

Tribunal de Arbitramento
Cementos Hércules S.A. – en liquidación–
v.
Cementos Andino S.A.
Septiembre 20 de 2000
LAUDO ARBITRAL

CAPÍTULO I
ANTECEDENTES DEL TRÁMITE ARBITRAL

1. El 21 de agosto de 1998, se suscribió entre la sociedad Cementos Hércules S.A. – en liquidación – en su calidad de vendedora, de una parte y Gilberto Santos y Armando Santacoloma, como compradores, de la otra, un convenio que denominaron “CONTRATO DE COMPRAVENTA DE ACTIVOS FIJOS”.
2. El 16 de diciembre de 1998 los derechos y obligaciones en ese contrato fueron cedidos por los compradores a la sociedad Cementos Andino S.A.
3. En la cláusula décima séptima del contrato se estipuló que:
“Todas las diferencias o discrepancias que surjan entre las partes, al igual que las diferencias o discrepancias en relación con los costos y reclamaciones, que no puedan ser solucionadas directamente por las partes, serán sometidas a la decisión de un tribunal de arbitramento compuesto por tres (3) árbitros designados por la Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá D.C. Los árbitros deberán ser abogados titulados e inscritos y el laudo deberá proferirse en derecho. El tribunal sesionará y decidirá en la ciudad de Santafé de Bogotá, conforme a las reglas del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá D.C.”.
4. El 23 de abril de 1999 y con base en la citada cláusula, la sociedad Cementos Hércules S.A. -en liquidación-, por medio de apoderado, presentó solicitud de convocatoria de Tribunal de arbitramento ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, con el de dirimir el conflicto suscitado con Cementos Andino S.A. respecto del contrato de compraventa de activos ya mencionado.
5. El 24 de mayo del mismo año, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá admitió la solicitud de convocatoria de Tribunal de arbitramento y procedió a notificar el auto admisorio de esa solicitud a la sociedad Cementos Andino S.A., corriéndole traslado de la demanda, según lo previsto por el artículo 428 del Código de Procedimiento Civil.
6. El 22 de junio siguiente, mediante apoderado judicial, Cementos Andino S.A. contestó la demanda ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y propuso excepciones perentorias.
7. En esa misma fecha la sociedad Cementos Andino S.A. presentó demanda de reconvenición contra la sociedad Cementos Hércules S.A. –en liquidación– la cual fue admitida por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, el 28 de junio de 1999 y de la que se corrió traslado conforme al artículo 400 del Código de Procedimiento Civil.

8. El 15 de julio de 1999 la sociedad Cementos Hércules S.A. –en liquidación– contestó la demanda de reconvención en la que propuso excepciones perentorias. Igualmente en esta fecha reformó la demanda inicial.

9. El 19 de julio de 1999 la Cámara de Comercio admitió la reforma de la demanda y le corrió traslado de ella a Cementos Andino S.A. conforme al artículo 89 del Código de Procedimiento Civil.

10. El 2 de agosto de 1999 la sociedad Cementos Andino S.A. contestó la reforma de la demanda inicial.

11. El 12 de agosto de 1999 la sociedad Cementos Andino S.A. describió el traslado de las excepciones perentorias propuestas por Cementos Hércules S.A. –en liquidación– a la demanda de reconvención.

12. El 6 de septiembre de 1999 ante el Director del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, tuvo lugar la audiencia de conciliación, en la cual no se llegó a acuerdo sobre los puntos objeto de controversia.

CAPÍTULO II EL PROCESO

• DEMANDA Y SU REFORMA

Hechos en que se sustenta la demanda y su reforma

Los hechos de la demanda y su reforma (folios 173 a 218 del cuaderno principal) son:

El 21 de agosto de 1998, mediante documento privado, la compañía Cementos Hércules S.A. –en liquidación–, en calidad de vendedora, celebró con los señores Gilberto Santos y Armando Santacoloma un contrato que denominaron de compraventa de activos fijos.

Los bienes objeto de ese contrato fueron unos inmuebles y unos equipos ubicados en el municipio de San Gil, tal y como se encuentran relacionados en los folios 191 a 206 del cuaderno principal N° 1.

Cementos Hércules S.A. –en liquidación– entregó a los compradores los citados bienes, el día 10 de septiembre de 1998.

A cambio de ello los compradores se comprometieron a pagar la suma de \$3.000.000.000.

El contrato de compraventa referido fue cedido por los compradores a la sociedad Cementos Andino S.A., el 16 de diciembre de 1998.

Al decir del demandante, las partes del contrato nunca otorgaron escritura pública para el perfeccionamiento de la compraventa de los bienes inmuebles, y por tanto el documento privado en el que consta la venta adolece de nulidad absoluta.

En la cláusula décima primera de esa convención se estipuló que el 26 de febrero de 1999, a las 10:00 a.m. habría de otorgarse, en la notaría 45 del círculo de Bogotá, la escritura que protocolizaría el contrato.

Conforme a lo manifestado en la demanda, si el contrato no es nulo absolutamente se encuentra incumplido por parte de Cementos Andino S.A., como consecuencia de no haber comparecido a la Notaría 45, el día y la hora señalados.- Adicionalmente al incumplimiento mencionado, la parte demandante considera que los compradores

incumplieron una obligación adicional, consistente en solicitar al Instituto de Fomento Industrial – IFI – un nuevo crédito para cancelar o subrogarse en las obligaciones que Cementos Hércules S.A. – en liquidación – tenía con esa entidad.

Igualmente se atribuye a la demandada el incumplimiento de la obligación de pignorar, en favor de Cementos Hércules S.A. – en liquidación –, el 60% del valor de las acciones (sic) de la sociedad TREMIX LTDA.–, como garantía del pago del precio. También se manifiesta en la demanda que se incumplió por parte de Cementos Andino S.A., la obligación consistente en abstenerse de vender cemento o clínquer durante un período de 10 años en el área denominada “Guanentina”, del departamento de Santander.

Conforme al dicho del demandante, si el Tribunal considera que el contrato en comento es una promesa de compraventa, este adolecería igualmente de nulidad absoluta porque “no contiene la época ni la notaría donde se otorgaría la ESCRITURA PÚBLICA para perfeccionar el CONTRATO DE COMPRAVENTA DE LOS BIENES INMUEBLES”, ya que la antecitada cláusula décima primera se refiere a “la escritura pública que protocoliza” el contrato de compraventa, obligación totalmente distinta a la de celebrar un contrato de compraventa.

Por otro lado, la convocante considera igualmente que el contrato de compraventa adolece de nulidad absoluta por causa ilícita, toda vez que se efectuó una conmutación pensional violando el Decreto 1572 de 1973.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y DE SU REFORMA

En cuanto a los hechos de la demanda y su reforma

La sociedad Cementos Andino S.A., al contestar la demanda y su reforma (folios 57 a 128 y 220 a 223 del cuaderno principal No. 1) rechazó algunos hechos, admitió otros como ciertos o parcialmente ciertos, y frente a algunos manifestó estar a lo que se pruebe.

Excepciones

Con la contestación de la demanda y de su reforma, la sociedad Cementos Andino S.A. propuso las siguientes excepciones de mérito, de acuerdo con los fundamentos de derecho que allí mismo se esgrimieron:

Falta de causa

Ausencia de hechos fundantes

Actuación legítima del demandado

La excepción genérica

DEMANDA DE RECONVENCIÓN Y SU REFORMA

Hechos en que se sustenta la demanda y su reforma

Los hechos de la demanda de reconvencción y su reforma (folios 324 a 389 del cuaderno principal No. 1) pueden resumirse así:

La Compañía de Cementos Hércules S.A. operadora de una planta de cemento en San Gil Santander fue declarada disuelta y en estado de liquidación el 19 de febrero de 1998. El 12 de junio del mismo año la asamblea de accionistas de esa empresa autorizó al liquidador para negociar los activos.

El 21 de agosto de 1998 los señores Gilberto Santos y Armando Santacoloma celebraron con Cementos Hércules S.A. – en liquidación – un contrato denominado “CONTRATO DE COMPRAVENTA DE ACTIVOS FIJOS”, cuyo objeto era la venta de los bienes detallados en los folios 365 a– 383 del cuaderno principal No. 1.

El valor del contrato se acordó en la suma de \$ 3.000'000.000 pagaderos en la forma detallada en la cláusula segunda del mismo.

Igualmente se obligaron los compradores, como parte del precio, a asumir las mesadas pensionales de la demandante y las obligaciones que esta tenía con el IFI.

El 10 de septiembre de 1998, Cementos Hércules S.A. – en liquidación – entregó a los compradores los bienes objeto del contrato y a partir de esa fecha asumieron el pago de las mesadas de los pensionados de Cementos Hércules S.A. y de las obligaciones que dicha compañía tenía con el IFI.

El 13 de noviembre de 1998 se constituyó la sociedad Cementos Andino S.A. a quien le fueron cedidos los derechos de los compradores en ese contrato.

El 17 de noviembre de 1998 la actora cedió a Cementos Andino S.A. la licencia ambiental para la operación de la planta de San Gil.

En enero de 1999 Cementos Andino S.A. inició sus labores de producción en esa planta.

En el mismo mes la demandada solicitó un préstamo para el pago de la deuda que Cementos Hércules S.A. – en liquidación – tenía con el IFI.

El 26 de febrero de 1999, al decir de la demandada, Cementos Hércules S.A. – en liquidación – se negó a otorgar la escritura pública que las partes habían acordado para la protocolización de la compraventa a que se viene haciendo mención.

El 24 de febrero de ese mismo año, el señor Armando Santacoloma, encargado de la firma de la escritura pública a nombre de Cementos Andino S.A., propuso al señor Ricardo Ronderos, de Cementos Hércules S.A. –en liquidación–, la posibilidad de trasladar la firma de la escritura pública de las 10:00 a.m. a las 3:00 p.m., propuesta que según la parte convocada fue aceptada por el señor Ronderos.

A pesar de que Cementos Andino S.A. preparó todo lo necesario para la firma de la escritura pública a las 3.00 p.m., el señor Ricardo Ronderos se presentó a las 10:00 a.m. en la notaría, tal como se registra en el hecho 20 de la demanda de reconvenición.

Una funcionaria de la notaría procedió entonces a informar ese hecho a Cementos Andino S.A. ante lo cual el señor Armando Santacoloma tuvo que dirigirse rápidamente a la notaría 45.

Al llegar el señor Santacoloma a esa notaría, encontró un acta de testimonio especial de comparecencia en la que constaba la asistencia del señor Ricardo Ronderos, liquidador suplente de Cementos Hércules S.A. – en liquidación –, con el específico objeto de dar cumplimiento al contrato de agosto 21 de 1998.

El señor Santacoloma procedió entonces a levantar dos actas de testimonio especial de comparecencia, una a las 12:00 m y otra a las 3:00 p.m.

Ante lo sucedido el señor Santacoloma remitió el 5 de marzo de 1999, una comunicación al liquidador de Cementos Hércules S.A. – en liquidación – manifestando su sorpresa e indignación y proponiéndole proceder de inmediato a la firma de la escritura, en los mismos términos convenidos.

Esa comunicación fue respondida el 15 de marzo por Cementos Hércules S.A. – en liquidación –, negando cualquier acuerdo verbal sobre el cambio de hora para la firma de la escritura pública y rechazando la propuesta.

Por lo anterior, para Cementos Andino S.A., la sociedad demandante incumplió la obligación de otorgar la escritura pública mencionada en el contrato.

A ese incumplimiento se deben agregar la no cesión de la licencia minera No. 7609, el no levantamiento de las hipotecas otorgadas en favor del Banco de Colombia sobre los bienes identificados en el hecho 33.3. de la demanda de reconvención, la no información a los compradores acerca de la existencia de un gravamen sobre algunos de los bienes objeto del contrato y la utilización – junto con Cementos Boyacá – de diversos mecanismos para intentar el cierre de la planta de cemento. (Hechos 34 a– 90 de la demanda de reconvención).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN Y DE SU REFORMA

En cuanto a los hechos de la demanda de reconvención y su reforma

La sociedad Cementos Hércules S.A. –en liquidación–, al contestar la demanda de reconvención y su reforma rechazó algunos hechos, admitió otros como ciertos o parcialmente ciertos, y frente a algunos manifestó no constarle.

Excepciones

Con la contestación de la demanda de reconvención y su reforma, la sociedad Cementos Hércules S.A. – en liquidación – propuso las siguientes excepciones, de acuerdo con los fundamentos de derecho que allí mismo se esgrimieron:

Contrato no cumplido

Nulidad del contrato por no cumplir los requisitos legales.

CAPÍTULO III DESARROLLO DEL TRÁMITE ARBITRAL INSTALACIÓN

El 25 de octubre de 1999 se profirió el auto mediante el cual se fijó como fecha para la audiencia de instalación del Tribunal de Arbitramento el 3 de noviembre del mismo año a las 10:30 a.m.

El Tribunal a su turno, fue debidamente integrado e instalado y los emolumentos fijados en el acta de instalación fueron oportunamente pagados por las partes en su totalidad.

El 18 de noviembre de 1999 el árbitro y presidente del Tribunal, doctor Nicolás Gamboa Morales puso a consideración de los otros dos integrantes la existencia de una causal de impedimento.

Ese impedimento fue resuelto el 10 de diciembre de 1999, declarando la separación definitiva del conocimiento del proceso por parte del doctor Gamboa Morales y solicitando a las partes la designación de un árbitro que lo reemplazara.

El 13 de diciembre de 1999, las partes, de común acuerdo, eligieron al doctor Hernán Fabio López Blanco, quien aceptó oportunamente su designación.

La primera audiencia de trámite se inició el 27 de enero de 2000, fecha en la cual el Tribunal asumió competencia mediante auto 5 y admitió y corrió traslado de la reforma

a la demanda de reconvención. Esta audiencia fue suspendida y concluyó el 18 de febrero siguiente.

Cementos Hércules S.A. – en liquidación – contestó la reforma a la demanda de reconvención el 3 de febrero de 2000.

PRUEBAS

Mediante auto 8 de fecha 18 de febrero de 2000 el Tribunal decretó las pruebas solicitadas por las partes y algunas de oficio, las cuales fueron practicadas de la siguiente manera:

El 28 de febrero de 2000 las partes adicionaron sus cuestionarios para el dictamen pericial contable y se dio posesión a las señoras peritos Matilde Cepeda Mancilla y Esperanza Ortiz Bautista. Igualmente se recibieron los testimonios de Patricia Rodríguez Ayala, Jorge Elberto Neira Parra y la primera parte del de Luis Eduardo Díaz Velasco; así mismo se aceptó el desistimiento del testimonio de Mario Alfonso Correal presentado por los apoderados de las partes.

El 2 de marzo de 2000 finalizó el testimonio de Luis Eduardo Díaz Velasco y tuvo lugar la inspección judicial con exhibición de documentos e intervención de peritos contables en las oficinas de Cementos Andino S.A.

El 30 de marzo de 2000 se recibieron los testimonios de Wilson Robles Silva, José Sinaí Herrera Beltrán, Edgar Alfonso Fandiño Prieto Y Hugo Heliodoro Aguilar Naranjo. Por otra parte se aceptó el desistimiento del testimonio de Urbano Ballesteros, presentado por los apoderados y se designaron los peritos ingenieros.

El 3 de abril de 2000 la parte convocada adicionó el cuestionario para los peritos ingenieros, adición que fue aceptada por el Tribunal el 4 del mismo mes y año.

El 4 de abril de 2000 se dio posesión a los expertos ingenieros y se recibieron los testimonios de Gustavo Ricardo Ronderos Castañeda y Alberto Carbó Rincón.

El 6 de abril del mismo año fueron escuchados los testigos Héctor Rubén Galindo Vanegas, Bernard Gerard Terver, así como los interrogatorios de parte del señor Armando Santacoloma Villegas y del señor Andrés Augusto Galindo Vanegas.

El 8 de mayo de 2000 se corrió traslado a las partes del dictamen pericial contable, respecto del cual ambos apoderados solicitaron oportunamente aclaraciones y complementaciones. Una vez resueltas esas solicitudes por parte de las señoras peritos, ellas fueron puestas en conocimiento de las partes sin que se hubieran presentado objeciones.

