusula 19.5.

1.4.- Finalmente, solicitó el reconocimiento y pago de indemnización por los graves perjuicios económicos que soportó ante el incumplimiento del pluricitado acuerdo de accionistas de la sociedad Grupo Integrado de Transporte Masivo S.A. - GIT Masivo S.A. por parte de la persona jurídica convocada. En este respecto, adujo que el monto dinerario por el daño ocasionado es el *“que se determine pericialmente”*.

2.- EL ACONTECER FÁCTICO

La solicitud se fundamentó en los hechos que a continuación se compendian:

Asegura el apoderado de la convocante que la relación comercial entre ella y la convocada, subyace de la suscripción del acuerdo de accionistas llevado a cabo el día 2 de diciembre de 2014, el cual tenía por objeto la inyección de nuevos recursos económicos a la sociedad que representa denominada Grupo Integrado de Transporte Masivo S.A. – GIT Masivo S.A., misma que, a su vez, es operadora del Sistema Integrado de

Transporte Masivo MIO, y, a cambio de ello, el ingreso como nuevo accionista de la enjuiciada Sistemas Operativos Móviles S.A. - Somos K S.A.

En palabras del recurrente, dicho acuerdo *“fue elaborado de manera unilateral”* por la entidad llamada al arbitramento, la cual sometió *“a la aprobación por adhesión de los Accionistas originales e iniciales de la sociedad GIT MASIVO S.A., sin ninguna clase de discusión ni modificaciones”*, pues, en su sentir, se aprovechó de las necesidades económicas de los asociados para ejecutar la operación comercial de la sociedad antes referenciada. Por lo demás, en el acto sinalagmático, se evidenció que la parte solicitada pasó a detentar el control, ejerciendo ciertas actuaciones, como fue la imposición del gerente y nombrar la mayoría de los integrantes de la junta directiva, que denotaba *“la posición dominante”* que tenía frente a los demás afiliados.

Con todo, asevera que los aportes que debía honrar la persona jurídica Sistemas Operativos Móviles S.A. – Somos K S.A. fueron incompletos, sin echar de menos que, además, soslayaba evidentemente el contenido íntegro de los estatutos societarios, dado que:

(i) Al establecer la adquisición del diez por ciento (10%) de la cuota social de todos y cada uno de los accionistas existentes a la fecha de la suscripción, determinando un precio ligado al valor intrínseco de la acción establecido por el entonces oferente en la suma de seis mil trescientos noventa y seis pesos moneda corriente (\$6.396,00), despreció la exigencia sacramental fijada en el reglamento de la sociedad, la cual previó el valor nominal en la suma de diez mil pesos moneda corriente (\$10.000,00), *“siendo este el valor referente para cualquier negociación de esta acción”*.

(ii) De acuerdo a lo anterior, se aúna que a la hora de determinar el valor de la compensación, extrañamente *“se tomó un valor intrínseco de la acción diferente, esto es el valor de \$7.183,00 por acción”*, luego, resultaba una diferencia de setecientos ochenta y siete pesos moneda corriente (787,00) por acción, saldo que se le estaba *“dejando de pagar a los accionistas minoritarios”*, lo que a su juicio constituye un impago de la acreencia acordada.

(iii) Adicionalmente, enseña que en la cláusula 6 se condicionó a una compensación a favor de la convocada, misma que resultaba del restante entre el valor nominal y el valor intrínseco de la acción, entonces, la diferencia correspondía a tres mil seiscientos cuatro pesos moneda corriente (\$3.604,00), valor dinerario que multiplicado por las setecientos cinco mil ochocientos sesenta y siete (705.867) acciones adquiridas, tenía como resultado la suma de dos mil quinientos cuarenta y tres millones

novecientos cuarenta y cuatro mil seiscientos sesenta y ocho pesos moneda corriente (\$2.543.944.668,00), empero sobreestimó la operación aritmética en dos mil quinientos veintiséis millones trescientos noventa y ocho mil quinientos treinta y dos pesos moneda corriente (\$2.526.398.532,00), para establecer que el valor total de la compensación era de cinco mil setenta millones trescientos cuarenta y tres mil doscientos pesos moneda corriente (\$5.070.343.200,00).

(iv) Bajo la anterior inconsistencia y con la firme convicción que “*no tenía ningún derecho a compensar*” en tanto no aportó el valor integral de la rentabilización, indica que sólo se inyectó al capital la adición de catorce mil novecientos veintinueve millones seiscientos cincuenta y seis mil ochocientos pesos moneda corriente (\$14.929.656.800,00), traduciendo que no hubo “*pago de la totalidad de la capitalización determinada en el Acuerdo de Accionistas y el no pago de los aportes correspondientes a la suscripción de acciones*”, pretendiendo que con “*argucias legales y contables realizadas*”, se le dé un “*cariz legal a la pretendida capitalización*”, esto, también irroga perjuicios a los partícipes del contrato social.

(v) En armonía con la anterior plataforma argumentativa, señala con vehemencia la irregularidad referente a la susodicha compensación, puesto que se había convenido previamente que esta se haría en efectivo “*una vez METRO CALI hiciera el desembolso a GIT MASIVO S.A., de unos dineros provenientes de la compensación por diferencia de tarifa técnica dentro de la modificación del Contrato de Concesión No. 01 de 2006, asumiendo [esta última] el costo final de esa transacción*”, considerando que ello no es legal, en tanto debería ser la entidad adquirente de las acciones y beneficiaria de la compensación quien asumiera el costo fiscal, produciendo, desde luego, detrimento, lo que tuvo iniciativa por parte de la junta directiva conformada en su mayoría por personas que impuso la convocada.

(vi) Fundándose en el informe de auditoría emanado de Sinerval Group Estrategias Financieras y solicitado por el coasociado Inversiones Judi S.A., esboza el hallazgo de varias anomalías contables, entre las que se destaca: a) la prohibición de realizar capitalizaciones con un valor por acción inferior a su valor nominal y, en efecto, la improcedencia de la compensación entregada; b) la sobrestimación del valor intrínseco de la acción, la cual se fijó en siete mil ciento ochenta y tres pesos moneda corriente (\$7.183,00), “*con el fin de obtener una compensación mayor a la realmente acordada, arrojando el informe un valor total sobreestimado de \$2.526’398.352.00*”; c) la compensación de marras se llevó a cabo mediante el pago de facturas que representaban “*servicios complementarios y en la realidad inexistentes [incluso, a favor de empresas filiales de Somos K S.A.,] violatorios de lo establecido en la*

cláusula 13 del Acuerdo de Accionistas”, *verbi gratia* la factura No. 0002 cuyo acreedor era Somos Inversiones y Compañía S.A.S., la factura No. 0623 por concepto de *“Reintegro de Gastos de Personal en Misión”*, en los que afirma que dichos servicios fueron inexistentes, la factura No. 0624 por concepto de *“reintegro de Gastos de Prevención Vial”*, erogaciones que nunca fueron aprobadas por consenso, la factura No. 0027 por concepto de *“Servicio de Transporte Operativo”*, el cual alega que nunca existió, siendo Transporte Tulum S.A.S. la supuesta prestadora del servicio y, por último, la factura No. 0030 por concepto de *“Asesoría NIFF año 2015-2016”* en la que nuevamente es obligacionista Transporte Tulum S.A.S., recalcando que esta *“empresa (...) no tiene en su objeto social nada que ver con asesorías en temas contables, como lo es la Asesoría en normas contables internacionales NIFF y lo que demuestra que los servicios causales de dicha factura son inexistentes”*; d) no sometió a consideración de la junta directiva para la posterior aprobación, los pasivos que superaban los veinte millones de pesos moneda corriente (\$20.000.000,00), a despecho de lo imperado por la cláusula 6.4. del ya referenciado acuerdo, lo que ha traído afectaciones graves a los demás adeptos, infiriendo el acaecimiento de iniquidades; e) los supuestos servicios complementarios que prestó para *“las actividades de la sociedad GIT MASIVO S.A.”* comportan una simulación de rigor corporativo.

Finalmente, el convocante arguye que por todo lo expuesto en el pliego inicial, lo que apunta a conductas extrañas a la lealtad societaria producto del *“abuso del derecho y de la posición dominante y conflicto de intereses”*, no hubo cumplimiento del objeto primario por el cual se celebró el acuerdo reseñado, acto que se circunscribía a *“garantizar la operación”* e *“inyectar recursos”* a la empresa representada, lo que la ha hecho desembocar *“al régimen de insolvencia empresarial”*

3.- LAS EXCEPCIONES

Trabada la litis con el extremo convocado, este procedió a contestar, aceptando unos hechos, negando otros y aclarando los restantes; igualmente se opuso a la prosperidad de las pretensiones, proponiendo las siguientes excepciones de mérito denominadas:

(i) *“El acuerdo de Accionistas ha sido cumplido”*: La exposición lacónica de esta excepción reside en el cumplimiento de todas las obligaciones emanadas del acuerdo de accionistas del 02 de diciembre de 2014, permitiendo que GIT Masivo S.A. pudiera sobrellevar la difícil situación financiera que la venía afectando y continuara con su actividad económica.

(ii) “*No concurren los elementos de responsabilidad civil contractual*”: Insta que en el cuestionamiento no se observan a cabalidad los elementos que nuestro ordenamiento jurídico exige para que haya declaración de responsabilidad contractual, es decir, la existencia de un contrato legalmente válido, el daño, la acción u omisión generador del mismo y el nexo de causalidad entre los anteriores.

(iii) “*Inexistencia de un daño indemnizable*”: Califica los perjuicios implorados por la peticionaria como “indirectos”, dada su condición de accionista de GIT Masivo S.A., deduciendo que “*la reclamación es completamente inviable a la luz del ordenamiento jurídico colombiano*”.