El 19 de mayo de 2000 fue recibido el testimonio del señor Gilberto Santos Acevedo y se aceptó el desistimiento de las declaraciones de los señores Thomas Knopf, Uladislao Prieto, María del Socorro Tejada, Claudia María De La Torre, Augusto Menestrey y Luis Enrique Gómez, presentado por los apoderados de las partes. Igualmente se procedió a resolver afirmativamente el desistimiento de las inspecciones judiciales solicitadas a las sociedades ARRABIO DE COLOMBIA LTDA., TUBODUCTIL DE LA SABANA S.A., TREMIX LTDA., ASESORIAS

INTEGRALES GALINDO VANEGAS LTDA., CAROCA MARMO LTDA., CEMENTOS BOYACÁ S.A. y a la planta de cemento ubicada en San Gil.

El 27 de junio de 2000 se corrió traslado a las partes del dictamen pericial de ingeniería. Dentro del término legal, los dos apoderados solicitaron complementaciones y aclaraciones de ese experticio, las que oportunamente entregaron los peritos. No se presentaron objeciones.

Por otra parte, fueron enviados todos y cada uno de los oficios solicitados por las partes y decretados como pruebas y sus respuestas se encuentran incorporadas al expediente. Habiéndose presentado los alegatos de conclusión y estando el proceso para fallo, se recibió la respuesta al oficio que el Tribunal remitiera a la sociedad Minercol Ltda.

PRÓRROGA DEL TÉRMINO, AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN Y ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El 14 de julio de 2.000, antes de la conclusión del período probatorio, los apoderados de las partes, presentaron conjuntamente una solicitud de prórroga del término de duración del Tribunal, por 2 meses más, la cual fue decretada mediante auto de 2 de agosto de 2000.

Una vez terminado el período probatorio y practicada la totalidad de las pruebas solicitadas y decretadas, procedió el Tribunal a citar a la audiencia de conciliación de que trata el artículo 101 de la Ley 446 de 1998, la que se llevó a efecto el 29 de agosto de 2000 con resultados infructuosos; acto seguido los apoderados presentaron sus los alegatos de conclusión.

CAPÍTULO IV CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL OBJETO DEL PROCESO

La demanda presentada por Cementos Hércules S.A., en contra de Cementos Andino S.A., el día 23 de abril de 1999 fue reformada de manera integrada el 15 de julio de 1999, de ahí que sobre la base de este documento, que por la forma como se efectuó viene a sustituir íntegramente al anterior

Se destaca que la reforma de la demanda se limitó a adicionar que la nulidad absoluta cuya declaración se persigue la constituye la atribución de una causa ilícita como generadora del vicio advertido por la parte demandante.

(1)

, es que se hace el análisis.

El libelo contiene las siguientes pretensiones:

1.1. Pretensiones principales, que se declare que el contrato suscrito el 21 de agosto de 1998 entre la Compañía de Cementos Hércules S.A. en liquidación y la sociedad Cementos Andino S.A. es un contrato de "compraventa de activos, consistente principalmente en bienes inmuebles por naturaleza y por destinación", del que se debe declarar la nulidad absoluta del mismo "por adolecer de los requisitos necesarios para su perfeccionamiento o por tener causa ilícita" y, en consecuencia, se ordene a Cementos Andino S.A. restituir a Cementos Hércules S.A. los bienes inmuebles que por naturaleza

y por destinación fueron entregados en virtud del contrato calificado de nulo, con el valor correspondiente a los frutos civiles y naturales que hubieren podido producir los bienes, a partir del día 10 de septiembre y hasta cuando se realice la restitución.

Adicionalmente, se pide que se ordene a la sociedad demandada a pagar el 50% del valor del impuesto de timbre del contrato del 21 de agosto de 1998 más los intereses moratorios a partir del 19 de marzo de 1999 y que se autorice la compensación con "obligaciones que puedan surgir a cargo de Cementos Hércules en favor de Cementos Andino S.A.".

1.2. Como primera pretensión subsidiaria se mantiene la atinente a la declaración de la naturaleza jurídica del contrato como de compraventa de activos, pero en vez de la nulidad se busca que se declare que la sociedad convocada "incumplió el contrato de compraventa y como consecuencia de lo anterior se condene a Cementos Hércules S.A. a pagar los perjuicios provenientes del daño emergente y el lucro cesante que se estiman en cifra no inferior a mil millones de pesos (\$1.000.000.000.00). En todo lo restante las pretensiones primeras subsidiarias, siguen iguales, con lo que se evidencia que el cambio está en que en el primer caso se opta por la nulidad y en el segundo por el incumplimiento del contrato.

1.3. La segunda pretensión subsidiaria es idéntica a la primera principal pero varía el enfoque inicial en el sentido de que solicita al Tribunal que se declare que el contrato de agosto 21 de 1998 es de promesa de compraventa de bienes y que esta afectado de nulidad, reiterando las restantes solicitudes mencionadas en la primera subsidiaria.

1.4. La tercera pretensión subsidiaria es idéntica a la primera subsidiaria pero montada sobre la base de que el contrato cuyo incumplimiento se solicita es de promesa de compraventa de bienes "que obliga a las partes por reunir los requisitos establecidos en el art. 89 de la Ley 153 de 1887".

DEMANDA DE RECONVENCIÓN

Cementos Andino S.A., el 22 de junio de 1999 dentro de la oportunidad debida, presenta demanda de reconvencción la cual igualmente de manera integrada reformó el día 27 de enero de 2000, de ahí que es sobre este último documento que se realiza el análisis siguiente.

Se solicita al Tribunal que se declare que el contrato del 21 de agosto de 1998 "es un contrato de promesa de compraventa respecto de bienes inmuebles y un contrato de compraventa respecto de bienes muebles" cuyas obligaciones esta incumpliendo la sociedad reconvenida y, en consecuencia, pide que se disponga que dentro del término que señale el Tribunal se ordene hacer cumplir las obligaciones a cargo de Cementos Hércules y, además se imponga condena a pagar la indemnización de los perjuicios derivados del incumplimiento del contrato, que se estiman en una cuantía no menor a cinco mil millones de pesos (\$5.000.000.000.00).

También se pide que se declare la nulidad absoluta, por "objeto ilícito del literal b de la cláusula décima cuarta del contrato", donde se prohíbe a Cementos Andino vender cementos en el área denominada Guanentina del departamento de Santander en un plazo de diez años, así como el cemento denominado "Oil Well", en todo el país, por un lapso de cinco años.

Por último y a más de la usual solicitud de condena en costas, se solicita que el Tribunal señale que el pasivo pensional a cargo de Cementos Andino S.A. realmente valía \$2.202.046.111.00 y no los \$800.000.000.00, mencionados en el contrato y, en consecuencia, la diferencia que por el mayor valor resulte debe ser imputada "al precio pactado en la cláusula segunda del contrato".

PRESUPUESTOS PARA ANALIZAR LA NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO CELEBRADO ENTRE CEMENTOS HÉRCULES S.A. EN LIQUIDACIÓN Y CEMENTOS ANDINO S.A., EL 21 DE AGOSTO DE 1998.

Del anterior panorama del objeto del proceso se observa que resulta central establecer la naturaleza jurídica del contrato, debido a que determinada la misma se sientan las bases para definir parte de las mutuas pretensiones respecto de las cuales está obligado a pronunciarse este Tribunal.

En este orden de ideas se tiene que mientras que la parte convocante estima que nos hallamos frente a un contrato de compraventa, la demandada y reconviniendo considera que lo que celebraron fue un contrato de promesa de compraventa en lo que concierne con los bienes inmuebles y de compraventa en lo que atañe con los muebles, parecer con el que se identifica parcialmente Cementos Hércules S.A. en la pretensión segunda subsidiaria de su demanda, al proponer que en caso de que no se acepte la pretensión principal, se opte por la declaración de que lo que las partes celebraron fue un contrato de promesa de compraventa respecto de la totalidad de los bienes y no solo de los inmuebles como lo asevera Cementos Andino, de manera que a continuación de las precisiones iniciales que estima pertinentes el Tribunal, se hace el análisis del aspecto que atañe con la naturaleza jurídica del contrato.

El Tribunal estima necesario dejar desde ahora señalados dos aspectos generales en lo que a la orientación del presente laudo corresponde, a saber:

3.1. Analizados los alcances del documento de agosto 21 de 1998 (folio 2 del cuaderno de pruebas No. 1), quiere dejar sentado el Tribunal respecto del contrato cuyo estudio emprende, que si bien es cierto las partes inicialmente contratantes son Cementos Hércules S.A., en liquidación y los señores Armando Santacoloma Villegas y Gilberto Santos A., los derechos de estos últimos fueron cedidos irrestrictamente a Cementos Andino S.A., posibilidad que a más de haber sido prevista de manera expresa en la cláusula décima sexta donde se advierte: "CESIÓN.- LOS COMPRADORES antes del momento de otorgar la respectiva escritura pública de protocolización de la presente compraventa, anunciarán a nombre de las personas jurídicas y naturales y/o sociedades a favor de quien se otorgará la misma", la ley no impide (arts. 1959 a 1966 del C. C.).

En este evento se efectuó y comunicó de manera oportuna a Cementos Hércules S.A. la cesión que hicieron Armando Santacoloma y Gilberto Santos a Cementos Andino sin que haya existido objeción alguna por parte de aquella.

Se trata, entonces, de un tema pacífico y, por ende, es adecuada la calidad de parte demandante y reconviniendo que dentro de este proceso tiene Cementos Andino S.A. de ahí que las declaraciones que en este laudo se hagan conciernen exclusivamente con Cementos Hércules S.A. en liquidación y Cementos Andino S.A.

3.2. Se destaca que la empresa Cementos Boyacá S.A., es persona jurídica extraña a esta relación jurídico procesal y, por ende, la calificación y consecuencias de las conductas

por ella observadas en lo que concierne con Cementos Andino S.A. son asuntos ajenos por entero a la competencia del Tribunal, pues la circunstancia de haber llegado a ser la principal accionista de Cementos Hércules S.A. en nada altera la autonomía e independencia propias de esas personas y no es posible imputar a cada una de esas empresas la responsabilidad y obligaciones indemnizatorias consecuenciales derivadas de las actividades de la otra, lo que es tanto más evidente si se tiene en cuenta que el pacto arbitral no liga a Cementos Boyacá S.A. por no haber sido dicha empresa parte del contrato de agosto 21 de 1998.

Deja así sentado el Tribunal que son ajenos a su competencia todos aquellos eventos que se originan en actividades de Cementos Boyacá S.A. y no es dable predicar y por ende responsabilizar a Cementos Hércules S.A. de conductas de aquella.

Es pertinente que el Tribunal se ocupe de precisar cual es, en su opinión, la naturaleza jurídica del denominado por las partes "CONTRATO COMPRAVENTA ACTIVOS FIJOS CÍA. CEMENTOS HERCULES S.A." y para el fin deja establecido que en esta tarea debe tener en cuenta las conocidas reglas de interpretación de los negocios jurídicos plasmadas en los artículos 1618 a 1624 del C.C., aplicables a los asuntos mercantiles por disposición del art. 822 del Código de Comercio, en especial en lo que toca con el primero de ellos, donde se advierte que "Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras", con el fin de descartar la posibilidad de que se pueda aseverar que como el documento que plasma la voluntad de las partes lo denominan "CONTRATO DE COMPRAVENTA" y así lo califican en diversos apartes de su desarrollo, sea esta y por tal razón, la índole del mismo, pues de lo que se trata es de realizar el estudio bajo la guía del art. 1622 del C.C. donde se advierte "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", para así desentrañar su real contenido jurídico.

CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL CONTRATO SEGÚN LOS BIENES OBJETO DEL MISMO

El contrato suscrito entre La Compañía de Cementos Hércules S.A. y cedido a Cementos Andino, presenta las siguientes características:

4.1. En la cláusula primera referida al objeto del contrato, literales a) a e), se estipula que "la VENDEDORA transfiere a título de compraventa real y efectiva a favor de la COMPRADORA el derecho de dominio y la posesión que tiene y ejerce sobre los siguientes bienes" y a continuación se especifican y destinan los tres primeros literales para consignar los datos distintivos de los inmuebles denominados Curití, Fábrica y Bodega, todos en el municipio de San Gil.

En el cuarto literal, se relacionan los bienes muebles mencionados como "la totalidad de los equipos industriales, de laboratorio y de oficinas que se encuentran en la ciudad de San Gil, ubicados en el inmueble denominado Fábrica. Esta venta se hace a puerta cerrada, sin inventario y sin responsabilidad de la Compañía de Cementos Hércules S.A. Además se vende el parque automotor de la Compañía así" y viene la descripción de los datos que especifican los camiones y tolvas graneleras.

Finalmente, el literal e) de la cláusula primera adiciona que "LA VENDEDORA se compromete para que la firma denominada Caroca Marmo Ltda., sociedad actualmente poseedora de los derechos mineros que de acuerdo a la ley pertenecen a la licencia 7609 ceda la titularidad de los mismos a la compradora".

4.2. Del resumen de la cláusula destinada a especificar los bienes del objeto del convenio que, desde ahora lo deja sentado el Tribunal, no se caracteriza por la claridad jurídica que debe presidir la redacción de todo contrato y máxime uno de la entidad económica como el que se estudia, se observa, al rompe, que si bien es cierto todos los literales de la cláusula primera están destinados a discriminar los bienes que se "transfieren a título de compraventa real y efectiva", no puede entenderse incluido lo que corresponde a los derechos mineros, porque respecto de estos la vendedora lo que adquirió fue la obligación de hacer que la empresa Caroca Marmo Ltda. le transfiriera a los compradores esa licencia, pero no la estaba vendiendo ni siquiera bajo el supuesto de venta de bien ajeno, dada la específica y clara redacción del literal e), de ahí que en lo que respecta con este aparte de la obligación se hará en su momento un análisis especial acerca de sus implicaciones y proseguirá el estudio en orden a fijar la naturaleza jurídica del contrato en lo que concierne con los restantes bienes o sea los inmuebles y muebles discriminados en los literales a) a d) de la cláusula primera.

NATURALEZA DE ALGUNOS BIENES OBJETO DEL CONTRATO. INMUEBLES POR DESTINACIÓN.

Corresponde al Tribunal sentar su concepto acerca de si los referidos bienes se deben considerar integralmente como si fueran inmuebles, pues la parte demandante estima que los muebles referidos pasaron a tener el carácter de inmuebles dada su destinación; en otras palabras, si los equipos de laboratorio, industriales, de oficina y los vehículos adquirieron el carácter de inmuebles, precisión de sumo interés para los fines del laudo pues si se acepta que todos son inmuebles, unos por naturaleza y otros por destinación, la calificación jurídica que se dé al contrato se predicará por igual de todos ellos, en tanto que si se determina que se trata de bienes inmuebles y de bienes muebles, puede esta ser diferente.

5.1. Como de ir al punto se trata, estima el Tribunal que en el presente caso, respecto de los bienes muebles, no es posible admitir que hayan adquirido el carácter de inmuebles por destinación y que fue bajo el entendido de ser muebles por naturaleza que se les consideró en el contrato de agosto 21 de 1998, si se atiende a la específica finalidad perseguida por los contratantes, establecida de las pruebas practicadas, que adelante se estudian.

5.2. Señala el art. 658 del C.C. que "Se reputan inmuebles, aunque por su naturaleza no lo sean, las cosas que están permanentemente destinadas al uso, cultivo o beneficio de un inmueble, sin embargo de que puedan separarse sin detrimento" y dentro de los varios ejemplos que la disposición cita para ilustrar la idea, señala "los utensilios de labranza o minería, y los animales actualmente destinados al cultivo o beneficio de una finca, con tal que hayan sido puestos en ella por el dueño de la finca" y "las prensas, calderas, cubas, alambiques, toneles y máquinas, que forman parte de un establecimiento industrial adherente al suelo y pertenecen al dueño de este".

Naturalmente el alcance de la disposición, originaria del Código Civil de mediados del siglo XIX, en lo que a los ejemplos concierne, se debe entender predicado de los bienes que hoy cumplen finalidades similares y es por ello que, sin vacilación, puede aseverarse que los vehículos automotores empleados para el beneficio de un inmueble, por servir para el desarrollo de tareas que antes desempeñaban los caballares de carga, perfectamente podrían encajar, de darse los requisitos restantes, en el concepto de inmuebles por destinación, al igual que los equipos industriales y de oficina.