(iv) “*Improcedencia del ejercicio de una «posición dominante»*”: Sienta que esa figura sólo es aplicable como medida “*de protección a la competencia*” de mercado y no a una “*controversia netamente contractual*”.

(v) “*Inexistencia de un abuso del derecho*”: Además de que fue legítima la suscripción del acuerdo señalado, no se ha desviado su finalidad propia, como tampoco se ha aprovechado “*incorrectamente de lo pactado*”, luego, no hay lugar a invocar esa forma sustantiva.

(vi) “*Improcedencia de la falta al deber de lealtad*”: Afirma que en la situación planteada no existe actuación desleal alguna frente al acuerdo antes descrito, por el contrario, insiste en que su poderdante se ha comportado con lealtad y buena fe durante el transcurso contractual.

(vii) “*La actuación de Transfuvalle constituye una actuación contraria al principio «venire contra factum proprium non valet»*”: Alude que la postulante se contradice de sus actos propios, toda vez que esta tuvo participación activa en la negociación para avenir la propuesta de Somos K S.A., posteriormente aceptarla y suscribir el acuerdo que hoy pretende “*injustificadamente*” contradecir.

(viii) “*Improcedencia de hacer efectiva la cláusula penal contenida en la cláusula 19.5 del Acuerdo de Accionistas debido al cumplimiento de las obligaciones principales por parte de Somos K y Cláusula Penal enorme*”: Teniendo en cuenta el cumplimiento de todas las prestaciones a cargo de su mandante, no hay lugar a reclamar la penalidad insertada en el acuerdo; si excepcionalmente hubiese lugar a la condena, la misma resulta desproporcionada y discordante al canon 1601 del Código Civil, según aduce.

(ix) “*Cobro por duplicado*” de la cláusula penal: Sustenta que, si bien es posible aplicar la cláusula penal “*por incumplimientos independientes*”, la sanción convencional que cobra en varias pretensiones tiene origen en

los mismos hechos, por tanto, deviene improcedente “*solicitar dos (2) o más veces [tal] aplicación*”.

(x) “*Indebida acumulación de pretensiones*”: La hace consistir en que la parte actora omitió clasificar las pretensiones en principales y en subsidiarias, sin que el ente arbitral pueda subsanar oficiosamente ese “*semejante error*”.

(xi) “*La Cláusula Arbitral está circunscrita a la comprendida en el Acuerdo de Accionistas*”: Relacionada con la falta de competencia, pues hace alusión a que la súplica está fundamentada en la violación de los estatutos sociales y de otras reglamentaciones societarias de GIT Masivo S.A., saliéndose de la esfera del acuerdo de accionistas.

(xii) “*Cobro de lo no debido*”: Las sumas aspiradas no tienen “*causa jurídica alguna*”, por consiguiente, la solicitada no está en el deber de pagar los adeudos exigidos.

(xiii) “*Violación al postulado de buena fe*”: Refiere a que la pretendiente, “*durante la etapa negocial y la anterior a ella*”, incurrió en una serie de irregularidades con el fin de inducir en error al nuevo socio, haciéndole sufragar “*un precio mayor tanto en la venta de las acciones como en el valor a capitalizar*”.

También objetó el juramento estimatorio, asegurando que el mismo carece de razonabilidad y de discriminación pormenorizada de los conceptos; además, revela algunos errores técnicos de elaboración, como son: la repetida reclamación de la pena ante el incumplimiento del mismo supuesto, el desconocimiento del alcance que tiene el clausulado, entre varios.

III.- EL LAUDO ARBITRAL

El Tribunal de Arbitramento culmina su función profiriendo fallo objeto del recurso de anulación, inicia haciendo un recuento fáctico de lo acontecido entre las sociedades en litigio, posteriormente relacionó las pretensiones y el recaudo probatorio, para luego exponer las motivaciones que apoyarán su decisión.

Delanteramente descarta la falta de competencia para decidir de fondo, teniendo en cuenta que el litigio versa exclusivamente “*sobre el incumplimiento que se le achaca a la convocada del acuerdo de accionistas del 2 de diciembre de 2014 y las consecuencias económicas de dicho incumplimiento*”, sin echar de menos que ya había pronunciado otrora en ese sentido. También descartó que el testimonio de Guillermo Martín Forero Hermida haya estado sesgado,

desdeñando la réplica sobre tacha de sospecha de esa declaración e, igualmente, determinó que, si bien hay imperfecciones en el dictamen pericial presentado por la entidad convocante, ellas no tienen la trascendencia de enervarlo por error grave.

Descendiendo en el fondo del asunto, hizo un análisis a las figuras de (i) falta al deber de lealtad, (ii) abuso de la posición dominante y (iii) abuso del derecho, deduciendo, en silogismo, que ninguna de ellas se adecuaba al prisma fáctico del asunto, pues, en palabras propias del tribunal de arbitramento *“no existe prueba de que en la celebración del acuerdo de accionistas, la demandada haya faltado al deber de lealtad o de buena fe contractual, ni que haya ejercido una posición abusiva”*, por el contrario, sostuvo que dicho acuerdo *“fue estudiado, analizado y corregido en varias oportunidades tanto por los socios reunidos en varias Asambleas Extraordinarias, como por la Junta Directiva y sus asesores”* y antes de su suscripción *“se realizaron numerosas discusiones entre los socios de GIT Masivo, y entre estos y Somos K, y se adelantaron múltiples sesiones en las que se revisaron su contenido y alcance”*, sin que medio dolo, error o fuerza en el negocio jurídico, por tanto, acogió las excepciones de ese rigor.

Luego, se adentró a estudiar el contenido de la cláusula 6 del mencionado acuerdo de accionistas y su presunto incumplimiento, determinando que la sociedad Somos K S.A. cumplió con el pago de las acciones suscritas y adquiridas por compraventa, en diversas modalidades y, en ese orden de ideas, desnudó los yerros en los hechos de la demanda, en donde se trastocaban conceptos elementales de la negociación y se hacían afirmaciones equívocas, como fue la forma de pago en los términos del mencionado acuerdo en armonía con el reglamento de colocación de acciones que, para el efecto, había aprobado la Junta Directiva de GIT Masivo S.A., mediante el cual fijaba las condiciones cómo se debería llevar a cabo la operación, mismo que, igualmente, señalaba los parámetros y las razones para legalizar la suscripción de acciones a través de la figura de la “compensación” a favor de la nueva asociada, la cual resultaba entre el valor intrínseco y el valor nominal de cada una de esas acciones, encontrándola ajustada y, aun, beneficiosa en términos aritméticos para los accionistas circunscritos al negocio, resaltando que *“esa propuesta fue votada favorablemente por el señor Miguel Muñoz en representación de la sociedad que aquí demanda”*, entonces, no sólo desconoce que dicha figura constituía la causa principal para que la enjuiciada aceptara la oferta de suscripción de acciones, sino que va en contra de sus actos propios; por lo demás, hizo mención a la necesidad de capitalización que sirvió de base a la tratativa de ambas partes y encontró que ello había dado alivio al pasivo que gravaba la suerte de la sociedad representada, dado que se encontraba en riesgo de liquidación.

en el mismo sentido, relievó los múltiples errores que cimentaban el dictamen pericial aportado en el introductorio *“titulado como «Informe de Auditoría SINERVAL GROUP ESTRATEGIAS FINANCIERAS» de fecha 16 de mayo de 2018”*, al ser las fórmulas matemáticas erradas, especialmente, la forma cómo se calcula el porcentaje de participación de un accionista en el capital suscrito de una compañía, el total de acciones emitidas por GIT Masivo S.A., el número de acciones que poseía Somos K S.A., entre otras de gran magnitud, lo que quedó confirmado en la declaración del autor del informe. Posteriormente, desmintió que se haya prohibido la capitalización con la prestación de servicios que constituían *know how* para el correcto desarrollo de la actividad económica, como también denegó la ocurrencia de actos fraudulentos encaminados a extinguir la obligación, como lo fueron los títulos valores sin detentar causa subyacente y la duplicidad en facturación, concluyendo que, de cualquier manera que sea, de restarse la suma de dichos importes, todavía el valor restante supera con creces la cifra de capitalización equivalente a veinte mil millones de pesos moneda corriente (\$20.000.000.000,00). En síntesis, estimó que el acuerdo de voluntades había sido cumplido en su integralidad, el cual ni siquiera la sociedad GIT Masivo S.A. hizo reparo frente a ello, en consecuencia, concluyó que los medios exceptivos de ese talante eran fructíferos y, en efecto, desestimó las concernientes pretensiones declarativas y condenatorias.

En lo que atañe al incumplimiento de la cláusula 13, encuentra el juzgador que los supuestos negocios complementarios realmente hacían referencia a una manera alterna de cumplir con la compensación pactada a favor de Somos K S.A., desde luego, al resultar más favorable en costos fiscales, además, de aplicarse dicha convención, la actuación guarda concordancia con el tenor literal de la misma, pues *“su contratación contó con la previa aprobación de la Junta Directiva de la sociedad, como da cuenta el acta 169 correspondiente a la reunión celebrada el 29 de enero de 2015”*, de lo que colige: *“los servicios que dan cuenta esas facturas no se prestaron a la sociedad sin conocimiento y aquiescencia de la Junta Directiva de la compañía, no se trató de un acto oculto o soterrado de la administración que se hubiera advertido posteriormente, ni que se hubiera ocultado para evitar la posibilidad de participación de los otros accionistas de la compañía”*. Por consiguiente, negó la aspiración que planteó el incumplimiento del ítem antedicho.

Bajo esas consideraciones, desestimó la totalidad de pretensiones, condenando a la parte vencida al pago de \$1.335.180.000,00 por concepto de *“Total honorarios y gastos (incluido IVA)”* y también al pago de \$150.000.000,00 por agencias en derecho.

IV.- EL RECURSO DE ANULACIÓN

Luego de hacer un extenso recuento de los hechos de la demanda, las pretensiones y el laudo atacado, señalando las causales en las cuales basa su recurso, se permite solicitar a este Tribunal la nulidad del laudo arbitral para que, en su lugar, se acceda a las pretensiones.

En cuanto al fundamento de la primera causal alegada, señala que el Arbitraje estableció su decisión en *“aspectos y documentos anteriores a la celebración del Acuerdo”*, desconociendo que el estatuto de la compañía, las actas de asamblea y de junta directiva, así como los reglamentos que este último expidiera, no hacían parte del acuerdo de accionistas y, por ende, del objeto del litigio. Destaca que la decisión fustigada aureoló el reglamento de colocación de acciones por encima del acuerdo de accionistas, sin percatarse que *“[e]l Acuerdo se hizo para reformar cualquier otra decisión previa, y formalizar las decisiones de las partes plasmadas en el Acuerdo, y según lo decidido en el mismo, con prevalencia sobre cualquier otra decisión anterior de las mismas partes”*, y que, en el mismo cuerpo documental, precisamente en la cláusula 19.4, se estipuló la condición que le otorga prevalencia sobre cualquier otro acto jurídico. Por otro lado, el censor afirmó que había diferencias sustanciales entre las mencionadas fuentes de derecho privado, sin que pueda ser conciliable la aplicación de una o de la otra indistintamente y, bajo esa línea argumentativa, averó que la justicia particular debía declararse incompetente al considerar que los términos de la prestación realmente provenían de la manifestación del órgano administrativo de GIT Masivo S.A. y no del consenso de todos los socios que la gobiernan.

Refiriéndose a la segunda causal y blandiendo idénticas razones al presupuesto anterior, diserta que no había competencia para resolver la problemática mediante el presente mecanismo alternativo de solución de conflictos, toda vez que el laudo arbitral resolvió el litigio *“con fundamento en aspectos y documentos anteriores a la celebración del Acuerdo, sobre los cuales no era competente”*, soslayando el alcance de la cláusula compromisoria *“que se circunscribía única y exclusivamente a dirimir toda controversia o diferencia relativa a ese acuerdo o que tuviera relación con el mismo”*, así como la enumerada “19.4” que, como se itera y según la concepción del recurrente, exigía que el acuerdo de accionistas se aplicara con prevalencia sobre otras fuentes regulativas.

Por último, en su tercera causal, esbozó que la Colegiatura negó parcialmente la práctica de la prueba de inspección judicial con exhibición de documentos en la oficina de la sociedad GIT Masivo S.A., misma que había sido decretada otrora, posterior a acceder a la negativa de la abogada de esta colectividad, quien alegó que los *“libros y papeles*

(...) *estaban sometidos a reserva*”, empero, según aduce, no invocó “*el precepto que contempla reserva*” como tampoco señaló cuáles derechos se verían afectados con la revelación documental, de manera que la deliberación jurisdiccional raya con las exposiciones que han decantado las altas cortes; además, considera que la abstención impide aquilatar la verdad material, pues resta poder persuasivo al informe especial de auditoría que realizó Sinerval Group, en el cual se edificaron las mayores razones de la demanda; de contera, la falta de dicha exhibición, no permitió que el testimonio del señor William Augusto Rodríguez Betancourth, quien ostenta los conocimientos técnicos sobre la materia y realizó el dictamen descrito, pudiera “*ser ampliado*”, por eso, siente que ha sido lesionada su garantía fundamental al debido proceso.

V.- CONSIDERACIONES

1.- El fundamento constitucional del arbitramento se encuentra en el artículo 116 de la Carta cuando, en su inciso final, dispone que “*Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley*”.

El arbitramento es un negocio jurídico en que las partes acuerdan someter sus controversias actuales o futuras al conocimiento y decisión de árbitros, es decir, de particulares que administran justicia. Con base en el arbitramento, ya sea que se acuerde en cláusula compromisoria o en compromiso, se genera un proceso declarativo en el que hay lugar a conformación del contradictorio, a una etapa probatoria, a una etapa de alegación y, finalmente, a la emisión del laudo arbitral. El laudo tiene valor de cosa juzgada y, en caso de contener una obligación clara, expresa y exigible, presta mérito ejecutivo ante los jueces ordinarios¹.

2.- El proceso arbitral es un trámite de única instancia². De allí que, en estricto sentido, no existan superiores funcionales de los particulares

¹ La Corte Constitucional ha considerado que el arbitramento es un mecanismo idóneo no únicamente para descongestionar los despachos judiciales, sino también para lograr que las partes en forma pacífica pongan fin a sus controversias. De allí que lo haya considerado como un mecanismo alternativo de solución de conflictos: “*El arbitramento como mecanismo alterno de solución de conflictos, implica la derogación que hacen las partes de la jurisdicción que, en cabeza de los jueces ejerce el Estado, para que frente a un conflicto determinado o precaviendo uno futuro, sean terceros distintos de los jueces, quienes con carácter definitivo resuelvan la controversia suscitada, mediante una decisión –fallo arbitral– que al igual que las decisiones de los jueces de la República, haga tránsito a cosa juzgada*”. Corte Constitucional. Sentencia C-1436-00, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

² La misma Corte ya se ha pronunciado sobre el carácter de jueces de única instancia de los Tribunales de Arbitramento. En ese sentido, en la Sentencia T-570-94, con ponencia del Magistrado Carlos Gaviria Díaz, manifestó: “*el artículo 116 de la Carta Política permite a los particulares sustraerse a la aplicación de justicia por los funcionarios de la Rama Judicial y optar –escapando a la regla general en los casos autorizados por la ley–, por someter sus diferencias a la decisión de un tribunal ad-hoc compuesto por árbitros, que son particulares y no adquieren la calidad de servidores públicos, a pesar de cumplir transitoriamente con la función pública de dispensar justicia. Al hacer uso de esa*

constituidos en tribunal de arbitramento. Por este motivo, ejecutoriado el laudo arbitral debe procederse a su cumplimiento en el plazo indicado por el tribunal.

Con todo, el ordenamiento jurídico consagra varios recursos extraordinarios que proceden contra el laudo arbitral y de los que conoce la justicia ordinaria o contencioso administrativa. En materia privada la competencia para conocer del recurso extraordinario de anulación la entrega el inciso primero del artículo 46 de la Ley 1563 de 2012, norma que designa a *“la Sala Civil del Tribunal Superior de Distrito Judicial del lugar en donde hubiese funcionado el tribunal de arbitraje”*. Finalmente, contra la sentencia que decide el recurso de anulación, también procede el recurso de revisión.

3.- Ahora bien, las facultades del juez que conoce del recurso de anulación se limitan a la verificación de las causales de nulidad invocadas por el actor, causales que han sido consagradas por el legislador y que son de interpretación restrictiva. No se trata, entonces, de una nueva oportunidad para revivir el debate planteado ante el tribunal de arbitramento pues al juez ordinario le está vedado pronunciarse sobre el fondo del litigio conocido por aquél. Por ello, la labor de la Sala en este asunto se circunscribe a la verificación de la validez del compromiso o cláusula compromisoria y/o del laudo arbitral, ateniéndose siempre a las causales invocadas por el recurrente.

Es claro que esta limitación de las facultades del juez que conoce del recurso de anulación, es una evidente manifestación del carácter dispositivo del proceso arbitral y constituye una garantía para las partes, pues aquél no podrá pronunciarse sobre materias que estas han acordado someter a la decisión de árbitros. De igual manera, esa limitación de las facultades del juez ordinario afirma la autonomía, independencia y sujeción a la Ley de los particulares constituidos en tribunal de arbitramento.

4.- Expuesto el marco teórico que antecede, procede la Sala a resolver el recurso propuesto, bajo el estricto derrotero planteado por el recurrente, esto es, confinándonos a las causales alegadas.

4.1- *“Haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros”*, es uno de los supuestos previstos en el numeral 9° del artículo 41 del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional.

excepción regulada por la ley en desarrollo del mandato constitucional, los particulares se someten a la decisión judicial de una corporación esencialmente transitoria, que no tiene superior jerárquico y, por ende, quienes a ella acuden, optan por una organización excepcional de la administración de justicia, donde la naturaleza de las cosas hace imposible la aplicación de la regla general de la doble instancia (a través del recurso ordinario de apelación), que rige en la Rama Judicial (artículo 3° del Código de Procedimiento Civil)”.

La mentada causal, a la luz de nuestro ordenamiento jurídico, se entiende limitada a casos *“en que el árbitro se pronuncia sobre materias que no fueron planteadas en la demanda, o se concede más de lo pedido o no se deciden cuestiones sujetas al arbitramento”*³. En los mismos términos, el Consejo de Estado ha dicho que la presente hipótesis se refiere exclusivamente a *“laudos extra petita, en los cuales el Tribunal resolvió sobre asuntos no sujetos a su decisión, ultra petita, cuando concedió más de lo pedido y citra petita, cuando no resolvió sobre una cuestión sometida al arbitraje”*⁴.

En efecto, esta causal está intrínsecamente relacionada con el principio de congruencia que contempla el Código General del Proceso en su artículo 281, norma que a la letra reza: *“La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley”*.