5.3. El carácter de inmueble por destinación, que se predica de ciertos bienes que por su naturaleza son muebles, lo estableció el legislador en orden a facilitar el desarrollo económico y es por eso que la nota determinante para efectos de predicar de un bien mueble la calidad de inmueble por adherencia o por destinación, es que haya sido colocado en el inmueble por su propietario y, lo esencial, que esté permanentemente destinado al beneficio del inmueble, aspecto que resalta el profesor Arturo Valencia Zea VALENCIA ZEA Arturo, Derecho Civil, Derechos Reales, Tomo II, Temis, Bogotá, 1967, 3 edición, página 17. En el mismo sentido DE RUGGIERO Roberto, Instituciones de derecho Civil, Tomo I, Ed. Reus, Madrid, traducción de la 4 edición italiana, páginas 509 y 510, quien advierte que el bien "precisa una destinación actual no solo intencional y duradera y como semejante destino no puede darse más que por el propietario, se deduce de aquí que una misma persona debe ser propietaria del inmueble y de las cosas destinadas a él. Es pues, la inmovilización una consecuencia legal de la intención del propietario. Esta puede manifestarse de dos modos: o poniendo las cosas efectivamente al servicio de un fundo para su cultivo o a servicio de un establecimiento agrícola o industrial para ejercer una industria o bien uniéndolas a un edificio mediante una conjunción física".

(2)

al advertir que "el uso transitorio de cosas muebles en las fincas tampoco sirve para caracterizar la inmovilización por destino, pues se requiere que se trate de un uso permanente. Además, se exige que la cosa preste un servicio al inmueble".

En la doctrina argentina, donde se denomina el evento del inmueble por adhesión como "accesión física" y el de destinación como "adhesión moral", destaca Luis Alberto Peña PEÑA GUZMAN Luis Alberto, Derecho Civil, Derechos Reales, Tomo I, Ed, Astrea, Buenos Aires, 1975, 1a. edición, página 98, quien además resalta que el concepto de accesión física y moral viene del derecho romano y lo tomó el español, "la que sin embargo no ha empleado esta denominación".

(3)

que como notas comunes a esos casos "la inmovilización por regla general termina al cesar la causa que la produjo" y que en los inmuebles por destinación se mira que el haber sido puestos allí tiene como fin permitir el uso y su desafectación "perjudicaría su explotación".

Se observa, entonces, que es central para asignar a unos bienes que por su naturaleza son muebles, el carácter de inmuebles por destinación, la específica voluntad del propietario de colocarlos en el inmueble por naturaleza con el fin de realizar actividades de explotación económica, de manera tal que cuando deja de ser esa la finalidad perseguida, o no se les coloca con ese específico fin

VELEZ Fernando, Estudio sobre el derecho Civil Colombiano, Ed. París América, T.III, pág.8 pone de presente "No serían animales actualmente destinados al cultivo del fundo, ganados que en éste se engordasen para venderlos en seguida; como si lo serían los bueyes o mulas empleados en el cultivo de la finca, como para arar o tirar los carros mencionados". Y agrega para referirse a lo que denomina la inmovilización industrial: "es necesario que haya un establecimiento industrial, que consiste generalmente en edificios construidos de una manera especial, para el ejercicio de una industria, edificios a los cuales se agreguen, en calidad de accesorios las prensas, calderas, máquinas etc. (...)"

(4), los bienes vuelven a ser lo que intrínsecamente siempre han sido, muebles.

5.4. En este orden de ideas encuentra el Tribunal que dentro del presente caso es indudable que los diversos bienes muebles que se relacionan en el contrato de agosto 21 de 1998 tuvieron en su momento el carácter de inmuebles por destinación pues se colocaron allí por su propietario con el fin de lograr una adecuada explotación de la industria del cemento y sus derivados, pero dejaron de tener esa calidad cuando la voluntad del propietario, Cementos Hércules S.A., determinada por el contrato de venta de parte de sus activos a Cementos Boyacá S.A., fue la de finalizar la actividad industrial con lo que cesó su función complementaria para la adecuada explotación económica, requisito necesario para continuar con el carácter de inmuebles por destinación.

De ahí la decisión de vender los bienes muebles e inmuebles restantes no bajo el concepto de establecimiento industrial sino como elementos separados, autónomos, lo que determina que no sea posible admitir que los bienes muebles objeto del contrato hayan seguido con el carácter de inmuebles por destinación, por haber desaparecido la causa jurídica que permitía tenerlos como tales: la actividad industrial para la cual en otro tiempo anterior al 21 de agosto de 1998, estuvieron asignados.

Recuérdese que en el contrato de julio 1º de 1998 (Folio 519 del cuaderno de prueba 2), Cementos Hércules S.A. vendió a Cementos Boyacá S.A. tan solo tres bienes y se reservó todos los restantes, bajo el entendido de que el establecimiento industrial cesaba en su actividad, apreciación del Tribunal que halla pleno respaldo probatorio, a más del indicio grave de que la sociedad entró en liquidación, en las siguientes pruebas:

5.4.1. La aseveración del representante legal de Cementos Boyacá S.A., señor Bernard Terver quien en su declaración señala que la empresa se compró con el fin de desaparecerla del comercio.

“DR. PEÑA: Por lo que usted conoce Cementos Boyacá entendía que un resultado necesario, inevitable de la compra que estaba haciendo era el desaparecimiento de la planta industrial y de la producción de cemento en San Gil ?

“SR. TERVER: Sí” (Folio 1119 del cuaderno de pruebas 5)

Y más adelante reiteró al ser preguntado por el señor apoderado de la parte demandada:

“... lo que sí me importa es que definitivamente Usted nos diga si en opinión de Cementos Boyacá, la opinión que tiene oficialmente como presidente de Cementos Boyacá, esa planta se compró para desaparecerla del mapa de la producción y del comercio de cementos en Colombia?

“SR. TERVER: Sí señor” (Folio 1120 del cuaderno de pruebas 5).

5.4.2. La declaración del Dr. Edgard Alfonso Fandiño igualmente pone de presente el específico objeto de cesar toda producción industrial, de ahí que se encargó de liquidar a todo el personal y, agrega:

“Había que destruir la infraestructura física y para eso fue un ingeniero de Cementos Boyacá como lo expliqué en julio, ingeniero que al día siguiente viajaba a Australia, se que se llamaba Jairo y tenía que entra a comprobar que efectivamente los hornos estaban desmontados y convertidos en chatarra” (Folio 1104 del cuaderno de pruebas 5).

5.4.3. La versión de Wilson Robles confirma lo anterior cuando destaca:

“... nosotros recibimos la versión que la empresa se liquidaba definitivamente...la idea era que la empresa no continuaría, porque ya en el 98 nosotros recibimos órdenes de empezar a demoler equipo y eso nos dio la idea de que eso iba a ser liquidado ya no arrancaba definitivamente la planta” (Folio 1085 del cuaderno de pruebas 5)

5.4.4. Alberto Carbó quien realizó el negocio con Cementos Boyacá S.A. dado su carácter de representante legal de Cementos Hércules destaca similar circunstancia al declarar:

“En el negocio propiamente dicho la compañía debía entrar a un estado de liquidación y por lo tanto se supone que no puede producir más, porque teníamos que liquidar también a los trabajadores. (...) En el contrato con Cementos Boyacá hay una cláusula en que Cementos Hércules debía entrar en liquidación y suponemos que al entrar en liquidación debía terminar con los procesos de producción" (Folio 1018 del cuaderno de pruebas 5).

5.5. Finalmente, resulta contundente la expresa manifestación de los contratantes en la cláusula séptima del contrato acerca de que:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en la cláusula tercera del presente contrato, como el VENDEDOR no ha transferido al COMPRADOR ninguna clase de establecimiento de comercio y en consecuencia por el presente escrito se realiza pura y simplemente un contrato de compraventa de los activos de CEMENTOS HERCULES S.A., los bienes se reciben individualizados y no como unidad económica”.

Así las cosas, se tiene que el análisis del contrato de agosto 21 de 1998 no puede ser realizado sobre el supuesto de una completa identidad y bajo el parámetro de que todos los bienes objeto del mismo son inmuebles, unos por naturaleza, otros por destinación y que se negociaron como un conjunto de tales, sino mirando la naturaleza propia de cada uno de ellos, es decir de los inmuebles y de los muebles con prescindencia del criterio de asimilación legal pretendido por la parte demandante, por no estar reunidos para agosto 21 de 1998, fecha de la celebración del contrato, los requisitos para que se les pudiera tener como inmuebles por destinación a los bienes muebles por naturaleza.

CONCLUSIONES DEL TRIBUNAL SOBRE LA NATURALEZA DEL CONTRATO

Sentada la base anterior, encuentra el Tribunal que, en lo que concierne con los bienes muebles relacionados en los literales b) a d) del convenio, se perfeccionó el día 21 de agosto de 1998 un contrato de compraventa, por estar reunidos los requisitos propios del mismo, aspecto que se explicita por las partes en el parágrafo primero de la cláusula sexta del contrato donde se expresa: "Teniendo en cuenta que por el presente contrato se compra la propiedad de bienes muebles usados, LA COMPRADORA no podrá reclamar la existencia de un costo cuando la existencia de los mismos obedezca al deterioro causado por el transcurso del tiempo".

Respecto de los tres bienes inmuebles relacionados en el literal a), estamos frente a un contrato de promesa de venta mercantil, dado el indiscutido carácter de comerciantes de quienes intervinieron en el acto, aspecto que nítidamente quedó plasmado en la cláusula décima primera del documento donde se menciona que la entrega material de los bienes vendidos se hará el 10 de septiembre de 1998, como en efecto sucedió, adicionándose que: "La entrega real se realizará a más tardar el 26 de febrero de 1999, una vez se cumplan la totalidad de las condiciones aquí pactadas. La escritura que protocoliza este contrato será suscrita en esa misma fecha en la Notaria 45 del Círculo de Bogotá a las 10 A.M. o en fecha anterior de común acuerdo entre las partes, previo el pago de las partidas correspondientes".

Estima el Tribunal que la advertencia referente a que “La escritura que protocoliza este contrato será suscrita en esa misma fecha en la Notaría 45 del Círculo de Bogotá a las 10 A.M.” evidencia el claro entendimiento de las partes acerca de que respecto de los bienes inmuebles no podía perfeccionarse el contrato dadas las obligatorias y conocidas formalidades que se exigen para que opere la tradición de ellos (art. 756 del C.C. y 922 del C. de Co.), de ahí que se establece que se firmará una escritura pública para su "protocolización", es decir con el fin de "incorporar al protocolo una escritura matriz u otro documento que requiera esta formalidad"

Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, 21 ed. pág. 1682, da la anterior definición de protocolizar, de donde se infiere que el término se empleó correctamente.

(5)

con lo que se quiere expresar que así se perfeccionará la venta, empleo que tiene igual sentido en la cláusula décima sexta del contrato donde se consigna que "LOS COMPRADORES antes del momento de otorgar la respectiva escritura pública de protocolización de la presente compraventa, anunciarán a nombre de las personas naturales y/o sociedades a favor de quien se otorgará la misma".

Por esta razón no comparte el Tribunal la apreciación de la parte demandante - aceptada por la demandada en su alegato de conclusión (folio 137 del mismo)- acerca de que lo que las partes entendieron por "protocolización de la presente compraventa", era una obligación diversa de la de perfeccionar un contrato de compraventa, parecer que, además, y de manera irrefutable, vino a quedar consignado en las actas de testimonio especial de comparencia números 6 y 8, sentadas por los representantes legales de las empresas en conflicto ante el Notario 45 de Bogotá, donde se advierte por Armando Santacoloma Villegas que la finalidad de su presentación era la de "dar cumplimiento al contrato suscrito el 21 de agosto de mil novecientos noventa y ocho" (Folio 49) y reiterado en iguales términos por el señor Gustavo Ricardo Ronderos (Folio 19), donde indicó que “comparecí a esta notaría con el propósito de dar cumplimiento al contrato suscrito el 21 de agosto de 1998 (...) para su perfeccionamiento”.

ANÁLISIS DE LA POSIBLE NULIDAD DEL CONTRATO

Determinado que el negocio jurídico de agosto 21 de 1998 es un contrato de promesa de compraventa respecto de los tres bienes inmuebles relacionados en la cláusula primera literal a) y de compraventa de los bienes muebles especificados en los literales b) a d), procede analizar si, como lo pretende la demandante, el mismo se halla afectado por nulidad absoluta "por adolecer de los requisitos necesarios para su perfeccionamiento o por tener causa ilícita", de manera que corresponde definir acerca de estas dos causas de nulidad propuestas.

Nulidad por la falta de “requisitos necesarios para su perfeccionamiento”.

En lo que atañe con la nulidad por la falta de requisitos necesarios para su perfeccionamiento, no halla el Tribunal motivo alguno que permita predicarla respecto del convenio que esta contenido en el documento de agosto 21 de 1998, y, en atención a lo concluido acerca de que se observan dos negocios diversos, el de promesa y el de venta, se analiza el punto por separado, para demostrar que ninguno de ellos esta afectado en su validez.

7.1.1. Respecto de los inmuebles. La promesa de venta en materia mercantil contemplada de manera general en el art. 861 del C. de Co., ha sido considerada como de carácter consensual, por cuanto se estima que al no haber sido reproducido por el estatuto comercial lo prescrito en el art. 89 de la ley 153 de 1887 y siguiendo la regla general acerca de la consensualidad en las contrataciones mercantiles contemplada en el art. 824 del C. de Co., se le despojó del carácter solemne al no exigirse el requisito de que conste por escrito que le atribuyó a la promesa civil la referida Ley 153, parecer que comparte el Tribunal.

No significa lo anterior que el art. 89 de la Ley 153 de 1887 haya dejado de servir para establecer los requisitos jurídicos del negocio de promesa respectivo, en este caso de venta, de manera que aún del acto consensual de promesa se deben predicar los restantes elementos básicos que corresponden a toda promesa de contrato.

Ciertamente, la única diferencia que existe entre la promesa de contrato mercantil y la civil es la exigencia de la solemnidad de que conste por escrito esta última; de resto sus elementos son los mismos, de ahí que en tal aspecto informa por igual el art. 89 de la Ley 153 de 1887, en concordancia con el artículo 861 del C. de Co.

Empero, esa única pero destacada diferencia tiene importantes consecuencias prácticas y es que las modificaciones a la promesa civil, para su validez, deben cumplir con la formalidad exigida para ella y obrar por escrito, en tanto que las que se hagan a la promesa mercantil al igual que para el perfeccionamiento de ella y sobre el entendido de que lo que se predica de lo principal cubre lo accesorio, pueden pactarse también consensualmente.

El problema no es sustancial sino probatorio, porque una cosa es que el contrato consensualmente pueda perfeccionarse y otra su prueba, aspecto que en el caso concreto se facilita parcialmente, debido a que las partes siguiendo la advertencia contenida en el inciso segundo del artículo 232 del CPC, consignaron por escrito las bases del negocio, pero sin que fuera imperativo que las modificaciones al mismo igualmente así constaran y menos cuando el cambio buscaba posponer por unas horas la suscripción de la escritura que diera cumplimiento a la promesa de venta, puesto que uno de los firmantes debía, a la misma hora de la mañana, cumplir el obligado compromiso familiar de asistir al grado de uno de sus hijos. En suma, no se trataba de una modificación sustancial, de fondo, que hubiera permitido predicar al menos imprudencia por no hacerlo de manera escrita.

Así las cosas, el Tribunal encuentra válida, en lo que a observancia de requisitos concierne, la promesa de venta de los tres inmuebles debido a que no halla vicio en la emisión del consentimiento dado por los contratantes; la promesa tiene el plazo exacto en que ha de perfeccionarse el contrato prometido (el 26 de febrero de 1999, inicialmente, a las 10 A.M. en la Notaría 45 de Bogotá) y está determinado de tal suerte el contrato que para perfeccionarlo solo faltaba la tradición de los inmuebles, exigencias de la Ley 153 de 1887 en su art. 89, aplicables, como se vio, a toda promesa mercantil que, al estar cumplidas, permiten aseverar que no existe inobservancia de algún requisito necesario para el perfeccionamiento de la venta prometida, de manera que no se encuentra motivo de nulidad en lo que se refiere a los inmuebles.

7.1.2. Respecto de los muebles. En cuanto hace al contrato de venta de los bienes muebles, que también está regido por la consensualidad, se encuentra que sus elementos

esenciales, como son la determinación de los bienes que se venden y el precio, se hallan reunidos y no se observa la falta de ningún requisito necesario para su perfeccionamiento. Por esto mal podría decretarse la nulidad de esa parte del negocio jurídico que, además quedó perfeccionado porque no era necesario respecto de ellos suscribir la escritura pública.