Por lo tanto y respecto a la primera de las modalidades, corresponde al juez de anulación auscultar si el laudo recayó sobre puntos no pedidos en el libelo o en su réplica, dicho de otra manera, que la decisión no haya versado sobre los hechos y las pretensiones formuladas, ni tampoco se refieran a las excepciones alegadas, de manera que no resulte congruente con las posturas adoptadas por los extremos de la contienda.

4.1.1.- Liminarmente, cabe resaltar que, al desarrollarse esta causal, el recurrente trastoca el sentido axial de la misma, dado que su fundamento impugnativo, principalmente, estriba en argumentar que el laudo se fundamenta en aspectos que no están contenidos en el pacto arbitral, *verbi gratia*, el reglamento de colocación de acciones que, mediante acta No. 167 del 24 de noviembre de 2014, aprobó la Junta Directiva, entre otros, deviniendo que la censura tiene como pilar central la falta de competencia al dirimir cuestiones que no eran arbitrables.

En ese sentido, el órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha acrisolado la improcedencia de reclamar a través de esta senda la falta de competencia por haberse desbordado la convención arbitral, al haber otra causal más específica mediante la cual se ventilan ese tipo de asuntos. Conviene memorar lo que ha sentenciado dicha corporación al respecto:

³ Cárdenas Mejía, Juan Pablo, *Estatuto Arbitral Colombiano, Análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012*, Legis Editores S.A., Colombia, 2013, Pág. 295.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, providencia del 19 de junio de 2019, Mag. Pte. Dr. Alberto Montaña Plata, Rad. 11001-03-26-000-2018-00109-00 (61809).

*“Ahora bien, con la entrada en vigencia de la ley 1563 de 2012 y teniendo en cuenta que por medio del numeral 2º del artículo 41 de dicho Estatuto arbitral se incorporó una nueva causal de anulación que de forma especial y específica regula **las circunstancias de falta de jurisdicción o de competencia del juez arbitral**, forzoso es de concluir que por vía de ésta causal [numeral 9º de la mencionada normatividad], antes prevista en el numeral 8º del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 **ya no se pueda alegar la nulidad del laudo cuando el juez arbitral profiere un laudo pronunciándose sobre puntos no sujetos a su decisión o que no eran susceptibles de disposición por mandato legal, pues se repite en vigencia del nuevo estatuto arbitral ya existe una causal que específicamente regula esas hipótesis.***

*Así las cosas, se entiende que bajo la primera parte de ésta causal, esto es, “Haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido”, antes prevista en el numeral 8º del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 **ya no podrán alegarse las circunstancias de falta de jurisdicción o competencia por haberse pronunciado el juez arbitral sobre asuntos que no se encontraban sujetos a su decisión por voluntad de las partes o sobre aquellos que por ley no eran susceptibles de ser resueltos por ésta vía, pues con la entrada en vigencia de la ley 1563 de 2012 ya es claro que dichas hipótesis deben ser alegadas con fundamento en la causal del numeral 2º previsto en su artículo 41 que las regula de forma específica.***

En conclusión ésta primera parte de la causal que ahora se revisa en vigencia del nuevo Estatuto arbitral sólo podrá configurarse por un fallo extra petita cuando el juez arbitral (sic) se pronuncie sobre aspectos o puntos que no han sido solicitados en la demanda y por un fallo ultra petita, cuando el juez arbitral condena por más de lo pedido en la demanda, pues las demás hipótesis se entenderán incorporadas y deberán alegarse bajo el imperio de la causal del numeral 2º de la ley 1563 de 2012.

Luego, si lo que ocurre en un determinado caso es que una entidad estatal no alega la falta de competencia del Tribunal arbitral por estimar que éste se pronunció sobre aspectos que no se encontraban sujetos a su decisión y no interpuso el recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia poniendo de presente dicha circunstancia, no puede ahora venir a alegar la anulación del laudo arbitral con fundamento en la causal a la que se alude, pues es claro que debió hacerlo con base en la causal del numeral 2º del artículo 41 de la ley

1563 de 2012 y agotar el requisito de impugnación aludido”⁵. (Enfatiza esta Corporación).

Bajo la anterior línea argumentativa y sin mayores esfuerzos se tiene que el reparo sobre la irregularidad de aprehender materias que no estaban enlistadas en la cláusula compromisoria, no corresponde dirimirlo por conducto del presente cargo formulado, por el contrario, concierne examinarlo bajo la óptica del numeral 2° del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012. De suerte que, en el recurso extraordinario de anulación, el impugnante también señaló similares fundamentos que fueron encausados en la correcta hipótesis normativa, luego, habrá de resolver cuando sea la oportunidad de abordar la misma.

En conclusión, esta Sala se abstendrá de pronunciarse sobre la arista reseñada, misma que será analizada, en su debido momento, bajo el cariz de la tipología que corresponde.

4.1.2. No obstante, teniendo en cuenta que la actora se duele que los documentos tales como: *“la oferta hecha por Somos K del 8 de Julio de 2014, las Actas de Asamblea y Junta Directiva que supuestamente aceptan dicha oferta, el Reglamento de Colocación de Acciones y los Estatutos Sociales”* están por fuera del objeto del litigio, dado que tienen carácter de *“no debatidos”*, a continuación, se corroborará si el laudo se alejó caprichosamente de las alegaciones de parte, para luego imponer su particular disquisición.

En escrutinio de la amplia foliatura arrimada a este estrado, esta Sala no encuentra la configuración de la hipótesis ensayada, en tanto de la lectura desapasionada de la demanda, así como de su contestación, se avizora que el proveído arbitral no incurrió en ningún tipo de incongruencia.

Así pues, en el escrito inicial y reformado, la parte convocante explicó que el acuerdo de accionistas divergía de las reglamentaciones establecidas en los estatutos sociales de GIT Masivo S.A., expresando que: *“[La cláusula 3ª] contraría las normas societarias”*, también *“la Cláusula 6 primer inciso del Acuerdo (...) violó flagrantemente los estatutos de la sociedad”*, asimismo señaló que *“en el Acuerdo se autorizaba a la Junta Directiva (...) para que estableciera la forma de pagarle la (...) compensación [pactada] derivada de la violación de los Estatutos de la sociedad”*, entre otras referencias, permitiendo, como no podría ser de otra forma, que se hiciera una ponderación entre el *supra* citado acuerdo y los actos jurídicos que rigen la compañía.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, providencia del 13 de abril de 2015, Mag. Pte. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Rad. 11001-03-26-000-2014-00162-00 (52556).

Por otro lado, dentro de la oportunidad legal, fue contestada la demanda mediante la cual y junto con las excepciones incorporadas a la misma, puso de presente todas las acciones precontractuales que se llevaron a cabo para concretar el acto sinalagmático que finalmente se concretó. Nótese que en el reseñado instrumento procesal, se hizo una reconstrucción historiográfica que ampliaría el espectro y marcaría un camino para intentar llegar a la verdad; a manera de ilustración, la sociedad enjuiciada relató que:

“Derivado de su situación financiera además de la inadecuada administración de la sociedad, GIT Masivo, sus administradores y accionistas habían tomado la decisión de buscar un socio estratégico, el cual invirtiera recursos en la sociedad y tuviera experiencia en la operación de este tipo de concesiones, la búsqueda de dicho socio estratégico (...) comenzó en Agosto de 2012. Como consecuencia de lo anterior y dado el deterioro de la situación financiera de la sociedad durante el primer semestre del año 2014, se aceleró la consecución del socio estratégico (...) (“Somos K”), sociedad operadora del sistema Transmilenio desde la Fase II (es decir desde el año 2002), fue una de las sociedades contactadas con el objeto de lograr un inversionista estratégico (...) [la aquí convocada] presentó el día ocho (8) de Julio de 2014 una oferta e informó a GIT Masivo y sus accionistas, unas condiciones generales de la operación (...). El mismo día de la oferta (08 de julio de 2014) la gerencia y junta directiva de [la sociedad que ofrecía sus acciones], aceptaron la oferta presentada (...) Sin embargo, una vez SOMOS había efectuado los primeros desembolsos y la empresa reinició sus operaciones, empezaron a darse discusiones (...) [que posteriormente fueron superadas]. En Asamblea de accionistas efectuada el 13 de agosto de 2014 (Acta No. 27) por unanimidad se ratificó la aceptación de la oferta del 08 de julio de 2014 y se aprobó la solución propuesta por parte de algunos accionistas de Git Masivo (...). Finalmente, después de múltiples reuniones, discusiones, modificaciones, juntas directivas e incluso asambleas de accionistas, el día 2 de diciembre de 2014 se suscribió el acuerdo de accionistas por parte de los que representaban más del 95% del capital social de GIT MASIVO, entre ellos TRANSFUVALLE. Acuerdo que es el objeto de (sic) presente tramite (sic) arbitral.”

Aunado a lo anterior, también se trajo a colación que, con el fin de desvirtuar los hechos expuestos por la precursora, específicamente, el que indicaba el incumplimiento de efectuar los aportes en los términos contractuales a cargo de la obligada, debía tenerse en cuenta “el reglamento de emisión y colocación de acciones a favor de Somos K” que había aprobado la Junta Directiva “sin comentario y objeción alguna”, mismo donde, con previsión, se habían acordado las

condiciones financieras que permitirían llevar a cabo la operación de marras.

Entonces, la referencia y el análisis de “*aspectos y documentos anteriores a la celebración del Acuerdo*” por parte del Colegiado Arbitral, no obedece a un capricho o una decisión autoritaria oficiosa, sino a una obligación de pronunciamiento sobre las fundamentaciones que enarbolaron cada uno de los adversarios, debiendo analizar integralmente el acervo para elucidar el caso.