No es ajena al Tribunal la controversia acerca de si en el contrato de venta de automotores (parte de los muebles que se venden tienen ese carácter) se requiere para su cabal tradición y perfeccionamiento el registro de un documento que dé cuenta del negocio en la oficina respectiva, todo debido a lo señalado en el art. 922 del C. de Co. cuyo inciso primero requiere para la tradición del dominio de los bienes raíces la inscripción del título en la oficina de registro correspondiente, adicionando el parágrafo de la norma que: "De la misma manera se realizará la tradición del dominio de los vehículos automotores, pero la inscripción del título se efectuará ante el funcionario y en la forma que determinen las disposiciones legales pertinentes".

Empero, se estima que la polémica que tiene trascendencia en el campo del perfeccionamiento de las medidas cautelares de embargo y secuestro respecto de tales bienes, es inocua para los fines concretos de este laudo, porque cualquiera que sea la tesis que se adopte para nada varía el sentido de la decisión pues simplemente implicaría ubicar los automotores en el campo de la promesa de venta o en el de la venta, según la posición adoptada y predicar de ellos la pertinente decisión, pero siempre bajo el supuesto de la inexistencia de motivos de nulidad.

Lo anterior no obsta para que el Tribunal estime que los automotores son bienes muebles cuya tradición, para perfeccionarse, no precisa del requisito de la inscripción del documento en un registro público, debido a que luego de casi treinta años de vigencia del Código de Comercio, no se ha creado el registro terrestre automotor y por ello la formalidad aún no se puede observar.

El Tribunal Superior de Bogotá, en auto de noviembre 4 de 1992, con ponencia del Dr. Manuel Ardila Vasquez, cuyas amplias fundamentaciones se pueden consultar en el Código de Procedimiento Civil, editorial Legis §3652, concluye que los automotores "no son sujetos a registro con el carácter de tradición" precisamente por no haber sido creado ese registro, circunstancia que para la fecha persiste.

(6)

La nulidad por causa ilícita

Establecido, pues, por el Tribunal, que no existe nulidad proveniente de ausencia de requisitos legales, debe ahora precisarse si puede darse la misma, como lo propone la demandante, por tener el contrato causa ilícita.

En la reforma de la demanda se incorporó como pretensión subsidiaria la declaración de nulidad absoluta del contrato por causa ilícita, y ello por cuanto no se observó lo previsto en el artículo 9º del Decreto 1572 de 1.973, cuyo texto fue el siguiente:

"ART. 9º—Los patronos o empresas a cuyo cargo existan obligaciones pensionales, y que aún no tengan constituida garantía suficiente para pagarlas, no podrán efectuar enajenación de sus haberes, ni negociación alguna con respecto a ellos, desde el momento en que el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social haya iniciado los estudios

de que trata este decreto, lo cual se hará saber al patrono o empresa por comunicación oficial.

“PAR.—La enajenación o negociación que las empresas o patronos efectúen con violación de este artículo tendrá causa ilícita”.

El Decreto 1572 fue reglamentario del 2677 de 1971 y del artículo 13 de la Ley 171 de 1961 en lo referente a la conmutación de pensiones prevista en estas normas. Como oportunamente lo manifestó el apoderado de la parte demandada, el citado artículo 9º, como otros del mismo Decreto 1572, fueron declarados nulos por el Consejo de Estado mediante sentencia del 29 de octubre de 1974.

Sobre el dicho artículo 9, invocado por la demandante como sustento de su pretensión de nulidad, el Consejo de Estado dijo:

“En cuanto pretende sustituir la ley y modificar lo previsto en los estatutos que regulan los contratos comerciales y civiles agregando a las causales legales de ilicitud una nueva, (el artículo 9º) ha desbordado la potestad reglamentaria, ha incurrido en extralimitación de funciones y, en consecuencia, es violatorio de las normas constitucionales y legales que se relacionan en la demanda”.

Y luego, por encontrarlo adecuado, el Consejo hizo suyo un aparte de la demanda de nulidad que estudiaba, que decía:

“... el supuesto contemplado por el artículo 9º del Decreto 1572 de 1973 y definido en su párrafo como causa ilícita, no está incluido como tal ni en los artículos 1624 y 1602 del C.C. ni en precepto alguno de jerarquía legal, luego hay discrepancia manifiesta de la norma reglamentaria con las expresadas leyes...”.

En la contestación a la reforma de la demanda de reconvención, el apoderado de la parte demandante y reconvencida volvió a su argumento pero esta vez lo dejó a la autoridad de un concepto del doctor Julio César Carrillo Guarín, cuya esencia se encuentra en los siguientes apartes:

“La causa ilícita constituye el efecto práctico de un negocio jurídico contrario a los principios constitucionales y jurídicos, es decir, que se configura la causa ilícita en un contrato cuando este, en sus efectos, desborda los parámetros esenciales pretendidos por una determinada institución jurídica para la protección que con ella se pretende. Por ello, para que exista causa ilícita no se requiere expresa consagración normativa sino la consideración objetiva de la ilicitud contenida como efecto o consecuencia de un determinado negocio jurídico. La consagración normativa puede ser un desarrollo pedagógico en algunas circunstancias, pero no requisito ‘sine qua non’ para determinar su existencia. En esta perspectiva, lo expresado en el artículo 9º del Decreto 1572 de 1973 sigue teniendo igual vigencia jurídica, especialmente si se tiene en cuenta que al expedirse el Decreto 2677 de 1971 se precisó que la conmutación pensional no podía ser un acto entre particulares sino entre el empleador particular responsable del pago de pensiones a su cargo y el ISS, como ente administrador de ‘la Seguridad Social’, con las expresas condiciones y requisitos contenidos en los decretos antes citados”.

“Son estos expresos requisitos (...) los que permiten distinguir la sustitución pensional de la conmutación pensional”.

“Es cierto que al producirse la enajenación de un establecimiento de comercio se puede presentar, junto con la sustitución patronal de los contratos de trabajo vigentes, la sustitución pensional de aquellas obligaciones de esta naturaleza que estuvieron a cargo de las partes empleadoras, sustituyente y sustituida. Sin embargo, resulta o adolece de causa ilícita evidente la enajenación de activos que incluya sustitución de obligaciones pensionales, cuando una de las empresas está incurso en cierre, liquidación o desmantelamiento y se le ha ordenado expresamente que proceda a la conmutación pensional y no a la sustitución”.

El Tribunal encuentra equivocaciones en los apartes transcritos, tanto en lo referente a la teoría de las nulidades como a su aplicación al caso concreto, como pasa a comentarlo.

De conformidad con los artículos 1741 del Código Civil y 899 del Código de Comercio, hay nulidad absoluta en los casos de objeto o causa ilícitos, de omisión de requisitos prescritos por la ley para el valor de ciertos actos por razón de la naturaleza de los mismos, de contravención de una norma imperativa y de incapacidad absoluta de uno o más de los agentes del acto o contrato. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, la nulidad absoluta puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria (artículo 1742 del Código Civil).

Para el Tribunal, como para un amplio sector de la doctrina, la causa de un acto jurídico es el móvil o motivo que determina a cada parte a celebrarlo, que tiene virtualidad como condición de su eficacia si trasciende al fuero externo y es conocido de la otra parte. De estas dos características de la causa, ser móvil determinante y móvil conocido, se deriva para muchos tratadistas la inutilidad de la distinción entre la causa y el objeto porque este no es cosa distinta del propósito que se persigue con el acto, concretado -o trascendido- en el conjunto de las obligaciones derivadas o resultantes de él. Sin embargo, sea o no inútil la distinción, la ilicitud como condición de ineficacia de los actos jurídicos -en su causa o en su objeto- es una calificación reservada al legislador.

De acuerdo con los artículos 1518 y siguientes del Código Civil, hay objeto o causa ilícitos si el acto o hecho de que se trata está prohibido por la ley, es contrario a las buenas costumbres o al orden público, contraviene al derecho público de la nación, o versa sobre enajenación de cosas que no están en el comercio o sobre derechos o privilegios intransferibles.

La causa ilícita generadora de nulidad absoluta no puede ser una elaboración abstracta, o genérica, o un “desarrollo pedagógico”, como se dice en el concepto transcrito. Debe consistir en un acto o hecho que encuadre en una expresa prohibición legal, o que sea contrario a las buenas costumbres, o lesivo del orden público o del derecho público de la nación, o que se refiera a la enajenación de cosas que no están en el comercio o de derechos o privilegios intransferibles. Siempre, todo ello, de acuerdo con la precisa calificación de la ley, porque si bien la nulidad es una medida de protección, y en especial la absoluta por la mayor amplitud que la ley da para solicitarla, sus efectos revisten trascendencia extrema pues consisten, ni más ni menos, en dar a las partes “derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo” (artículo 1746 del Código Civil), incluyendo la posibilidad de reivindicar contra terceros poseedores (artículo 1748, *ibídem*).

Según sencilla deducción de las frases de la sentencia del Consejo de Estado, transcritas atrás, la anulación del artículo 9° del Decreto 1572 de 1973 tuvo precisamente como fundamento la extralimitación de funciones del reglamento pues solo el legislador está en capacidad de prohibir contratos. No podía el gobierno, como no puede hoy, prohibir a las empresas con obligaciones pensionales que no hubieran constituido garantía suficiente para pagarlas, efectuar enajenación de sus haberes, ni negociación alguna con respecto a ellos, y menos aún definir que estos actos tenían causa ilícita. Por eso, entonces, resulta equivocado decir, como se dijo en el concepto que funda la pretensión de nulidad, que “para que exista causa ilícita no se requiere expresa consagración normativa sino la consideración objetiva de la ilicitud contenida como efecto o consecuencia de un determinado negocio jurídico”. Si así pudieren deducirse nulidades, es decir, por solas elaboraciones abstractas o “desarrollos pedagógicos”, la protección misma a que la institución de la nulidad contractual está llamada, desaparecería para dar paso a la inestabilidad jurídica.

Enfrentado el caso sub lite a las causales de nulidad, puede concluirse que la prohibición de enajenar o negociar activos de empresas con obligaciones pensionales, que no tengan constituida garantía suficiente para pagarlas, establecida por el artículo 9° del Decreto 1572 con la consecuencia de la causa ilícita, desapareció con la sentencia del Consejo de Estado. Tales enajenaciones o negociaciones no son en sí mismas contrarias a las buenas costumbres, ni lesionan el orden público; no contravienen el derecho público de la nación, entendido, en la forma tradicional, como el conjunto de reglas que organizan el Estado y señalan las facultades y deberes de las autoridades; y no se refieren a la enajenación de cosas que no están en el comercio o a derechos o privilegios intransferibles.

Hecho este somero examen, es fácil deducir que no hay nulidad por ilicitud de la causa, y en tal virtud se debe negar la pretensión contenida en la reforma de la demanda que, como se dijo al inicio de este laudo, constituyó el único objeto para observar tal conducta procesal.

ANÁLISIS DEL ALEGADO INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA.

El análisis acerca del tema del incumplimiento del contrato es menester hacerlo, en primer término, en lo que concierne con el contrato de promesa de venta de los bienes inmuebles.

8.1. Respecto de los bienes inmuebles.

Para establecer si la parte promitente compradora incumplió el contrato respecto de los bienes inmuebles, es necesario determinar si, como lo asevera la demanda, el representante legal de Cementos Andino "incumplió su obligación de comparecer a la Notaría 45 del Círculo de Bogotá el día y hora señalados en la cláusula décima primera del contrato, a "PROTOCOLIZAR" el mencionado contrato de compraventa" (Hecho 10 de la demanda, folio 187) o si, por el contrario, como lo afirma la respuesta de la sociedad convocada: "No lo hizo porque su representante legal, el señor Armando Santacoloma Villegas, había acordado telefónicamente con el señor Ricardo Ronderos, liquidador suplente de CEMENTOS HERCULES, que la escritura se otorgaría a las 3 P.M. de ese mismo día 26 de febrero de 1999, en las OFICINAS DE CEMENTOS ANDINO" (Folio 65 del cuaderno principal 1)

Para sentar posición frente a este aspecto, se encuentra lo siguiente:

Inicialmente, señala el Tribunal que, en su opinión, cuando se establece un plazo para efectos de surtir determinado acto jurídico, en este caso concreto para suscribir la escritura pública que dé cumplimiento a un contrato, es menester que la obligación pertinente se observe en el día y hora establecidos, pues igual será la extemporaneidad y consiguiente incumplimiento, si se observa la prestación antes o después del plazo acordado, porque para que haya cumplimiento es menester que la prestación debida, en este caso suscribir la escritura pública en esos específicos día y hora, se haga dentro del término fijado.

Como la discusión en este caso no proviene del día sino de la hora, surge la necesidad de establecer cuál fue la hora acordada por las partes para perfeccionar el contrato de venta prometido.

Tal como atrás se dejó sentado, el contrato de promesa de venta tiene el carácter de mercantil y, por ende se ha podido celebrar, que no lo fue, de manera consensual; de ahí que las modificaciones que se le hagan al mismo igualmente pueden ser consensuales, solo que, tal como acontece con todo contrato que asuma esta modalidad, deben estar adecuadamente probadas.

El punto es resaltante porque si se tratara de una promesa de venta civil, atendida la perentoria solemnidad de que ella conste por escrito, las modificaciones deberían cumplir con la misma ritualidad y, de haber sido aplicable al caso concreto esa posibilidad, ante la ausencia de escrito donde se cambie la hora de suscripción de la escritura que dé cumplimiento al contrato prometido, sobrarían más consideraciones para concluir acerca de su invalidez tal como atrás se analizó.

Pero como así no sucede, por tratarse de una promesa de contrato mercantil, resulta jurídicamente posible que las partes acuerden consensualmente, con efecto vinculante, modificaciones a lo pactado y que si se hallan probadas deben ser tenidas como elemento integrante del inicial contrato por tratarse de una reforma válida, y pasar el tema a ser del alcance propio del derecho probatorio.

Es por lo anterior que resulta necesario señalar que encuentra el Tribunal que está demostrado que la hora y el lugar para suscribir la escritura de venta se varió por acuerdo válido de las partes para efectos de hacerlo, no a las 10 a.m. del 26 de febrero de 1999 en la Notaría 45 de Bogotá, sino a las 3 p.m. de ese mismo día en las oficinas de Cementos Andino, todo lo cual se evidencia de la siguiente manera:

8.1.1. El representante legal de Cementos Andino S.A., Dr. Armando Santacoloma, al absolver el interrogatorio de parte pone de presente que se vio en la necesidad de solicitar el aplazamiento de la hora para suscribir la escritura pública debido a que coincidía con la fijada por la Universidad de la Sabana para el grado de uno de sus hijos, circunstancia plenamente establecida dentro del proceso y no discutida, razón por la cual, con la debida anticipación le solicitó al señor Ricardo Ronderos, a quien dijo conocer de varios años atrás cuando este se desempeñaba como gerente del Citibank en Pereira y ser allí compañeros en el juego de golf, el aplazamiento de la hora de la firma y su posposición para las tres de la tarde en las oficinas de Cementos Andino, del mismo día acordado originalmente.

Así se expresó el Dr. Santacoloma en su interrogatorio de parte al responder una pregunta del Tribunal:

“... le dije Ricardo mi hijo se gradúa el viernes no podemos que la escritura se firme a las 10 de la mañana, la firmamos por la tarde a las 3 de la tarde como hicimos el contrato, le dije que en mi oficina como hicimos la promesa, ya avisé a la notaría y necesito el formulario 6 para hacer el prepago y la respuesta de él es sí, sí, hablamos después, eso fue el martes (...) el jueves le digo que necesito nos veamos para hacer la liquidación de las retenciones en la fuente que tengo que descontar (...) y entonces le volví a recordar de que íbamos a firmar a las tres de la tarde en mi oficina que ya habíamos hecho unas correcciones a la escritura, que habíamos tenido que sacar unos lotes porque no se encontró la ficha inmobiliaria y que estábamos listos para la firma y que necesitaba el formulario para el prepago del IFI y que necesitaba sacar los cheques de gerencia y me dijo: No preocupes por nosotros no hay problema, lleva un cheque de chequera y allá hacemos las cuentas y los cheques, le dije muchas gracias, muy formal.” (Folio 1138 del cuaderno de pruebas 5).

La anterior versión encuentra su soporte en las siguientes pruebas:

8.1.1.1. La declaración del señor Gustavo Ricardo Ronderos que acepta esas circunstancias, cuando indica:

“El hecho de que el doctor Santacoloma me llamó varias veces solicitándome la verificación de la hora de la firma y atendiendo algunos asuntos personales del grado del hijo, pero también tenían una serie de obligaciones ya adquiridas.

“DR. PEÑA: Eso cuando ocurrió.

“SR. RONDEROS: Con anticipación 3, 4 días antes de la fecha del 26 de febrero.” (Folio 997 del cuaderno de pruebas 4).

Posteriormente, al ser interrogado por el señor apoderado de Cementos Hércules, se expresó así:

“DR. TOBAR: Se ha hablado de algunas conversaciones que Ud. tuvo con el doctor Santacoloma para modificar la hora de la firma de la escritura pública de compraventa, informe al Tribunal si también se mencionó algo referente a la modificación del sitio de la firma del lugar de la escritura pública.

“SR. RONDEROS: Que recuerde el sitio no se mencionó, se solicitó el cambio de hora, pero no del sitio.

“DR. TOBAR: Nunca se mencionó que la escritura pública de compraventa se había aceptado suscribirla a las tres de la tarde en las oficinas de Cementos Andino?

“SR. RONDEROS: Sí, ahora que usted lo dice sí, la última llamada él me comentó que tenía una muy buena relación con la notaría y que ellos habían aceptado que si era necesario se desplazarían a la oficina de ellos a firmar la escritura” (Folio 1001 del cuaderno de pruebas 4).

8.1.1.2. La declaración de la doctora Yaneth Patricia Rodríguez, abogada de la Notaría 45 de esta ciudad, destaca:

“... nosotros teníamos entendido que esa escritura se iba a firmar en la tarde, a las 3 en las oficinas de Cementos Andino porque así nos lo habían solicitado.

“DR. PEÑA: Por qué tenía usted ese conocimiento y quien le había solicitado?

“DRA. RODRIGUEZ:

La doctora Martha Estrada nos lo había solicitado vía fax y telefónicamente que esa escritura se había acordado con el representante legal de Cementos Hércules que la iban a firmar a la 3 de la tarde.” (Folio 808 del cuaderno de pruebas 3).

8.1.1.3. Obra a folio 778 del cuaderno de pruebas No., 3 del expediente, copia del Fax remitido:

“Se confirma que la firma de la Escritura debe realizarse en la Carrera 7 Nro. 115-33 Oficina 802. Tel: 6400637-38-39 en las Oficinas de Cementos Andino a las 3:00 p.m. del día viernes 26 de febrero de 1999”.

Las pruebas anteriormente analizadas llevan al Tribunal a la certeza de que realmente y con la debida anticipación se pidió al doctor Ricardo Ronderos, dada su calidad de representante legal de Cementos Hércules S.A., la posposición de la firma de la escritura para las tres de la tarde del mismo día y, además, en las oficinas de Cementos Andino S.A.

8.1.2. Controversia de lo anterior. Debe ahora el Tribunal determinar si la solicitud, como lo asevera el Dr. Armando Santacoloma, fue aceptada y, de ser así, se varió consensual y válidamente ese aspecto del negocio de promesa o si, por el contrario y como lo afirma el Dr. Ronderos en varios apartes de su versión, no estuvo conforme con el cambio propuesto y expresó de manera terminante su negativa a cambiar la hora y el lugar, caso en el cual seguían imperando los inicialmente establecidos.

8.1.2.1. En efecto, es reiterativo el Dr. Ricardo Ronderos en señalar que él como representante legal de Cementos Hércules S.A. no dio su aceptación al pedido de posponer la firma de la escritura para la hora de las 3 p.m.:

“SR. RONDEROS: El como dije me solicitó que se cambiara la hora, le expresé que no se podía realizar ese cambio” (Folio 997 del cuaderno de pruebas 4).

Posteriormente agrega:

“SR. RONDEROS: En la primera llamada ya había dicho que no estaba en capacidad de cambiar la hora, el sitio para mí ya fue en otra conversación posterior, la primera fue la que yo le dije no cambio la hora.

“DR. TOBAR: En alguna ocasión aceptó Ud. expresa o tácitamente el cambio de la hora y sitio de firma de la escritura?

“SR. RONDEROS: No.” (Folio 1002 del cuaderno de pruebas 4).

8.1.2.2. En la carta de marzo 5 de 1999 que remitió el Doctor Santacoloma al doctor Alberto Carbó, donde propone que se subsane el inconveniente presentado y se cumpla con lo acordado, indica que "Don Ricardo aceptó expresamente el favor que le pedí, sin objeción ni reticencia alguna y así quedó todo lo dispuesto” (Folio 240 del cuaderno de pruebas 2).

Esta comunicación la responde el señor Ronderos el 15 de ese mismo mes (folio 243 del cuaderno de pruebas 2) indicando que “No es cierto que yo, como liquidador suplente de Cementos Hércules en liquidación haya aceptado expresamente o tácitamente modificar los términos del contrato de promesa de compraventa de activos, ni menos modificar la hora pactada en el mismo documento”.

8.1.3. Análisis crítico de lo sentado en los puntos 8.1.1. y 8.1.2. Al aplicar el artículo 187 del CPC que dispone que "Las pruebas deben ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos", encuentra el Tribunal que las pruebas practicadas y los hechos indiciarios que de ellas surgen, ponen de presente que la aseveración del Sr. Ronderos no halla sustento probatorio, pues todo evidencia que dio aceptación a la solicitud del Dr. Santacoloma, como se pasa a comprobar y, por ende, que válidamente se modificó esa obligación contractual.

Lo primero a destacar es que la solicitud de aplazamiento no implicaba perjuicio alguno para los intereses de Cementos Hércules S.A. dado que los ingresos a que tenía derecho los recibiría el mismo día, no se trataba de posponer por semanas o meses la observancia de las prestaciones a cargo de Cementos Andino, ni de un recurso de Cementos Andino para lograr un tiempo amplio con el fin de cumplir las obligaciones a su cargo, pues solo se trataba de correr en cinco horas la firma de la escritura, para que quien debía suscribirla como comprador pudiera asistir al grado de uno de sus hijos. El motivo para pedir esa posposición por unas horas, era justificado, pues en el ámbito familiar pocas cosas tienen tanta importancia como el grado de un hijo como profesional; de ahí que la solicitud no conllevaba nada de extraño, máxime si se consideran las relaciones personales cordiales que sostenían los doctores Ronderos y Santacoloma de años atrás, aspecto que constituye indicio para asumir que la supuesta negativa que dio a la petición, en la forma terminante y expresa como lo asevera el Dr. Ronderos, no existió.

Si realmente la posición del Dr. Ronderos hubiera tenido el carácter rotundo, claro y expreso que dice dio a la primera petición, la de aplazamiento de la hora, no se explica como él acepte que posteriormente a la primera solicitud, la de cambio de la hora, recibió otras tres llamadas del Dr. Santacoloma en una de las cuales este le planteó adicionalmente el cambio del sitio, pues carece de lógica, a no ser que se haya aceptado el cambio de hora, que se venga a pedir el del sitio cuando supuestamente existía una negativa contundente y rotunda para el cambio de la hora.

En efecto, así se expresó con relación al punto:

“Dr. LONDOÑO: Quiere ser preciso y decir al Tribunal si en los tres o cuatro días anteriores a que el Dr. Carbó desapareció de la escena, las llamadas que le hizo el Dr. Santacoloma fueron continuas y muy insistentes?”

“Sr. RONDEROS: Me llamó como tres veces como ya lo manifesté.

“DR. LONDOÑO: Recuerda si lo llamó a un teléfono celular?”

“Sr. RONDEROS: Sí, me llamó a mi teléfono celular.

“Dr. LONDOÑO: Recuerda solamente tres llamadas telefónicas?”

“Sr. RONDEROS: Sí, yo recuerdo solamente tres llamadas.

“Dr. LONDOÑO: El Dr. Santacoloma siempre le dijo en esas llamadas que se estaban preparando para la firma de la escritura?”

“Sr. RONDEROS: Sí” (Folio 1012 del cuaderno de pruebas 4).

La conducta de Cementos Andino S.A., materializada en todas las actuaciones que previas al 26 de febrero de 1999 surtió ante la Notaría 45 de Bogotá, muestran también la certeza de la aceptación de lo propuesto, tal como lo declaró la abogada de la Notaría doctora Janeth Patricia Rodríguez Ayala quien, entre otros aspectos, en declaración que al Tribunal merece toda credibilidad dado el carácter imparcial y responsivo de su versión, dijo:

“...nosotros teníamos entendido que esa escritura se iba a firmar en la tarde, a las 3 en las oficinas de Cementos Andino porque así nos lo habían solicitado (...) la doctora Martha Estrada nos lo había solicitado vía fax y telefónicamente que esa escritura se había acordado con el representante legal de Cementos Hércules que la iban a firmar a las 3 de la tarde” (Folio 804 del cuaderno de pruebas 4).

Si en verdad la terminante negativa del Dr. Ronderos hubiera existido, carece de toda lógica que Cementos Andino observara una serie de conductas que ponían de presente de manera inequívoca que la solicitud de posposición de la firma de la escritura había

sido aceptada por el representante legal de Cementos Hércules, tal como lo aseveró el Dr. Santacoloma, pues se insiste en resaltar que se trataba tan solo de una dilación de cinco horas para suscribir el documento público, de manera tal que las posibilidades de cumplimiento de las obligaciones a cargo de Cementos Andino en nada se alteraban y no se perjudicaba a Cementos Hércules S.A.

Lo que se infiere de las pruebas practicadas es que el señor Gustavo Ronderos vio en la explicable solicitud de posposición pedida por el representante legal de Cementos Andino S.A., una ocasión propicia para crear, indebidamente, un motivo de incumplimiento de esta última, basado en la circunstancia de no haber sido pasada a escrito la modificación acordada consensualmente y que, reitera el Tribunal, era válida, lo que explica el que haya negado que estuvo de acuerdo en cambiar la hora para las 3 p.m. cuando en verdad sí lo había aceptado.

Ciertamente, otra circunstancia de interés para este análisis probatorio y que evidencia el motivo que se tuvo para crear ficticiamente la situación de supuesto incumplimiento por parte de Cementos Andino S.A., es la atinente a que Cementos Hércules S.A. enfrentaba problemas con Cementos Boyacá S.A., derivados de los contratos que obran en documentos de julio 1º y 8 de 1998, empresa esta que no se hallaba conforme con la reactivación de la fábrica de cemento, por lo que estaba en disposición de presentar demandas en contra de Cementos Hércules, aspecto que reconoce el representante legal para 1999 de Cementos Hércules S.A., Dr. Alberto Carbó, cuando manifiesta:

“A mediados de enero de ese año, tuvimos conocimiento que Cementos Boyacá pretendía iniciar o presentar algunas demandas contra Cementos Hércules por un supuesto incumplimiento del contrato que nosotros habíamos firmado con él (...) el mayor incumplimiento sería el hecho de que nosotros vendimos la marca con la condición de que no se produjera cemento en esa zona y se estaba produciendo cemento en esa zona” (Folio 1023 del cuaderno de pruebas 4)

Lo anterior lo confirma el señor Bernard Terver, representante legal de Cementos Boyacá S.A., cuando expresó al ser preguntado por el señor apoderado de la parte demandada:

“nos dicen que inician o tratan de iniciar algunos trámites jurídicos contra Carbó y su gente?

SR. TERVER: Sí” (Folio 1121 del cuaderno de pruebas 5)

Como del contrato de agosto 21 de 1998 entre Cementos Hércules S.A. y Cementos Andino S.A. (cesionario) se desprende con claridad que, salvo el denominado cemento "Oil Well", no se estableció limitación alguna en lo que concierne con la producción de cemento, opinión que confirma la cláusula 14 del contrato de agosto 21 de 1998 donde se advierte que "los compradores se comprometen a usar sus propias marcas en los productos que vayan a elaborar y a hacer los registros respectivos ante la autoridad competente", Cementos Boyacá S.A., al parecer, estimó que al haber vendido Cementos Hércules sus bienes y dedicarse estos a la fabricación de cemento, se violaban los contratos de julio de 1998 celebrados entre esas dos empresas, a cuyas consecuencias, calificación o alcances es ajeno este Tribunal en lo que a ellas concierne, pero no lo puede ser en lo que esos contratos y las conductas de tales empresas tienen reflejo en los hechos objeto del presente arbitramento y frente a Cementos Andino S.A.

Es así como los accionistas de Cementos Hércules, que se hallaban ante dos posibilidades de litigios, optaron por tomar partido y evitar conflictos con Cementos Boyacá y pocos días antes del señalado para la firma de la escritura vendieron sus acciones en Cementos Hércules a Cementos Boyacá, tal como esta probado en el proceso con el contrato del 23 de febrero de 1999, de ahí el haber visto el Dr. Ronderos, en la solicitud de aplazamiento de la firma de la escritura, una oportunidad para artificioosamente crear y predicar de Cementos Andino incumplimiento en el contrato de agosto 21, al presentarse a suscribirla en una hora que muy bien se sabía no iba a comparecer el Dr. Armando Santacoloma, de quien se conocía donde y que estaría haciendo, proceder al que no fue ajeno Cementos Boyacá S.A. pues prestó activa colaboración y corrió bajo su dirección la ejecución del plan urdido a última hora, tanto así que el señor Ronderos no pudo dar al Tribunal ninguna respuesta satisfactoria acerca de su proceder en la Notaría 45 al sentar el acta de comparecencia 6, pues expresamente aceptó que se limitó a firmar lo que los asesores legales de Cementos Boyacá habían preparado.

Adicionalmente la razón expuesta por el doctor Alberto Carbó acerca del interés por colaborar con Cementos Boyacá queda patente cuando advierte al responder pregunta del Tribunal acerca de la causa para vender las acciones en Cementos Hércules: "Si, Cementos Hércules no tenía la capacidad económica para defenderse en dos frentes diferentes en uno con Cementos Boyacá que no estaba de acuerdo con Cementos Hércules y el otro con el cumplimiento por parte de Cementos Andino..." (Folio 1024 del cuaderno de pruebas No. 4) [Se destaca]

El negocio de venta de las acciones de Cementos Hércules a Cementos Boyacá por un considerable valor que en principio no parece explicable dado que la primera prácticamente había transferido todo su patrimonio (activos y pasivos) en los negocios de julio 1º y 8 y agosto 21 de 1998, halla su razón en una de las respuestas dadas por el señor Gustavo Ronderos al Tribunal donde pone de presente que se había decidido que no se firmaría la escritura el 26 de febrero de 1999, pues asumieron que Cementos Andino no iba a cumplir, de ahí que ante esa determinación el activo patrimonial de Cementos Hércules podría incrementarse con la recuperación de lo vendido y prometido en venta en agosto 21 de 1998.

Así se expresó el Sr. Ronderos:

"Había una hora preestablecida que si mal no recuerdo era a las 11 a.m., 11.30 a.m., para la firma de la escritura, me hice presente pero ya no era para la firma de la escritura porque nosotros tres días antes habíamos realizado la venta de las acciones a Cementos Boyacá y con anticipación a eso nos habíamos dado cuenta que la firma Cementos Andino no estaba cumpliendo con los compromisos que estaban adquiridos dentro del contrato de venta como era la liberación de nuestra obligación y el paz y salvo con el IFI que era la razón por la cual nosotros hacíamos toda la transacción que era que nos liberaran de esa obligación, faltando una semana nosotros no habíamos tenido ningún avance referente a la liquidación prestacional y en una semana no lo van a hacer y en el IFI averiguamos y no había ni siquiera solicitud de paz y salvo de parte de Cementos Andino, porque nos obligó a pensar como liquidadores que nosotros no podíamos continuar con ese negocio y antes de que llegara la hora todavía teníamos algo que vender y fue así como se efectuó una venta de acciones a Cementos Boyacá" (Folio 996 del cuaderno de pruebas No. 4) [Se destaca]

Pone de presente lo anterior que realmente lo que adquiriría Cementos Boyacá S.A. era aquello que Cementos Hércules S.A. pudiera obtener de las acciones judiciales en orden a demostrar el incumplimiento de Cementos Andino S.A., y que se daba como un hecho.

Ciertamente, está acreditado dentro del proceso que los señores Ricardo Ronderos y Alberto Carbó optaron por enfrentar a Cementos Andino como posible contrincante jurídico, y es así como desde antes de vender las acciones a Cementos Boyacá empezaron a desarrollar maniobras en orden a colocarla en situación de incumplimiento, lo que se patentiza en la conducta evasiva y dilatoria que dieron a las peticiones de Cementos Andino para lograr el documento que permitía observar el requisito exigido por el IFI para cancelar anticipadamente la obligación asumida y que desde el 10 de septiembre venían honrando, tal como esta demostrado, todo con el fin de poder alegar en su momento el incumplimiento de Andino por el aspecto en cita.