Si bien es cierto, en el escrito genitor no se hizo directa mención a los actos previos cuyos desenlaces darían el sentido al acuerdo de accionistas, no es menos cierto que, cristalinamente, la réplica presentó al juicio todos esos ítems, como se expuso previamente, lo que habilitó al juzgador para discurrir sobre esa materia, en garantía al derecho de defensa y contradicción. Este punto, tratado ampliamente por la jurisprudencia patria y sostenido por esta Sala, reclama la necesaria congruencia que debe existir entre la sentencia con los hechos y pretensiones de la demanda, con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas cuando así lo exige la ley, marco obligado para el campo de acción del juzgador que define el litigio, sin que pueda ser desbordado ante la apremiante prohibición de un laudo incongruente.

Precisamente, en lo que atañe al principio de congruencia, el máximo órgano de la jurisdicción constitucional ha decantado que: “*se traduce en una garantía del debido proceso para las partes, puesto que garantiza que el juez sólo se pronunciará respecto de lo discutido y no fallará ni extra petita, ni ultra petita, porque en todo caso, la decisión se tomará de acuerdo a las pretensiones y excepciones probadas a lo largo del desarrollo del proceso*”⁶. (Se resalta).

En resolución del otro valladar, el cual incumbe a la supuesta omisión del Tribunal de Arbitramento en resolver “*las inconsistencias de las facturaciones expuestas*”, esto es: (i) factura cambiaria No. 0002 cuyo prestador es Somos Inversiones y Compañía S.A.S., (ii) factura cambiaria No. 0027 y (iii) factura cambiaria No. 0030, con prestación de servicio por parte de Transportes Tulum S.A.S., ambas sociedades adscritas al grupo empresarial de Somos K S.A.; según las exposiciones del demandante, los títulos valores enunciados no se armonizan con la compensación acordada, además, refieren al pago de servicios complementarios sin efectuarse la respectiva autorización del órgano directivo, sin echar de menos que son actos jurídicos cuyo nexo causal es inexistente, o, en su defecto, sin contraprestación de servicio, también soportan doble facturación, sumado a ello, el objeto social de cada una de

⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-455 de 2016, Mag. Pte. Dr. Alejandro Linares Cantillo.

las acreedoras les impide realizar las correspondientes actividades consignadas, entre otras irregularidades.

Sin embargo, a despecho de lo sostenido por el reclamante, se encuentra que el laudo abordó ampliamente todos los cuestionamientos anotados en el párrafo anterior, por consiguiente, no tiene asidero que se invoque ante este estrado la inhibición de un tema que fue intensamente recabado y, aun, constituyó *ratio decidendi* para negar las pretensiones respectivas. A riesgo de ser extensivo empero necesario para obtener un mejor panorama, valga transliterar los pasajes tocantes a ello:

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

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

En el proceso fue acreditado que GIT Masivo recibió servicios de Somos K en relación con los aspectos a que se refiere cada una de las facturas, a saber, reestructuración y planeación GIT, asesoría año 2015-2016,

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

Sobre la efectiva prestación de estos servicios constan en el expediente variadas pruebas, a saber, [varios testimonios recepcionados]; los documentos que al respecto fueron exhibidos por Somos K en la diligencia de inspección judicial que se practicó en su sede, en particular los que aparecen como soportes de cada una de las facturas presentadas, los que fueron aportados con memorial de la demandada como complementó (sic) a dicha inspección; dictamen pericial de parte de Strategas Consultores S.A., coincidentes todas con lo que en su declaración de parte señaló el representante legal de la parte demandada. (...)

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

En segundo término, no puede perderse de vista que, aún (sic) si tales servicios no se hubiesen prestado, en todo caso existía para GIT Masivo una obligación de pago con Somos K que habría de extinguirse por vía

de compensación, tal y como fue pactado en todos los documentos que fueron necesarios para la unión de Somos K a dicha sociedad como accionista (...)

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

En conclusión, de las pruebas recaudadas en el proceso quedó acreditado para este Tribunal que GIT Masivo no hizo ningún giro de dinero a Somos K.

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

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

No queda resquicio de duda, entonces, que el cuerpo arbitral se pronunció de manera completa y suficiente acerca de las inquietudes de facturación encausadas al juicio, por lo que no queda otra opción que desestimar el planteamiento del contexto.

4.1.2.1.- Resumiendo todo lo antedicho, el Tribunal de Arbitramento no se excedió ni se sustrajo del litigio definido por las partes, de tal manera que la decisión de fondo se ofrezca incongruente, luego, no es plausible que el recurrente aspire a que sea resuelta la controversia de forma aislada, es decir, sólo analizando sus razones con la asunción única de sus pruebas, cuando el proceso judicial es por excelencia alteridad y dialógico.

4.1.3.- Por otro lado, repárese que el togado de la parte convocante en forma, por demás, peregrina, expone abiertamente su hermenéutica de cómo debe interpretarse tanto la situación fáctica como jurídica, en desnaturalización del extraordinario pero dispositivo recurso. Puede afirmarse, sin vacilación, que el recurrente con la anulación del laudo pretende una nueva valoración probatoria y, entonces, que el Tribunal con apoyo en los elementos de juicio y con el debido marco jurídico haga un nuevo juzgamiento, como si se tratase de una segunda instancia que, por naturaleza y definición repele este remedio.

Es lo cierto y a riesgo de ser repetitivos, que a través de este recurso no se adquiere competencia para revisar el aspecto sustancial del laudo, es decir, si hubo o no errores *in iudicando*, ni tampoco si hubo errores de hecho o de derecho en la valoración probatoria, para entonces entrar a decidir conforme a ese caudal probatorio, es decir, no se trata de reexaminar la cuestión material dirimida por los árbitros como si de otra instancia superior se tratase. Se está frente a un recurso limitado y dispositivo en el cual deberá examinarse bajo las causales taxativas señaladas por el recurrente que traza el derrotero de competencia del Tribunal Superior, y decidir, en últimas, si el laudo está o no afectado de nulidad, sin que pueda proferirse sentencia sustitutiva como equivocadamente lo pretende el suplicante.

Todo lo reflexionado en el párrafo antepuesto está regulado en la Ley 1563 de 2012, normatividad que a través de su inciso 4° del artículo 42 prevé que *“La autoridad judicial en la anulación no se pronunciará sobre el fondo de la controversia, ni calificará o modificará los criterios, motivaciones, valoraciones probatorias o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral al adoptar el laudo”*. Además, como ya se dijo, los errores de hecho o de derecho en la valoración de los medios de convicción no están instituidos como causales de anulación de laudos arbitrales, en donde campea el principio de la taxatividad, en consecuencia, sólo hay lugar al pronunciamiento estricto de las hipótesis que contempla el artículo 41 de la preceptiva *ibidem*.

Precisamente y con base en la presente causal, ha sido advertido por la Corte Suprema de Justicia que:

“Viene de lo dicho que si las pretensiones del demandante no tuvieron éxito, contra el laudo ningún reparo de incongruencia por citra petita [o extra petita o ultra petita agregamos] podía formularse, y si, a pesar de lo dicho, el tribunal de la anulación encontró tal defecto funcional en el laudo, y por ese camino asumió la suplencia del tribunal de arbitramento, con ello invadió una competencia ajena y de un tajo fue en contravía del querer de las partes, que un día acordaron, dentro del

marco de la Constitución, que la controversia fuera decidida por los árbitros y no por el Tribunal Superior".⁷ (Destacado propio).

Por lo tanto, esta Corporación se abstendrá de involucrarse en la tarea minuciosa orientada a hacer un nuevo juicio de la materia probatoria y jurídica ya discutida en la controversia arbitral, al no tener competencia para ello, dado que, como ya se dijo, este remedio no se asemeja a una instancia más del arbitraje.

4.2.- La segunda causal invocada alude a *"la falta de jurisdicción o de competencia"*, cual lo contempla el numeral 2° de la norma arriba en referencia.

La jurisprudencia de antaño pregonaba la posibilidad de invocar el abuso de competencia por medio del numeral 8° del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, precepto que disponía *"Haberse recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido"*, el cual, hoy en día, se agrupa en el numeral 9° del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012. No obstante, dado que la nueva Ley trajo consigo taxativamente la causal de ausencia de jurisdicción o de competencia como una hipótesis especial, las razones destinadas a anonadar dichos atributos deberán ceñirse a las reglas específicas que contiene la misma norma.

Ahora, el Legislador Patrio no precisó en qué circunstancias acaecía la falta de jurisdicción o la de competencia, por lo que la doctrina se ha encargado de diferenciar que *"cuando la ley no permite someter a arbitraje una determinada controversia hay falta de jurisdicción, en tanto que cuando simplemente la controversia no está sujeta a arbitramento por falta de voluntad de las partes, hay falta de competencia"*⁸ (se resalta). Del mismo modo, ha considerado el Consejo de Estado que:

"De ésta forma, el Tribunal de arbitramento carece de jurisdicción cuando el pacto arbitral no existe o cuando el asunto o materia que se somete a la decisión de los árbitros no es de aquellos que autoriza la ley que sean resueltos en sede de arbitraje.

Por su parte y en desarrollo del principio de habilitación que rige en materia de arbitramento, el Tribunal carece de competencia cuando se

^{7 7} Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 21 de julio de 2005, Mag. Pte. Dr. Edgardo Villamil Portilla, Rad. 11001-02-03-000-2004-00034-01.

⁸ Cárdenas Mejía, Juan Pablo, *ob. cit.*, Pág. 278.

pronuncia sobre algún asunto que por voluntad de las partes no se encontraba sometido a su decisión”⁹. (Negrilla propia de esta Sala).

De las anteriores premisas y como ya se había expuesto en los acápites precedentes, se sienta y se itera que, en el evento que se discuta la falta de competencia del laudo al haber traspasado los linderos del pacto arbitral previamente delimitado por las partes, deberá encausarse la anulación a través de las reglas que impera el numeral 2° del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

4.2.1. *Ab initio*, importa precisar que la accionante, revelando cierto grado de confusión y desatendiendo la técnica jurídico-procesal requerida en trámites de este linaje, también invocó la causal establecida en el numeral 1° del nombrado artículo 41 del Estatuto Arbitral, en las modalidades de inexistencia e inoponibilidad, sin embargo, en absoluto se relacionan con los argumentos esbozados, debido que, la primera de ellas, respecta a la celebración del acto *“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”*¹⁰, en conformidad con el canon 898 del Código de Comercio, y, la segunda, refiere al *“caso de que el pacto arbitral haya sido suscrito por una persona actuando como apoderado de otra, pero sin tener la facultad de celebrar un compromiso”*¹¹.

Siguiendo el orden de lo antedicho, esta Corporación prescindirá de emitir deliberación en lo que a dicha casuística atañe, teniendo en cuenta la notoria improcedencia que refule para el caso concreto.

4.2.2. El fundamento toral de la presente sección, radica en la supuesta falta de competencia que detenta la justicia arbitral, en tanto, en consideración del expositor, la providencia *“hace prevalecer el Reglamento de Colocación de Acciones sobre lo pactado expresamente en el mismo texto de Accionistas”*, dejando a un lado la interpretación sistémica que debía efectuarse entre la cláusula 17.2 denominada *“Cláusula Compromisoria”* y la cláusula 19.4 que se tituló *“Prevalencia del Acuerdo de Accionistas”*, esta que, en su tenor literal, transcribe: *“Cualquiera de los pactos contenidos en el presente Acuerdo prevalecerá entre los Accionistas, incluso por encima del redactado en los Estatutos”* y también: *“la totalidad de los artículos de los Estatutos de la Compañía deberán ser interpretados a la luz del presente Acuerdo”*, de lo que deviene, según la alegación, que debía escudriñarse

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, providencia del 13 de abril de 2015, Mag. Pte. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Rad. 11001-03-26-000-2014-00162-00 (52556).

¹⁰ Cárdenas Mejía, Juan Pablo, *Módulo Arbitraje Nacional e Internacional*, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio, Colombia, 2019, Pág. 111.

¹¹ Cárdenas Mejía, Juan Pablo, *Ibidem*, Pág. 112.

de forma panorámica el acuerdo de accionistas y, de ahí, valorar el incumplimiento contractual de la convocada.

Pese a todo el esfuerzo retórico, este debe escatimarse en vista de la improcedencia para erigir este cargo, a consecuencia de que, como requisito de procedibilidad, la norma reclama que esta causal solo pueda invocarse *“si el recurrente hizo valer los motivos constitutivos de [ella] mediante recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia”*, lo cual, efectivamente, nunca aconteció, de manera como lo evidencia el acta No. 07 del 29 de mayo de 2019, emanado del Tribunal de Arbitramento adscrito al Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cali ¹².

Al respecto, el alto tribunal administrativo ha desarrollado el alcance del requisito de procedibilidad para alegar la falta de competencia en esta sede, al aducir que:

“La Ley 1563 de 2012 estableció la falta de competencia y de jurisdicción del Tribunal de Arbitramento como causal autónoma de anulación del laudo arbitral, causal que se fijó en consonancia con el principio kompetenz kompetenz, el cual tiene fundamento legal expreso en el artículo 29 de la Ley 1563 de 2012, a cuyo tenor «[e]l tribunal de arbitraje es competente para resolver sobre su propia competencia y su decisión prevalece sobre cualquier otra proferida en sentido contrario por un juez ordinario o contencioso administrativo. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el recurso de anulación».

*En efecto, teniendo en cuenta el principio de Kompetenz Kompetenz, el Tribunal Arbitral (i) define su propia competencia; (ii) su decisión en ese sentido prevalece, en un comienzo, frente a las decisiones de los demás operadores judiciales, y (iii) **cualquier cuestionamiento al respecto se debe formular primeramente frente a éste.** De esta manera, el numeral 2 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 indicó que «la falta de jurisdicción o de competencia» es una causal de anulación, pero, **en respeto del referido principio, estableció que únicamente puede ser alegada por el extremo del litigio que recurrió la competencia o la jurisdicción del Tribunal de Arbitramento en la primera audiencia de trámite -artículo 30 ibídem**”.* (Destaca la Sala).

Por tanto, la configuración de la causal en comento pende de haberse hecho saber la misma inconformidad al Tribunal de Arbitramento mediante recurso de reposición en contra de su decisión de declararse competente, carga que, ciertamente, no realizó el interesado en la primera audiencia de trámite; ese acto jurisdiccional, era el momento oportuno para discutir la competencia que aquí se cuestiona, así que, si no se hace

¹² Cuaderno No. 1.2., folio No. 234.

de tal forma, se entiende aceptada y se torna inmodificable, con la finalidad de garantizar el principio *kompetenz kompetenz*, en beneficio de la estabilidad jurídica, el debido proceso de las partes, la lealtad procesal y el principio de buena fe.

Como consecuencia de no haber previamente impugnado la competencia que habían aprehendido los árbitros, cierto es, en la oportunidad legal establecida, de plano no resulta factible acceder al pedimento, debiendo negarse por improcedente.

4.2.3. Si en gracia de discusión se hubiere superado la exigencia de procedibilidad, de cualquier manera, el discurso que arenga no es suficiente para abolir la competencia de los árbitros, por el razonamiento que a continuación se proveerá.

La arquitectura jurisprudencial que ha servido de criterio auxiliar en la labor de administrar justicia, ha patentado que la cláusula compromisoria no debe examinarse de forma huérfana con el acto jurídico que la contiene, máxime cuando, en estricto sentido, no fija en detalle las discordias arbitrables, pues, desde luego, estas emergen de forma incierta, consiguientemente, entra en órbita cualquier conflicto que esté directamente relacionado con el objeto del contrato matriz. El Consejo de Estado ha puntualizado que:

*“[C]uando en la cláusula compromisoria no se delimita el campo o materias de su aplicación, esto es, que no se especifican las controversias y desacuerdos que han de someterse al conocimiento de los árbitros, **válidamente debe entenderse que la cláusula compromisoria se extiende, en principio, a los conflictos que tengan, directa o indirectamente, relación con el contrato que le sirvió de fuente**”¹³.*

Se colige de lo anterior que, ante la ausencia de demarcación en cuanto al objeto del pacto arbitral, *“debe de partirse de la base que el mismo se refiere a todas las materias que pueden ser objeto del pacto arbitral, pues ante la duda entre validez e invalidez, el principio del efecto útil de las estipulaciones contractuales impone inclinarse por aquella interpretación que otorgue validez al pacto contractual”*¹⁴. De ser así, carece de sustento proclamar falta de competencia, pues, de consuno, dejaron abierta la posibilidad de solucionar toda problemática y, en efecto, inspeccionar componentes que, por su naturaleza, se relacionan directa o indirectamente.

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, providencia del 23 de febrero de 2000, Mag. Pte. Dr. Germán Rodríguez Villamizar, Rad. 16394.

¹⁴ Cárdenas Mejía, Juan Pablo, *Estatuto Arbitral Colombiano, Análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012*, Legis Editores S.A., Colombia, 2013, Pág. 278.

Descendiendo al acuerdo de accionistas y en dirección a la cláusula compromisoria, menester es la transcripción integral de la arandela convencional:

*“Salvo por el cobro de la cláusula penal por intermedio del proceso ejecutivo o de cualquier otro título ejecutivo derivado del presente Acuerdo (en cuyo caso se podrá acudir a la jurisdicción ordinaria), **las Partes acuerdan expresamente que toda controversia o diferencia relativa a este Acuerdo o que tenga relación con el mismo, se resolverá por un Tribunal de Arbitramento ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cali** de acuerdo con las siguientes reglas:*

(a) El Tribunal estará integrado por tres (3) árbitros, de los cuales cada Parte designara (sic) uno, quedando el tercero bajo la modalidad de sorteo, dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha en que cualquiera de ellas solicite por escrito a la otra tal designación.

(b) El Tribunal decidirá en derecho.

(c) El Tribunal sesionará en las instalaciones del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cali y de acuerdo con el reglamento de dicho Centro.

(d) La organización interna, tarifas y honorarios del tribunal se sujetarán a las reglas previstas para el efecto por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cali.

(e) Cada parte asumirá los costos y gastos que demande su representación ante el tribunal arbitral que se conforme para la solución de la correspondiente disputa”. (Recalca esta Corporación).

Este Tribunal entiende que la cláusula compromisoria, en virtud del principio de habilitación, otorgó competencia a los particulares investidos de jurisdicción para que definieran cualquier problemática derivada del acuerdo de accionistas, inclusive, los demás actos que tienen relación con él. De hecho, no encuentra ninguna restrictiva que impida acceder al conocimiento de los factores que dieron origen al acuerdo de voluntades, aun más, ni siquiera el enunciado numeral 19.4 tiene la virtualidad de circunscribir el eventual pleito a lo aisladamente manifestado en el acuerdo controvertido, dado que, desdiciendo el tendencioso argumento del recurso, este no es germen de competencia, sino que constituye un componente de interpretación *infra* legal.