Al respecto obran las siguientes pruebas:

El señor Armando Santacoloma al absolver el interrogatorio de parte al ser preguntado por el apoderado de la parte actora acerca de si cumplieron "ustedes con la obligación de liberar a Cementos Hércules y de levantar las garantías que tenía el IFI", respondió: "SR. SANTACOLOMA: Vuelve el tema de que nosotros teníamos la disponibilidad del dinero y que para poder prepagar al IFI, se necesitaba un formulario que le insistí, no una sino 3, 4 veces, yo vi al Dr. Carbó muy interesado en llenar el formulario, a lo último, 15, 20 días antes, el ya se olvidó del tal formulario No. 6 que tenía que mandarme para yo poder pagar, uno decía que hubo del formulario? Si, sí, ya lo estoy llenando, es la actitud de enero 15, 20 días antes, la actitud del doctor Carbó sobre la llenada de ese formulario para poder pagar." (Folio 999 del cuaderno de pruebas 4).

El señor Alberto Carbó al ser interrogado por el apoderado de la parte demandada dice no recordar ninguna gestión con el IFI y menos por escrito acerca de haber dado iniciación al trámite para obtener la autorización de prepagar la obligación; al serle puestos de presente los documentos que obran a folios 194 y 195 donde se da respuesta a solicitud presentada por el Dr. Carbó, luego de intentar vanamente negar conocimiento sobre el punto termina aceptando que "Es probable que lo haya solicitado" y ante la solicitud de prepagar destaca que "No la recuerdo, pero la admito." (Folios 1044 y 1045 del cuaderno de pruebas 4), pruebas que ponen en evidencia que es cierto lo señalado por el representante legal de Cementos Andino acerca de que se iba a pagar toda la deuda y si no se pudo hacer fue debido a ese cambio de conducta de Cementos Hércules, cuya causa ya quedó establecida, el haber tomado partido acerca de con quien iría posiblemente a sostener litigios.

Similar es la posición del señor Ronderos con relación al punto; cuando se le interrogó trató de evadir una respuesta concreta: "No, no se de eso", "No recuerdo eso", "Es que había créditos en dólares y en pesos", para finalmente admitir que supuso de antemano el incumplimiento porque: "Di por sentado que cuando el IFI me informa que no han hecho los trámites para la liberación" (Folio 1007 del cuaderno de pruebas 5) sin considerar que esos trámites requerían para su perfeccionamiento del necesario concurso de Cementos Hércules, el que se negó luego del abrupto cambio de posición en lo que concierne con el cumplimiento del contrato.

No obstante, como por el camino se presentó la ocasión propicia para basarse en otro motivo diverso de incumplimiento, todo el aspecto atinente al cumplimiento de la obligación con el IFI paso a plano secundario y es por eso que no se alegó este hecho como explicativo de la no suscripción de la escritura, pero si se le tuvo en cuenta en el hecho 14 de la demanda, lo que impone al Tribunal el análisis advertido además de para relieves la conducta contractual de Cementos Hércules, concluir que no existió incumplimiento de Cementos Andino en lo que al tema concierne pues si no se pudo perfeccionar la solicitud de prepagó fue debido al obstáculo creado por Cementos Hércules con los fines advertidos.

En adición, se tiene que no obstante esa anticipada y clara determinación de no perfeccionar el contrato, jamás se comunicó a Cementos Andino y, por el contrario toda la conducta exteriorizada por el representante legal de Cementos Hércules fue la de estar dispuesto a cumplir con su obligación de suscribir la escritura en la hora de las 3 de la tarde del mismo 26 de febrero de 1999, tanto así que dialogó acerca de los detalles de cuentas finales y concertó una reunión para ultimar esos detalles, que a la postre incumplió, todo lo cual constituye conducta censurable pues no es ese un modo de obrar correcto, como tampoco lo es el haber empleado el cambio autorizado de hora para volver al no vigente pero que constaba en el escrito, para derivar de esa única circunstancia y no de las otras (pago al IFI, pensiones) el incumplimiento de Cementos Andino S.A.

En efecto, al ser preguntado por el Tribunal el Dr. Ronderos acerca del motivo por el cual no expresó "al señor Santacoloma ese propósito que ya había definido", respondió: "Pensamos que era mejor hacer una presentación en notaría, hacer un acta de comparecencia y dejar claros los incumplimientos que notábamos en el contrato y ya manifestar que nosotros no éramos accionistas en ese momento o los señores accionarios en ese momento hasta hacía tres días, preferimos esperar el momento de la firma para notificarles de todo (...) preferíamos esperar el golpe total para notificarlo de todo, en el momento de la supuesta firma" (Folio 999 del cuaderno de pruebas 4).

No obstante, en el momento de la comparecencia dentro de la hora inicialmente fijada y que había sido modificada, el señor Ronderos nada manifestó respecto del supuesto incumplimiento y todo lo basó en que se hacía presente para cumplir en la hora pactada, de ahí que interrogado por el Tribunal acerca de esa contradicción, expresó:

"Se me sale de las manos, comparecí acompañado del abogado Jaime Tobar quien me asesoró en la operación del acta de comparecencia como lo habíamos descrito, ya no se por que quedó así". (Folio 999 del cuaderno de pruebas 4).

Adelante, cuando de nuevo se le interrogó por el señor apoderado de la parte demandada acerca del punto y luego de aceptar que él leyó el acta que firmó en la Notaría, dijo:

"La intención era firmar una acta de comparecencia, de incumplimiento y punto, que haya quedado redactado ahí que nos presentamos con la intención de presentarnos, no era mi intención, era la de dar cumplimiento por nuestra parte, pero no íbamos a firmar porque estábamos convencidos del incumplimiento." (Folio 1012 del cuaderno de pruebas 4)

La conducta misma observada por el Dr. Ronderos al acudir a la notaría 45 en la hora de las 10 a.m. muestra que el interés era suscribir cuanto antes el acta de presentación, y a pesar de que se le puso de presente que la firma era para las tres de la tarde persistió en

su propósito, no obstante aceptar que se llamara al Dr. Armando Santacoloma, e incluso decirle que lo esperaría, pero sabedor que donde él estaba mal podía llegar dentro de esa hora, pues ni siquiera en tal circunstancia tuvo el carácter para explicitar su determinación.

En efecto, así se expresó al ser interrogada por el Tribunal la doctora Yaneth Patricia Rodríguez, declaración que, se reitera, merece credibilidad y lleva certeza:

“DRA. RODRIGUEZ: Hacia las 10 de la mañana de ese día llegó el doctor Ronderos a hacer el acta de presentación porque no estaba el representante legal de Cementos Andino, le informamos que teníamos conocimiento que era a las 3 de la tarde, le dijimos que íbamos a llamar al representante legal de Cementos Andino para informarle si se le había olvidado y nos dijo que no había problema, e incluso cuando llamamos a la persona de Cementos Andino a avisarle, esa persona llamó y habló telefónicamente con el doctor Ronderos (...) en todo caso quedaron en que él lo esperaba, es lo que nos dieron a entender, de que iban a esperar al representante legal porque estaba en ese momento en un grado en una universidad.” (Folio 809 del cuaderno de pruebas 4).

Sin embargo de lo manifestado por el Dr. Ronderos, agrega la declarante al dar respuesta a pregunta del Tribunal acerca de si hubo espera:

“No hubo espera, inmediatamente nosotros procedimos a hacer el acta. Hacia las 12 del día si llegó el representante legal de Cementos Andino y nos solicitó que hiciéramos otra acta en donde dejáramos constancia de esa situación, de lo que había pasado. Hacia las tres de la tarde volvió con unos cheques, la cancelación de unas obligaciones o algo así y se volvió a hacer presentación”. (Folio 809 del cuaderno de pruebas 4)

La actuación del señor Ricardo Ronderos, a la sazón representante legal de Cementos Hércules S.A. y persona encargada de toda la negociación a partir del agravamiento del estado de salud del Dr. Alberto Carbó, no es admisible por ser deber de toda persona actuar con lealtad, de ahí lo inadecuado de su conducta en orden a crear la situación de incumplimiento en cabeza de Cementos Andino para así honrar la obligación adquirida con Cementos Boyacá S.A. al venderle las acciones en Cementos Hércules, de no llevar a perfeccionamiento el contrato suscrito con Cementos Andino S.A., con lo cual queda en evidencia que para evitar los anunciados pleitos que Cementos Boyacá planeaba iniciar en contra de Cementos Hércules S.A., esta comprometió a no dar cumplimiento a las obligaciones restantes a su cargo provenientes del negocio jurídico de 21 de agosto de 1998 y en orden a ese fin vio en la petición verbal aceptada, de posposición de la hora, circunstancia propicia para, indebidamente, tratar de crear un motivo de incumplimiento a cargo de Cementos Andino S.A.

Frente a esta clase de conductas, es pertinente recordar que la Corte Suprema de Justicia con acierto, indica que "Los principios que gobiernan la dinámica contractual imponen a cada uno de los contratantes ligados por una convención, poner de su parte todos los medios a su alcance para cumplir sus respectivas obligaciones"

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA en G.J. T. LXXXVII, página 650.

(7)

y no buscar las bases en orden a que la otra parte pueda ser tachada de incumplida, en otras palabras, es de la esencia del aspecto ético – jurídico, predicable de todo contrato, estar en disposición de cumplirlo, de colaborar y facilitar el camino para que la otra parte también lo pueda hacer.

Las respuestas dadas por el señor Ronderos al Tribunal, relevan de mayores comentarios acerca del punto:

“DR. CUBIDES: En la actitud que se asumió el 26 de febrero en la notaría de no suscribir la escritura, había un acuerdo claro o una instrucción de los nuevos accionista de Cementos Boyacá para no es decir una disposición gerencial de Cementos Boyacá ?

“SR. RONDEROS: Era claro que iba a presentarse un incumplimiento, entonces orden clara no, simplemente tenía que comparecer como requisito dentro del contrato y dejar constancia.

“DR. CUBIDES: Mi pregunta es hubo una disposición de parte de Cementos Boyacá en el sentido de que usted actuara en el sentido que actuó ?

“SR. RONDEROS: Ya como nuevos accionistas de la empresa era requisito no firmar el contrato. (se destaca).

“DR. CUBIDES: Es decir, la compra de las acciones, estaba hecha sobre esa condición ?

“SR. RONDEROS: Sobre esa condición porque nosotros habíamos visto que iba a haber un incumplimiento, teníamos que manifestarlo, también es una de las razones por las cuales... (sic) una situación incomodísima, pero preferimos que todo explotara el día de la escritura" [se destaca] (Folio 1000 del cuaderno de pruebas 4)

En virtud de lo analizado en este acápite concluye el Tribunal que también esta probado que la solicitud de posposición de la hora y lugar para firmar la escritura pública fue verbalmente aceptada por el representante legal de Cementos Hércules S.A. y, en consecuencia, validamente se modificó este aspecto en lo que concierne con el contrato de promesa de venta de fecha agosto 21 de 1998, razón por la cual es del caso proceder a analizar si existió incumplimiento; en caso afirmativo a cargo de cual de los contratantes o, incluso, si ambos incurrieron en él y determinar las consecuencias del mismo de conformidad con lo que se establezca.

8.2. El pretendido incumplimiento de otras prestaciones del contrato.

Para los efectos advertidos en el párrafo anterior y acorde el Tribunal con lo ya expuesto acerca de que el documento de agosto 21 de 1998 da cuenta de dos negocios jurídicos diferentes, el de venta de muebles y el de promesa de venta de bienes inmuebles es necesario analizar, en primer lugar, lo que corresponde con las prestaciones a cargo de las partes y a continuación, por separado, lo que compete con cada uno de los aspectos del negocio jurídico.

Con relación al primer punto general se tiene que Cementos Hércules se obligaba a realizar la entrega real y material de los bienes objeto de esos contratos el 10 de septiembre de 1998 y Cementos Andino como contraprestación debía pagar la suma tres mil millones de pesos (\$3.000.000.000.00) de los que se entregaron \$221.006.944.00 a la firma del contrato y el saldo subrogándose o pagando las obligaciones que Hércules tenía con el Instituto de Fomento Industrial por valor de U.S. 370.620.00 , \$168.055.500.00 y \$286.880.400.00, haciéndose cargo de los pasivos pensionales que se estimaron en \$800.000.000.00 y pagando el saldo de \$1.000.000.000.00 con intereses al 2.5% mensual el 50% el día 26 de febrero de 1999, fecha de firma de la escritura pública y el saldo el 30 de junio de ese mismo año.

Adicionalmente, los representantes legales de las dos empresas debían concurrir el día 26 de febrero de 1999 a suscribir la escritura pública que permitiera el perfeccionamiento de la tradición de los bienes inmuebles objeto del contrato.

A partir del 21 de agosto de 1998 y hasta el 26 de febrero de 1999 se encuentra lo siguiente respecto del cumplimiento de las prestaciones advertidas:

8.2.1. El día 10 de septiembre de 1998 Cementos Hércules hizo entrega material de la totalidad de los bienes muebles e inmuebles objeto del contrato, lo cual esta acreditado con el acta de entrega, con lo cual cumplió una de las obligaciones a su cargo.

8.2.2. Cementos Andino S.A. estaba en disposición de pagar las obligaciones que a cargo de Cementos Hércules S.A. existían en favor del Instituto de Fomento Industrial IFI, lo que se acredita con el cheque de gerencia cuya copia se protocolizó con el acta de testimonio de comparencia 8 por valor de \$934.457.213.00) (folios 65 y 66 del dictamen pericial integrado).

8.2.3. Cementos Andino S.A. asumió y ha venido observando el pago de los pasivos pensionales antes a cargo de Cementos Hércules S.A. (folios 59 a 63 del dictamen pericial integrado).

8.2.4. Cementos Andino S.A. contaba con la suma de \$449.533.500.00 para pagar el día 26 de febrero de 1999 el abono correspondiente al saldo de \$1.000.000.000.00 que restaba en favor de Cementos Hércules, como lo prueba el cheque de gerencia cuya copia se protocolizó con el mismo documento citado.

8.2.5. El representante legal de Cementos Hércules S.A. no concurrió el día y hora acordados, o sea el 26 de febrero de 1999 a las 3 p.m. a suscribir en la Notaría 45 la escritura pública, pues ya se vio que trató de hacerlo a la hora de las 10 a.m., la que había sido cambiada, en tanto que dentro de la hora pactada y vigente por el querer de los contratantes, si lo hizo el representante legal de Cementos Andino, tal como lo acredita el acta de testimonio de comparencia número 8. Ahora bien, cierto es que la comparencia la hizo en la Notaría 45, y no en la suya como había sido el pacto integral, no obstante, ante lo sucedido en horas de la mañana mal podría exigirse la observancia de otra conducta y llegar al extremo de citar al notario en esas oficinas, para allí suscribir el acta, cuando se tenía la certeza de la no comparencia de Cementos Hércules.

8.3. Incumplimiento respecto de los bienes muebles.

En lo que corresponde con el negocio de venta de bienes muebles, dejando de lado lo que concierne con la licencia minera No. 7609 de Caroca Marmo que, como se dijo desde el comienzo de este laudo, será objeto de análisis separado, halla el Tribunal que, excepción hecha de la obligación consecencial de realizar la inscripción ante las autoridades de tránsito donde están registrados los diversos automotores objeto de la venta a cargo de Cementos Hércules, este se cumplió dado que se entregaron real y materialmente los bienes objeto del contrato el día 10 de septiembre de 1998, tal como se estipuló en la cláusula décima primera del mismo, de manera que la única indicación que se debe realizar en el laudo es la que atañe con la ejecución de esa prestación a cargo de Cementos Hércules S.A., quien deberá dentro de los cuarenta y cinco días calendario siguientes a la fecha de su ejecutoria, realizar los traspasos de los automotores y tolvas graneleras de que trata el literal d) del la cláusula primera del contrato de agosto 21 de 1998, de manera tal que se haga la inscripción debida ante las respectivas autoridades de tránsito.

8.4. Otras conclusiones y consecuencias.

En lo que toca con el negocio de promesa de contrato de venta, se tiene que la obligación de suscribir la escritura se ha debido ejecutar el día 26 de febrero de 1999 dentro de la hora de las 3 p.m., la cual incumplió por lo ya dicho Cementos Hércules, de manera que dispondrá el Tribunal que, el día viernes 10 de noviembre de 2.000, a las 10.00 a.m., en la Notaría 45 de Bogotá, se realice la suscripción de la misma en lo que concierne con los tres bienes inmuebles que se relacionan en el aparte a) de la cláusula primera del contrato de agosto 21 de 1998, sin lugar a entrega material de esos bienes pues esta ya se cumplió en septiembre 10 de 1998. Lo anterior no obsta para que las partes de común acuerdo fijen otra fecha.

8.5. Las ventas en la provincia Guanentina.

Indica el demandante que Cementos Andino S.A. incumplió con el compromiso adquirido en la cláusula 14 según la cual en un lapso de diez años no podían vender cemento o clínquer en dicha zona geográfica cuya superficie se precisó dentro del proceso (Ver página 102 de la complementación del dictamen pericial), aspecto sobre el cual el Tribunal encuentra que de las pruebas practicadas no se observa que Cementos Andino S.A. haya dejado de cumplir esta obligación de no hacer, y que las señoras peritas ponen de presente al responder pregunta que les hiciera el Tribunal, pues es lo cierto que no se realizaron ventas en ninguna de las localidades que comprenden la denominada provincia Guanentina. Sería extremar la exégesis tomar como violación las dos donaciones realizadas en agosto 1º y 29 de 1999 por la insignificante suma total de \$217.500.00 a entidades educativas de San Gil . En suma, no halla el Tribunal fundamento para admitir que por este concepto Cementos Andino S.A. incumplió el contrato de agosto 21 de 1998.

8.6. El pago de un impuesto de timbre.

Una de las pretensiones de la parte demandante es la condena a Cementos Andino a reembolsar a Cementos Hércules el 50% del valor del impuesto de timbre del contrato que se analiza, celebrado el 21 de agosto de 1998, que en un total de \$30 millones de pesos fue pagado por esta última el 19 de marzo de 1999. La pretensión se extiende a los intereses moratorios a partir de esta última fecha, a una tasa igual a la certificada por la Superintendencia Bancaria para créditos de libre asignación, aumentada en un cincuenta por ciento.

El apoderado de Cementos Andino acepta la razón de la pretensión, pero en atención a que los contratos de promesa de compraventa de inmuebles están exentos del gravamen de timbre, pide que se limite el reembolso al 50% de lo que hubiera correspondido a las ventas de bienes muebles solamente.

De acuerdo las partes en el reembolso, el Tribunal lo decretará, con arreglo a lo previsto en el artículo 89 numeral 5º inciso 2º del CPC el cual dispone: “La notificación del auto admisorio de la demanda en procesos contenciosos de conocimiento produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor”, de manera que se deberán pagar los intereses a la tasa máxima moratoria vigente para el período comprendido entre el momento fue notificada le demanda (24 de mayo de 1999) y la fecha de este laudo arbitral tal como lo prescribe el art. 307 del CPC.

Es censurable el proceder de las partes por la demora en el pago del impuesto solidariamente debido por ellas, y que el pago se hubiere hecho más en razón de la

presentación de la demanda que por respeto a la ley fiscal. Sin embargo, no encuentra el Tribunal objeción al hecho de no haberse excluido del gravamen el valor de los inmuebles, porque en su posición, ya prácticamente de demandante, no se podía pedir a Cementos Hércules -que pagó la totalidad del tributo- que aceptara u ofreciera una distinción respecto de la naturaleza de los bienes, en contravía de su propia argumentación procesal. Cuando se pagó el gravamen -que es el momento determinante para el análisis- no estaba definido el alcance del contrato; de ahí deduce el Tribunal que la demandante obró razonablemente según el entendimiento que tenía del convenio celebrado. Por esta razón no se acogerá la petición de limitar el reembolso a la mitad del impuesto de timbre causado por la venta de los bienes muebles.

8.7. Constitución de las garantías sobre las acciones de Tremix.

Se trata de otro aspecto frente al cual se predica incumplimiento por parte de Cementos Hércules, sobre el supuesto de que el contrato de agosto 21 de 1998 estableció que, para garantizar el saldo que debía ser pagado a Cementos Hércules, "sobre este saldo Tremix pignoraré el 50% de sus cuotas sociales" (cláusula segunda, letra c-), con lo que se quiso significar que los socios de dicha entidad gravarían con prenda el 60% de sus acciones en Tremix, lo que oportunamente cumplieron al constituirla sobre los mismos y entregarla para su inscripción al Dr. Alberto Carbó quien se abstuvo de hacerlo, posiblemente porque había adquirido, en su carácter de representante legal de Cementos Hércules, el compromiso de no cumplir el contrato con Cementos Andino y resultaba evidente que este era un acto contrario al censurable compromiso.

Es por eso que optó el día 22 de febrero de 1999, por anular y regresar al señor Gilberto Santos el documento de prenda, tal como aparece en carta que obra al folio 979 del cuaderno de pruebas 4, lo que lleva a la obligada conclusión de que si no se cumplió esta prestación, fue por causas imputables exclusivamente al proceder de Cementos Hércules.

Ahora bien, para el caso es lo mismo, que si no fuera atinada la anterior argumentación, esa conducta evidencia que Cementos Hércules desistió de emplear dicha garantía por estimarla innecesaria, de ahí lo improcedente de basarse en esta circunstancia como uno de los soportes para obtener la resolución del contrato por incumplimiento de Cementos Andino S.A.

Liberación de Cementos Hércules S.A. y sus accionistas frente al IFI.

En uno de los hechos de su demanda Cementos Hércules sostiene el incumplimiento de Cementos Andino en cuanto al pago, que asumió, de obligaciones a favor del IFI, y a la consecuente liberación de responsabilidad a cargo de Cementos Hércules o de sus accionistas.

Está bien probada la intención de Cementos Andino de pagar la obligación pendiente a favor del IFI. Hizo siempre falta un documento necesario para formalizar el pago, el famoso formulario No. 6 que debía diligenciar Cementos Hércules, y por ello finalmente, a pesar de tener listo el dinero para hacerlo, no pudo concretarse la liberación antes del día previsto para el otorgamiento de la escritura pública el 26 de febrero de 1999.

No obstante lo anterior, como también obra en pruebas, Cementos Andino ha venido atendiendo la obligación para con el IFI, y deberá hacerlo hasta su total cancelación, de modo que, como bien lo sostuvo en su alegato el apoderado de Cementos Andino S.A., no ha habido perjuicio alguno para Cementos Hércules S.A.

Probada la intención y la ausencia de perjuicio, nada puede deducir el Tribunal en apoyo de la idea de un incumplimiento por este aspecto.

9. LA NULIDAD DE UNA DETERMINADA CLAUSULA DEL CONTRATO.

La Quinta Pretensión de la demanda de reconvención está planteada así:

“Que se declare la nulidad absoluta por objeto ilícito del literal b de la cláusula DÉCIMA CUARTA del Contrato, que es del siguiente tenor:

‘A partir de la fecha de cierre, los compradores en caso de producirlo, no venderán cemento o clínquer durante un período de diez años en el área denominada Guanentina del departamento de Santander como tampoco Cemento Oil Well para pozos de petróleo durante un período de 5 años, en todo el país’.

9.1. Racionalidad y causa de la estipulación contractual impugnada.

Prima facie no resulta clara la racionalidad de esta cláusula contractual (“Contrato de Compraventa de Activos Fijos” del 21 de agosto de 1998 suscrito entre la convocante y la convocada), toda vez que según abundante prueba que obra en el expediente, Cementos Hércules S. A. al momento de suscribir aquel contrato se encontraba en estado de liquidación, pero no de una liquidación cualquiera. Se trataba de una liquidación que bajo ningún aspecto permitiría que la empresa se reconstituyera como unidad de explotación económica, esto es, que pudiera enervarse ese estado liquidatorio y volver a explotar su objeto social, es decir, a producir cemento. Que la decisión era esa lo confirman las declaraciones de Alberto Carbó, Ricardo Ronderos y Bernard Terver, transcritas en la parte inicial de las consideraciones de este laudo.

Tampoco es claro que Cementos Hércules S. A. tuviera que honrar un compromiso frente a Cementos Boyacá S.A. constituido por la obligación de no producir cemento en esa planta, en San Gil, en donde están los inmuebles y demás activos materia de la controversia que nos ocupa, puesto que nada de eso dice el contrato suscrito entre Cementos Hércules S.A. y Cementos Boyacá S.A. del 8 de julio de 1997, texto que según declaró Alberto Carbó (folio 1034 del cuaderno de pruebas 4) fue redactado y propuesto por Cementos Boyacá. Además, preguntado el señor Alberto Carbó (representante de Cementos Hércules S. A. al suscribirse el contrato del 21 de agosto de 1998) sobre si una eventual venta de cemento por parte de Cementos Andino S. A. implicaba una “violación al pacto con Cementos Boyacá”, contestó “que la violación sería entre Cementos Andino y Cementos Hércules, no directamente entre Cementos Andino y Cementos Boyacá” (folio 1035 del cuaderno de pruebas 5).

Lo que obra en el proceso son inferencias y deducciones, esto es, elaboraciones lógicas de varios testigos quienes entendían que la venta de una marca (“Cementos Hércules”) habría implicado inexorablemente “la venta de un mercado” –lo que no es cierto, por lo demás-, o en términos mas precisos, la negociación sobre una determinada clientela, punto a partir del cual construyen la obligación de no vender cemento en la denominada Provincia Guanentina.

Pero aún admitiendo que Cementos Hércules S.A. hubiera asumido esa obligación de no hacer frente a Cementos Boyacá S.A., ello constituiría una obligación en el marco exclusivo de las relaciones Cementos Boyacá vs. Cementos Hércules, sin mas alcance normativo que a esas dos personas jurídicas, de tal manera que lo expuesto resulta suficiente para concluir la irracionalidad de aquella cláusula, su absoluta falta de coherencia con el estatus de la parte vendedora (Cementos Hércules S.A.), parte que

ahora viene, en una nueva y distinta relación jurídica, a imponerle una limitación al comprador de unos activos suyos, quien en ejercicio de la libertad de industria y comercio bien podría vender en la zona vedada el cemento que llegare a producir.

Lo anterior, sin embargo, no resulta suficiente para despachar la nulidad solicitada razón por la cual debemos tratar de ubicar esta limitación y carga contractual en el capítulo del derecho positivo con el que pudiera tener mas afinidad o relación, y ese es el Derecho de la Competencia.

9.2. Derecho aplicable a la cláusula censurada.

A pesar de las críticas que puedan haber, Colombia cuenta con un repertorio normativo suficiente para calificar y adecuar, dentro de él, cualquier supuesta conducta de competencia injustificada o contra legem, siendo útil advertir que este rótulo constituye un verdadero género en donde a veces se colocan indiscriminadamente las normas que buscan reprimir la competencia indebida (Ley 155 de 1959), las que están encaminadas a la promoción de la competencia o a la persecución de los abusos de la posición dominante (Decreto 2153 de 1992), las que se ocupan de típicas conductas de lo que tradicionalmente se conoce como competencia desleal (Ley 256 de 1996), las que en forma preferente se encaminan a la protección de los consumidores (Decreto 3466 de 1982 y Ley 256 de 1996), así como algunas otras que claramente forman parte del régimen de la propiedad industrial (determinadas normas de la Ley 256 de 1996

“En contraste con la anterior posición jurisprudencial, el legislador a través de la Ley 256 de 1996 amplió la gama de acciones para la protección de los derechos de propiedad industrial, al catalogar como conductas desleales el empleo no autorizado de signos distintivos (art. 15, inc. 2º), la explotación de la reputación industrial ajena (art. 15, inc. 1º) y la violación del secreto industrial o empresarial (art. 16).

De esta manera con la entrada en vigencia de la ley 256 de 1996, el empresario para proteger sus innovaciones y creaciones en Colombia cuenta con una doble vía, ya que puede acudir, según su conveniencia y de acuerdo a las ventajas que le ofrezcan el procedimiento y la eficacia de las medidas cautelares, a las tradicionales acciones para la protección de la propiedad industrial (actio in rem) o a las acciones que reprimen los actos desleales en el mercado (actio in personam)”. Juan Jorge Almonacid y Nelson Gerardo García, “Derecho de la Competencia”, Legis, Bogotá, 1998, p.309.

(8)

). La posible improcedencia de la agrupación de esas normas de distinta finalidad bajo el género denominado Derecho de la Competencia no es tema que preocupe a este Tribunal cuya obligación es establecer si el derecho positivo colombiano ofrece alguna o algunas fuentes normativas en las que pudiera adecuarse típicamente la cláusula censurada, y si ellas son de carácter imperativo y sancionatorio civil como para que la consecuencia sea la nulidad impetrada.

La normativa que encuentra suficiente el Tribunal para analizar este punto está conformada, en esencia, por lo pertinente de la nueva Constitución Política, por el artículo primero de la Ley 155 de 1959 y por el Decreto 2153 de 1992, en los artículos dedicados a la protección y promoción de la competencia.

Sea lo primero consignar que la nueva Constitución concibió el Estado colombiano como un estado social y democrático de derecho (artículo 1º) y que dentro de la parte que la doctrina llama la Constitución Económica, claramente consignó la función social de la propiedad y de la empresa (arts. 58 y 333, inciso 3º), el deber de respetar los

derechos ajenos y no abusar de los propios (art. 95, 1), el derecho a la libre competencia responsable (art. 333, inciso 2º), el control a los abusos de la posición dominante (art. 333, inciso 4º), siendo claro que aquellos principios y postulados constitucionales, así como su correspondiente doctrina desarrollada por la Corte Constitucional, conforman un prisma con el que debe leerse, nuevamente, todo el derecho colombiano incluido el derecho privado (civil y comercial), con prescindencia de la ideología de cada intérprete u operador del derecho, puesto que como bien lo dice el Código Civil en materia de interpretación de la ley, “La Constitución es ley reformativa y derogatoria de la legislación preexistente. Toda disposición legal anterior a la constitución y que sea claramente contraria a la letra o a su espíritu se desechará como insubsistente” (artículo 9º, Ley 153 de 1887), y como lo confirma y decreta la nueva Constitución Política en su artículo 4º: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entra la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”. Por ello, y de cara a nuestro tema, “el ejercicio del derecho a la libre competencia, que tradicionalmente respondía a una autonomía de la voluntad y a una libertad contractual meramente individualistas, como simple instrumento para la consecución de los fines privados del particular, desde la Constitución de 1991 ha de ser entendido dentro de la filosofía social orientadora del Estado Social y Democrático de Derecho, fundamentada en la sanción al desvío de la finalidad social que busca la competencia económica”

Almonacid y García, op cit, p. 83.

(9)

Con fundamento en el repertorio normativo ya identificado este Tribunal encuentra que una prohibición contractual como la que obra en el literal (b) de la cláusula Décima Cuarta del “Contrato de Compraventa de Activos Fijos” del 21 de agosto de 1998 contraviene normas imperativas en cuanto constituye un acto injustificado de limitación a la competencia comercial, restringe indebidamente el ejercicio de una actividad comercial y empresarial y coarta, igualmente, la libertad de elección que deben tener los potenciales consumidores del producto cuya comercialización se prohíbe en una precisa y determinada zona geográfica, tema que desde el punto de vista fáctico y consecuencial será analizado en este mismo capítulo. Considera el Tribunal que las fuentes normativas pertinentes para calificar la cláusula censurada en la Quinta Pretensión de la demanda de reconvencción son las siguientes:

9.2.1. Como ya lo advertimos –y ello forma parte del límite de la competencia que tiene el Tribunal- el tema se plantea en el marco de las relaciones contractuales de Cementos Hércules S.A. y Cementos Andino S.A. partes entre las que estaba llamada a tener efectos la cláusula reprochada, y para el Tribunal son improcedentes el interés y la participación que hubieran podido tener terceros en la determinación e imposición contractual de esa limitación a la parte compradora de unos determinados activos, puesto que si en la realidad llegaren a resultar vulnerados pactos expresos o implícitos que hubieran podido existir con un tercero (Cementos Boyacá S.A., por ejemplo) ello podría constituir materia de debate por fuera del campo contractual que nos ocupa (res inter alios acta), caso en el cual –y de igual manera- Cementos Andino S.A. resultaría ser un verdadero tercero, ajeno a esa controversia.