Al hilo de lo antepuesto, el juez arbitral estaba habilitado para remediar el asunto hurgando las actuaciones pasadas de la etapa precontractual, en

donde se encuentra que el reglamento de colocación de acciones es imprescindible en la interpretación del acuerdo de accionistas, en mérito a que desentrañaba cuál era el sentido que debía dársele a ciertas cláusulas (especialmente a la cláusula 6° que consiste en la “*Adquisición, Pago y Registro de Acciones*”). Por lo demás, tampoco es cierto que se haya dejado a un lado el iterado acuerdo, pues se avizora que las consideraciones se estructuran bajo el marco del incumplimiento contractual demandado, en la forma y plazos pactados, entrando dicho reglamento a reforzar algunas de las múltiples razones ofrecidas, lo que, a final de cuentas, armonizaba con el contrato principal.

Y es que, desde el punto de vista sustancial, el juez debe buscar el espíritu del contrato, es decir, la verdadera voluntad de quienes resultan involucrados en un acto negocial, en respeto a las reglas hermenéuticas de interpretación que prevén los artículos 1618 y siguientes del Código Civil, así como otras previsiones del Código de Comercio, siempre que el contrato sea de índole mercantil, *verbi gratia*, el artículo 871. Huelga evocar los considerandos que, sobre el objeto de estudio, ha brindado la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia:

“«En numerosas ocasiones la Corte ha precisado que la interpretación de los contratos -en línea de principio rector- es tarea confiada a la ‘...cordura, perspicacia y pericia del juzgador’ (CVIII, 289), a su ‘discreta autonomía’ (CXLVII, 52), razón por la cual, el resultado de ese laborío ‘no es susceptible de modificarse en casación, sino a través de la demostración de un evidente error de hecho’ (CXLII, 218 Cfme: CCXL, 491, CCXV, 567).

Sin embargo, a ello no le sigue que el sentenciador, per se, tenga plena o irrestricta libertad para buscar la communis intentio de los contratantes, sino que debe apoyarse en las pautas o directrices legales que se encaminan, precisamente, a guiarlo en su cardinal tarea de determinar el verdadero sentido y alcance de las estipulaciones de las partes, de modo que pueda descubrir la genuina voluntad que, otrora, las animó a celebrar el contrato y a identificar, en la esfera teleológica, la finalidad perseguida por ellas, en concreto en lo que concierne al establecimiento de las diversas estipulaciones que, articuladas, integran el contenido contractual, objeto de escrutinio por parte de su intérprete.

(...) Ahora bien, el criterio basilar en esta materia –más no el único, útil es memorarlo- es, pues, el señalado en el artículo 1618 del Código Civil, según el cual, «conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras», en cuya puesta en práctica sirve de fundamento, entre otras pautas o reglas, la prevista en el inciso final del artículo 1622 ib., a cuyo tenor las cláusulas de un contrato se interpretarán «por la aplicación práctica que

hayan hecho ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra».

Esa búsqueda –o rastreo ex post- de la intención común, por lo demás, no debe ser erradicada por el hecho de que las palabras usadas por los contratantes reflejen, prima facie, claridad y precisión, pues no hay que olvidar que si la voluntad común de las partes es diferente y se conoce, a ella hay que plegarse más que al tenor literal, el que, in radice, en precisas circunstancias, puede llegar a eclipsar y, por ende, desfigurar, la verdadera voluntad de los convencionistas, ratio medular del laborío hermenéutico. No en vano, como bien lo señala la antigua máxima, «la letra mata, y el espíritu vivifica».

El mismo artículo 1622 –ya citado- sienta otras reglas más de acentuada valía, como aquella que prevé que «las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad», en clara demostración de la relevancia que tiene la interpretación sistemática y contextual, brújula sin par en estos menesteres.

O, en fin, la contemplada en el artículo 1621, que dispone que cuando no aparezca «voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato», sin dejar de tener su propia fuerza y dinámica, en veces definitiva para casos específicos, la asentada en el artículo 1620, según la cual, ‘«el sentido en que una cláusula pueda producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno», lo que significa que si la interpretación de una cláusula puede aparejar dos sentidos diversos, uno de los cuales le restaría –o cercenaría- efectos, o desnaturalizaría el negocio jurídico, dicha interpretación debe desestimarse, por no consultar los cánones que, de antiguo, estereotipan esta disciplina.

Todas estas directrices, en últimas, tienen el confesado propósito de evidenciar la común voluntad de los extremos de la relación negocial, lo mismo que fijar unos derroteros enderezados a esclarecer la oscuridad o falta de precisión que, in casu, puede presentar el texto contractual, bien desestimando interpretaciones que, inopinada o inconsultamente, conduzcan a privar de efectos a la cláusula objeto de auscultación, ya sea otorgándole relevancia a la naturaleza del contrato, bien interpretándolo de modo contextual, esto es, buscando armonía entre una cláusula y las demás, etc.

Por eso la Corte, en jurisprudencia reiterada, ha resaltado que «Si la misión del intérprete,.... es la de recrear la voluntad de los extremos de la relación contractual, su laborío debe circunscribirse, únicamente, a la consecución prudente y reflexiva del aludido logro, en orden a que su

valoración, de índole reconstructiva, no eclipse el querer de los convencionistas» (cas. civ. 14 de agosto de 2000, exp. 5577). De allí que «la operación interpretativa del contrato parta necesariamente de un principio básico: la fidelidad a la voluntad, a la intención, a los móviles de los contratantes. Obrar de otro modo es traicionar la personalidad del sujeto comprometida en el acto jurídico, o en otros términos, adulterar o desvirtuar la voluntad plasmada en él» (CCLV, 568).

A lo anterior se agrega que, tratándose de contratos mercantiles, el juzgador no puede circunscribir su atención exclusivamente a las precitadas reglas hermenéuticas, todas ellas establecidas en el Código Civil, pero aplicables a los negocios jurídicos de esa estirpe, por la integración normativa que dispone el artículo 822 del Código de Comercio, sino que debe igualmente atender los principios – o directrices- que, de manera especial, consagra esta última codificación, entre ellos, por vía de ejemplo, el que aparece entronizado en el artículo 871, conforme al cual, «los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe, y en consecuencia, obligarán no sólo a lo estipulado expresamente en ellos, sino además a todo lo que corresponde a su naturaleza, según la ley, la costumbre o la equidad natural», o el que recoge el artículo 835, que ordena presumir esa buena fe, aún la exenta de culpa» (Sent. Cas. Civ. 28 de febrero de 2005, Exp. No. 7504)”¹⁵. (Negrilla fuera del texto original).

4.2.4.- En suma, no hay lugar a la invalidación del laudo con apoyo en el cargo referente a la competencia motejada, por lo tanto, se declarará infundado el mismo.

4.3.- La tercera y última causal clamada gira en torno a “*haberse dejado de practicar una prueba decretada*”, en conformidad con el numeral 5° de la Ley 1563 de 2012.

Para que haya prosperidad del cargo, la jurisprudencia y la doctrina han aguzado la necesidad de que se cumplan tres (3) presupuestos, estos son: (i) una negativa sin fundamento legal en el decreto o en la omisión en la práctica de prueba, (ii) que la misma se haya invocado oportunamente por medio de recurso y (iii) que la omisión pudiera tener incidencia en la decisión.

Acerca del tema, impone relieves que las pruebas son un conjunto de razones o motivos que producen el convencimiento o la certeza del juez respecto de los hechos sobre los cuales debe proferir su decisión, obtenidos por los medios y procedimientos que la ley autoriza. Considerada la prueba como se ha dicho, es claro que esta debe gozar de

¹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 03 de octubre de 2013, Mag. Pte. Dra. Margarita Cabello Blanco, Rad.

eficacia jurídica, además que debe estar acompañada de pertinencia, conducencia y utilidad.

No puede ignorarse, que la ley adjetiva impone a las partes en el proceso ciertas cargas, de las cuales la más conocida es la de la prueba, aunque ciertamente no es la única, dado que paralelamente obran otras como la de cumplir con los requisitos exigidos para que puedan decretarse y practicarse algunos medios probatorios cuyo incumplimiento le acarrea al que la pide una consecuencia adversa, puesto que su solicitud no tendrá respuesta favorable.

Ha de tenerse en cuenta, que en el modo de pedir, ordenar y practicar las pruebas se exigen ciertos requisitos consagrados en la norma procesal que constituyen una ordenación legal, una ritualidad de orden público, lo que significa que son reglas imperativas y no supletivas, es decir, son de derecho estricto y de obligatorio acatamiento no sólo por las partes sino por el juez quien como director del proceso, debe garantizar, en aras del derecho de defensa de los extremos en contienda, los principios generales de la contradicción y publicidad de la prueba, y en este sentido, debe sujetarse a las exigencias consagradas en los ritos procedimentales para cada una de las pruebas que se pidan.

4.3.1.- En el presente asunto, el Tribunal de Arbitraje se abstuvo de practicar parcialmente la exhibición de documentos que relaciona la parte convocante¹⁶, luego de resolver favorablemente la oposición a dicha diligencia que, en sus instalaciones y surtiendo la inspección judicial, propuso la sociedad GIT Masivo S.A., en consideración a que la entidad inspeccionada tenía la calidad de tercero en la *litis* y los pliegos refutados estaban sujetos a reserva.

De entrada, se tiene por satisfecho el requisito de procedibilidad, permitiendo ahondar en la incidencia que el elemento de juicio tiene sobre la decisión y en el análisis del fundamento legal que impidió la práctica de esa prueba, visto que la sociedad libelista propuso recurso de reposición contra la actuación judicial criticada.

Empero, aun sin valorar el acierto o no de las razones legales que desembocaron en la supresión parcial de la práctica probatoria descrita, avizora esta Sala que el medio probatorio no luce necesario o imprescindible para esclarecer o verificar los hechos debatidos y, su deliberada omisión o ausencia no revisten la trascendencia para alterar la *sindéresis* del juzgador.

De las piezas procesales examinadas refulge que la finalidad de la prueba dejada de practicar era darle veracidad al *“informe de SINERVAL y la*

¹⁶ Cuaderno No. 1.3., folios Nos. 43 a 48.

obstaculización que se había realizado al derecho de inspección”, amén que el plenario certifica la comprobación de los hechos a la cual estaba destinada e, incluso, reposan más que suficientes medios de existencia que le trasladan el convencimiento absoluto al juez para formar su juicio.

En antítesis de los supuestos que inicialmente presentó la sociedad querellante, quedaron en evidencia los protuberantes errores de postulación, algunos de lógica elemental, en que incurrió el dictamen pericial en mientes, que, junto a la densa documentación incorporada, despejaron los reparos que dieron pie a la demanda, como lo fueron el verdadero sentido del contrato, la imposibilidad de suscribir acciones por debajo del valor nominal, el número de acciones suscritas, la compensación resultante de la diferencia entre el valor nominal y el valor intrínseco de la acción, la cuantía de la misma, el plazo y las modalidades de pago, la suma honrada al adeudo, la destinación de las facturas censuradas, etc.

No se puede soslayar que, además, al estar el libelo conformado por relatos difusos, es dispendioso aprehender cuál suceso pretende dilucidar el remanente de prueba, razón por la cual, no puede el operador judicial secundar, de forma ligera y oficiosa, la legalidad, la conducencia, la pertinencia y la utilidad que no vigorizó el recurrente, toda vez que iría en contra de importantes principios de la actividad judicial.

Asimismo, en virtud del principio de libertad probatoria, los modos de inejecución del contrato que supuestamente acaecieron en cabeza de la enjuiciada, pudieron verificarse por los diversos medios de prueba que solicitaron los participantes, en virtud de lo consagrado armónicamente en los artículos 165 y 167 del Código General del Proceso, sin que la exhibición de documentos sea *per se* la señal por excelencia para llegar a la verdad absoluta que incida en la decisión judicial, como si se tratase de prueba tarifada.

Así las cosas, deviene inútil practicar el faltante de la exhibición documental solicitada, porque el servicio que pueda llegar a prestar se reemplaza con otros elementos, entonces, no tendría la contundencia suficiente con la que pueda disuadir el criterio del laudo. Sobre el particular, el doctrinante Jairo Parra Quijano ha ilustrado las hipótesis en que pueden configurarse la inutilidad de la prueba como un factor para su descalificación:

*“Los casos de inutilidad son: a) Cuando se llevan pruebas encaminadas a demostrar hechos contrarios a una presunción de derecho, esto es, de las llamadas jure de jure, las que no admiten prueba en contrario. b) Cuando se trata de demostrar el hecho presumido sea por presunción jure de jure o juris cuando no se está discutiendo aquel. c) **Cuando el***

hecho está plenamente demostrado en el proceso y se pretende con otras pruebas demostrarlo. d) Cuando se trata de desvirtuar lo que ha sido objeto de juzgamiento y que ha hecho tránsito a cosa juzgada; o en el evento en que se trata de demostrar, con otras pruebas, lo ya declarado en la sentencia que ha hecho tránsito a cosa juzgada”¹⁷. (Reluce esta Sala).

Surge irrefutable, entonces, que, en tratándose del recurso extraordinario de anulación, está a cargo del recurrente la demostración acerca de la utilidad o, como lo dice la propia norma, de la incidencia que la prueba dejada de practicar tenga sobre el laudo, so pena que sea desechada por el sentenciador. Cabe memorar que este tópico ya ha sido despachado por el Consejo de Estado, al determinar que:

“[D]ebe acreditarse la incidencia de la prueba omitida en la decisión adoptada en el laudo, esto es, su carácter de determinante en la solución del conflicto, o sea, su virtualidad para demostrar la existencia de un hecho litigado que dé origen a un derecho, en tanto «no basta que las pruebas pedidas por las partes cumplan con el requisitos de conducencia y pertinencia, es necesario que sean eficaces al punto que produzcan en el juez o en el árbitro, el convencimiento que necesita para decidir». Finalmente, la demostración de estos aspectos corre por cuenta del recurrente en el trámite del recurso extraordinario”¹⁸. (Resaltado propio).

De forma paralela y siguiendo esa secuencia lógica, para la Corte Suprema de Justicia resulta frustráneo revivir un debate cuando no aflore palmaria la trascendencia de la prueba omitida en la proyección del proveído, por lo que ha considerado que la pretermisión *per se* no constituye un error de hecho. Textualmente, esa Corporación señala la importancia de destacar el desbarro probatorio del juzgador, a tal punto que refulja *“el carácter evidente o protuberante del yerro”¹⁹* al contrastarlo con los elementos de juicio desatendidos. De ese modo, el cuerpo colegiado ha condicionado el éxito del recurso de cariz análogo en que:

“Al denunciar el yerro fáctico, al impugnante le corresponde singularizarlo e identificar los medios de convicción sobre los cuales recayó, y demostrar de qué manera se generó la supuesta preterición o cercenamiento, lo que se advierta de manera manifiesta, de tal suerte

¹⁷ Parra Quijano, Jairo, *Manual de derecho probatorio*, Librería Ediciones del Profesional, Ed. 16, Bogotá, 2007, Págs. 156 y 157.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, providencia del 03 de febrero de 2010, Mag. Pte. Dra. Ruth Stella Correa Palacio, Rad. 11001-03-26-000-2009-00017-00(36364).

¹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia SC2275-2018 del 22 de junio de 2018, Mag. Pte. Dra. Margarita Cabello Blanco, Rad. 11001-31-03-029-2006-00068-01.

que la valoración realizada se muestre absurda, alejada de la realidad del proceso o sin ninguna justificación”²⁰.

A riesgo de ser reiterativos, en la labor demostrativa y argumentativa del censor, no se explica cuál es el error mayúsculo en que tropieza la asunción probatoria del juez arbitral, asimismo, tampoco se expone, de manera que sea palmaria, cómo puede tener relevancia la exhibición de documentos frente a los demás elementos probatorios; en contraste, advierte este estrado que la claridad que ofrecen los hechos en que se fundó la decisión judicial atacada, hace innecesaria, inútil, intrascendente y, aun, inocua la práctica del citado instrumento procesal que el recurrente echa de menos.

Por último, no se puede perder de vista que, en nuestra regulación procesal, el principio de la necesidad de la prueba rige como punto cardinal en la labor instructoria del juez, por lo que, sumado a su sana crítica, podrá calificar el mérito de cada una de las pruebas regular y oportunamente allegadas; este axioma permite prescindir de la práctica de aquellas que no cumplirían ninguna función, en tanto los hechos que las relacionan ya se encuentran completamente esclarecidos o comprobados. Ejemplo de ello, por antonomasia, es la facultad que tiene el juzgador en la audiencia inicial, tal como lo permite el numeral 10° del artículo 372 del Código General del Proceso, pudiendo aplicarse análogamente a diferentes escenarios, pues, de otra manera, iría en contra de la economía y la celeridad procesal que enviste el enjuiciamiento civil.

4.3.2.- Colofón de lo expuesto, la omisión endilgada en la práctica probatoria no tiene trascendencia para modificar el criterio que adoptó el ente arbitral, lo que, de suyo, sella la suerte adversa de este remedio extraordinario.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en Sala de Decisión Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

1.- **DECLARAR** infundado el recurso de anulación elevado frente al laudo proferido por el Tribunal de Arbitramento del Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de esta ciudad, el día 28 de noviembre de 2019, para dirimir la

²⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Auto AC582-2020 del 25 de febrero de 2020, Mag. Pte. Dr. Ariel Salazar Ramírez, Rad. 11001-31-10-020-2017-01009-01.

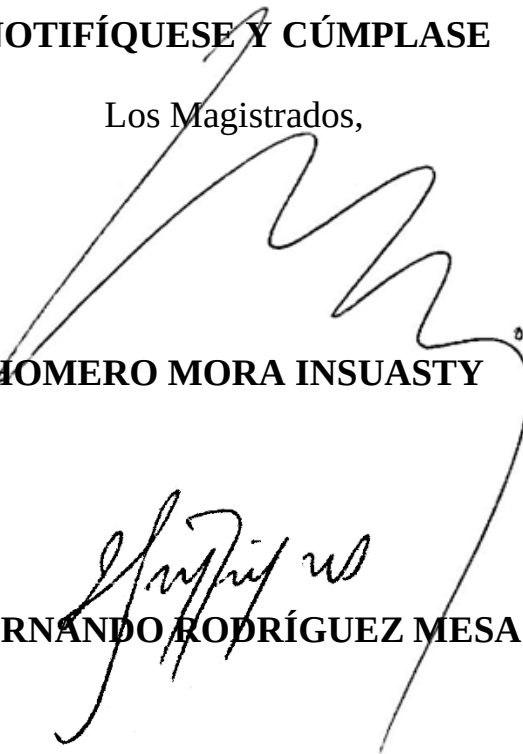
controversia surgida entre Transportes Futuro del Valle S.A. - Transfuvalle S.A. y Sistemas Operativos Móviles S.A. – Somos K S.A.

2.- **CONDENAR** en costas al recurrente en la suma de \$10.000.000.oo.

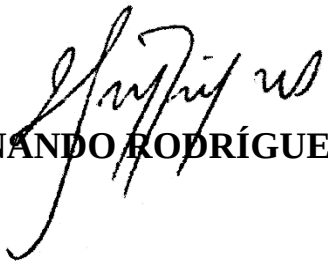
3.- **DEVOLVER** el expediente a la dependencia de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



HOMERO MORA INSUASTY



HERNANDO RODRÍGUEZ MESA



CARLOS ALBERTO ROMERO SÁNCHEZ