9.2.2. El Derecho de la competencia ha evolucionado en Colombia hacia una concepción objetiva, esto es, a centrar su atención en la protección de la competencia en sí, sin importar el origen de la interferencia, ni el estatus de sus actores, de tal manera que no debe el Tribunal detenerse en estas indagaciones. A pesar de ello, es evidente

que la limitación a la competencia que se controvierte proviene de una sociedad comercial cuyo objeto social es la producción y comercialización de cemento (Cfr. certificado de existencia y representación de Cementos Hércules S.A.) así se encontrara en estado de liquidación, y que la sociedad que soporta la limitación –obligación de no hacer- tiene las mismas actividades en su objeto social, con lo que quedaría cubierto el requisito –si es que existiera- de tratarse de una conducta entre competidores efectivos o potenciales. Y esto, por supuesto, razonando dentro de la mas arcaica concepción de la noción y requisitos de la protección de la competencia porque, hoy, el bien jurídico protegido desborda el marco del mero interés particular para extenderse al mercado, a la libertad de comercio y empresa y a la preservación de la libertad de elección y selección que debe garantizársele al consumidor.

9.2.3. No es en el terreno de la llamada competencia desleal (básicamente la Ley 256 de 1996) en donde encuentra el Tribunal que deba colocarse este debate, sino en otra franja de nuestro derecho positivo encaminada a la protección de la competencia como bien objetivado, en la que no importa que exista o no un enfrentamiento bilateral o plurilateral con otros competidores, ni que quien origina la injustificada interferencia, obstrucción o limitación a la deseada competencia comercial sea o no comerciante, puesto que lo que se censura es todo contrato, convenio o conducta con poder o virtud para constituir una injustificada limitación a la competencia comercial, sin importar que esa misma conducta pueda llegar a tipificar, simultáneamente, un caso de abuso de posición dominante o una clara hipótesis de competencia desleal.

9.2.4. En este caso el Tribunal encuentra que la cláusula contractual, cuya nulidad se pretende, irrespeta principios y reglas de protección del mercado de rango constitucional y, de manera directa y precisa, normas de nuestro derecho positivo que expresamente protegen la competencia comercial como bien objetivado y que estimulan la promoción de esa misma competencia, entendido el instituto en una triple proyección suficientemente expuesta por la doctrina y por nuestra jurisprudencia constitucional: la protección de la competencia comercial como eje fundamental del mercado y de una economía de mercado; la libertad empresarial; y la libertad de elección de los consumidores. Y todo lo anterior, reitera el Tribunal, sin que se convierta este caso, ni en un caso de competencia desleal strictu sensu, ni de protección a los consumidores, ni de abuso de posición dominante.

9.2.5. La normativa básica con la que se efectuará la adecuación o no de la conducta –y ahora explicaremos por qué el Tribunal utiliza este término- supuestamente nula, de nulidad absoluta, está conformada en primer lugar por el artículo primero de la Ley 155 de 1959 cuyo texto es el siguiente, según la modificación que le introdujo el artículo 1º. del Decreto 3307 de 1963:

“Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros y, en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos”.

Por otra parte, debe complementarse este texto legal con lo que dispone el Decreto 2153 de 1992, promulgado bajo la vigencia de la Constitución Política y como desarrollo de una determinada visión y calificación del derecho positivo colombiano respecto de la

competencia comercial, cuyos apartes directamente pertinentes para decidir el punto que ahora nos ocupa son los siguientes:

El artículo 2º de este decreto señala así las finalidades de toda la normativa del Derecho de la Competencia: “mejorar la eficiencia del aparato productivo nacional; que los consumidores tengan libre escogencia y acceso a los mercados de bienes y servicios; que las empresas puedan participar libremente en los mercados; y, que en el mercado exista variedad de precios y calidades de bienes y servicios”. En esta norma se recogen, sin ninguna duda, los principios básicos de la Constitución Económica que revelan la orientación que el Estado colombiano decidió darle, a partir de 1991, a la protección y promoción de la competencia comercial.

En el artículo 45 del mismo decreto se presentan unas definiciones que no solo interesan a la Superintendencia de Industria y Comercio para el cumplimiento de sus funciones, sino que son pertinentes para interpretar adecuadamente la Ley 155 de 1959 y este mismo decreto, punto en el que se hace una sinonimia entre acuerdo, contrato y conducta, tal y como lo hemos hecho y lo seguiremos haciendo en esta parte del laudo arbitral.

La protección de la competencia comercial como un bien objetivado se reitera en el artículo 46, rotulado “PROHIBICIÓN”, que dice textualmente: “En los términos de la ley 155 de 1959 y del presente Decreto están prohibidas las conductas que afecten la libre competencia en los mercados, las cuales, en los términos del Código Civil, se consideran de objeto ilícito” (Los resaltados son nuestros). Esta norma es imperativa y sancionadora, de carácter abierto o en blanco, esto es, no existe un número (numerus clausus) de hipótesis típicas y restrictivas a las que deba ceñirse el intérprete, pues ni siquiera las del artículo 47 del mismo decreto tienen esa naturaleza, porque textualmente la misma norma previene que la descripción que presenta de los acuerdos contrarios a la libre competencia es meramente enunciativa (“entre otros”). Sin embargo, llama la atención que para quien quisiera interpretar los ejemplos del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 de otra manera y extremar el ejercicio de adecuación típica, resultaría suficiente considerar la hipótesis N° 2 de ese artículo para encontrar que allí podría subsumirse el acuerdo (conducta o contrato) cuya nulidad se pretende: “Los que tengan por objeto o tengan como efecto determinar condiciones de venta o comercialización discriminatorios para con terceros”.

Lo expuesto es suficiente para identificar y precisar las fuentes formales de derecho aplicables al caso bajo examen.

9.3. Análisis de la conducta (estipulación contractual) censurada y conclusiones.

A continuación entra el Tribunal a estudiar si la restricción impuesta contractualmente, cuya nulidad se solicita en la Quinta Pretensión de la demanda de reconvención, constituye o no un acto que atenta de manera injustificada contra la competencia comercial, porque es bien sabido que pueden existir acuerdos, contratos o conductas limitadores de aquella competencia que podrían ser justificados o ajustados a Derecho, tal y como la ley lo previene y tipifica en forma excepcional en el artículo 49 del Decreto 2153 de 1992.

El texto de la cláusula censurada y la restricción que ella implica a una determinada planta productora de cemento en San Gil (establecimiento de comercio en los términos del artículo 25 del C. de Co.), de propiedad de la parte demandada (empresario

comercial), sobre la efectiva producción y comercialización de tres productos determinados, son fuente de obligaciones de no hacer que contravienen normas imperativas que protegen y promueven la competencia comercial (Ley 155 de 1959 y Decreto 2153 de 1992), obligaciones que igualmente carecen de causa real si se considera la irracionalidad de aquella estipulación contractual, según lo expresado en párrafos anteriores de este mismo capítulo del laudo.

La restricción impuesta a Cementos Andino S.A. –por sucesión contractual- contraviene la normativa comercial citada varias veces porque, evidentemente, prohibirle a un productor de cemento de variadas especificaciones que lo comercialice en su área geográfica de influencia directa y sin que aparezca o se invoque válidamente una excepción a la libre competencia comercial, constituye una conducta (acuerdo o contrato en los términos del Decreto 2153 de 1992, art. 45), que contraviene normas imperativas de nuestro ordenamiento jurídico, cuya consecuencia es, precisamente, la nulidad absoluta según el claro texto del artículo 46 del Decreto 2153 de 1992, en concordancia con la Ley 155 de 1959.

Y que la cláusula censurada sí constituye un acto de limitación injustificado a la competencia comercial también se ratifica –desde el punto de vista estrictamente fáctico- si recurrimos a uno de los métodos que la jurisprudencia norteamericana (USA) ha utilizado en varias ocasiones para analizar pactos y conductas que irrespetan la deseada y promocionada competencia comercial (por la vía de la constitución de monopolios), y uno de esos métodos está constituido por lo que se conoce como la regla de la razón, ejercicio que parece resultarle muy grato a la nueva generación de comercialistas colombianos y que no pasa de ser –y en ello está el mérito de la regla- una manera de interpretar razonablemente la realidad negocial y el mercado, en este caso para restringir jurisprudencialmente el texto amplio de una fuente formal de derecho (Sección 1ª- de la Sherman Act–), pues como lo expone la doctrina, se trataba “de mitigar el carácter omnicompreensivo de la Sección 1ª- de la Sherman Act”

Giner Parreño, César A., “Distribución y Libre Competencia”, Montecorvo S.A., Madrid, 1994, p.60.

(10)

que condena los “agreements, combinations and conspiracies in restraint of trade”. Entonces, partiendo de una presunción iuris tantum (la conducta censurada no constituye ni contribuye a un monopolio), debía el agraviado desvirtuarla probando lo contrario. Pero no nos equivoquemos con estos traslados de métodos de un sistema de derecho a otro, porque aquí el juez tiene una función creadora del derecho insignificante frente a la que tiene el juez del derecho norteamericano o del Common Law en general, y no podría ningún Tribunal nuestro, por la vía que se construyó y para lo que se creó la “rule of reason”, inventar o estructurar excepciones que no hayan sido autorizadas por la ley. En el caso que nos ocupa, la norma es clara y corresponde su aplicación; o, desde otro punto de vista, la hipótesis fáctica censurada se adecua típicamente a la prohibición legal y se impone declarar su nulidad absoluta.

Para concluir el ejercicio, veamos de qué manera funcionaría en nuestro sistema de derecho –mutatis mutandis- la aplicación de la regla de la razón referida. Las normas que reprimen la restricción de la competencia están encaminadas a la protección de un trío de intereses constituido por el de la empresa y los empresarios, el de los consumidores y el mantenimiento de un determinado orden público económico en donde el mercado ocupa un puesto destacado. Empecemos por este último.

9.3.1. Dice la Corte Constitucional en Sentencia C-183 del 6 de mayo de 1998, con ponencia del magistrado Eduardo Cifuentes:

“El mercado constituye un elemento central de la Constitución económica. Corresponde a la ley, sin perjuicio de la facultad de reservar ciertos servicios o actividades económicas en cabeza del Estado, promover la existencia de mercados organizados y competitivos. La promoción de mercados que reúnan estas características, resulta esencial para el despliegue de la libertad económica y para el cabal ejercicio de los derechos de los consumidores. Desde otro punto de vista, el mercado como institución social debe ser garantizado por el Estado, puesto que su anulación o la radical transformación de su función por parte de este, arriesgaría con eliminar uno de los ejes del sistema económico diseñado por el constituyente que, además, sirve de soporte a valiosos derechos constitucionales”.

Y sobre el mismo tema se pronuncia así la doctrina especializada:

“No se trata de resolver un conflicto individual entre dos operadores, como sucede en el caso de la competencia desleal (tantas veces contraria a la libre competencia). Se trata de resolver el conflicto público que supone un atentado al mercado cuando uno o varios operadores actúan contra él. Es el mercado lo que se protege, para servir a los participantes, consumidores y proveedores y para preservar, en definitiva, las reglas del juego”

Soriano García, José Eugenio, “Derecho Público de la Competencia”, Marcial Pons, Madrid, 1.998, ps.20-21.

(11)

(Se destaca).

Para el Tribunal es claro que una cláusula como la que se analiza atenta contra el mercado tal y como lo conciben la Constitución Política y la doctrina de la Corte Constitucional y de los expositores especializados, de tal manera que no se trata de una cláusula inocua sino de una conducta, acuerdo o contrato (Cfr. art. 45 del Decreto 2153 de 1992) que tiene capacidad efectiva para perturbar la producción y comercialización de tres productos en una determinada área geográfica (Provincia Guanentina, o en todo el país), y que ello es así lo confirma plenamente la declaración de parte del representante de la demandada (Armando Santacoloma, folios 1133 y 1134 del cuaderno de pruebas No. 5), así como lo que se pudo establecer pericialmente –a pesar de que se trataba de probar todo lo contrario y para otros efectos- como es el hecho de que no existen ventas de cemento por parte de Cementos Andino en la denominada Provincia Guanentina.– (Cfr. Dictamen Pericial, incluyendo aclaraciones y complementaciones, de Matilde Cepeda y Esperanza Ortiz, folios 101 a– 105)

9.3.2. Y más adelante dice la Corte Constitucional en la Sentencia que acabamos de citar (C-183-98):

“La destrucción de la competencia o su arbitraria y unilateral distorsión, pone término o debilita el sistema de libre empresa. Sin ella se tiende a perder eficiencia y responsabilidad en la producción, distribución y comercialización de bienes y servicios sociales. De otro lado, la justificación de la ganancia empresarial en buena parte reposa en su consecución en un mercado competitivo, en el que se dan cita distintos operadores que luchan entre sí en precio, cantidad y calidad, para satisfacer a los consumidores que, igualmente, perderían si esa sana emulación es detenida o interferida caprichosamente por factores ajenos a los partícipes” (Se destaca).

La cláusula contractual censurada impone una limitación evidente a la capacidad de producción empresarial por la imposibilidad de comercializar tres productos determinados con lo que se perturba la libertad de empresa y su desarrollo dentro de parámetros razonables que en este caso serían la libre producción y comercialización de determinados bienes según los estándares y posibilidades correspondientes a su tamaño, a su tecnología y a la participación en el total de la producción nacional de aquellos tres productos cuya comercialización se restringe, que según lo que escuchó este Tribunal constituye un poco menos del 1% del total de la producción nacional. (Cfr. folio 40 del Dictamen Pericial, incluyendo aclaraciones y complementaciones, de Matilde Cepeda y Esperanza Ortiz).

Y es que por pequeña que sea esa participación en la correspondiente actividad económica, igual derecho tiene una pequeña empresa a que su libertad empresarial no se vea coartada en el escenario de la libre competencia económica. “Desde esta óptica, y teniendo en cuenta que el mismo artículo 333 (C.P.) reconoce la pluralidad de intereses que convergen en la libre competencia económica, se puede afirmar válidamente que la dimensión institucional otorga también espacio a finalidades democratizadoras de la economía, en virtud de lo cual ha de proteger la participación de los pequeños empresarios en el mercado así como la debida protección de los intereses y exigencias de los consumidores”.

Juan Jorge Almonacid y Nelson Gerardo García, “Derecho de la Competencia”, Legis, Bogotá, 1998, p.90.

(12)

9.3.3. Finalmente, otro bien protegido por la normativa que reprime la restricción indebida de la competencia comercial —o que promueve la competencia— es el derecho que tienen los consumidores a una efectiva libertad de elección, la que indudablemente se encuentra agraviada en el caso presente especialmente respecto de los potenciales consumidores de la Provincia Guanentina, y prueba de ello se encuentra en el expediente al demostrarse que Cementos Andino S.A. no ha efectuado ventas de cemento a los consumidores de esa Provincia. Cfr. Folios 103 a 105 del Dictamen Pericial de Matilde Cepeda y Esperanza Ortiz, incluyendo aclaraciones y complementaciones.

“La libre competencia supone que los consumidores o usuarios pueden libremente realizar conductas de elección entre las distintas ofertas alternativas de bienes o servicios, para contratar el que de forma más provechosa para sus intereses satisfaga en mejor forma sus necesidades. El ejercicio de esta libertad implica la existencia de controles que garanticen la libre formación de la voluntad de los consumidores en cuanto a la decisión de contratar precisamente aquellos productos que libremente elijan” Almonacid y García, op. cit. ps. 41 y 42.

(13)

,

Y uno de esos controles es, precisamente, el análisis de la legalidad y eficacia de la cláusula impugnada.

Habiendo concluido el ejercicio de razonar con un método tomado o trasladado de otro sistema de derecho

Cfr. Alfonso Miranda Londoño, “Anotaciones sobre el derecho antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica”, en “Revista de Derecho Privado No.11”, Universidad de Los Andes, Facultad de Derecho, Bogotá, Diciembre de 1992, ps. 139 a 142 (“Sistemas de Análisis”), en donde se explica someramente la “Regla Per Se” y la “Regla de la Razón”. Y allí mismo dice este autor: “al aplicarle la Regla de la Razón a una situación determinada, se deben analizar tres aspectos esenciales: la naturaleza, el propósito y el efecto de la restricción a la libre competencia” (p.140).

(14), debe este Tribunal analizar someramente la facultad que tiene para pronunciarse sobre la nulidad impetrada, sin necesidad de observar ninguna clase de prejudicialidad o de trámite administrativo que pudiera constituir un requisito de procedibilidad para analizar y eventualmente despachar la nulidad solicitada, porque la ley en parte alguna ha tipificado tal condicionamiento de la actividad jurisdiccional.

La complejidad del derecho de la competencia y el especial interés que el Estado colombiano tiene en su preservación y promoción, hace que en ciertas franjas en las que puede resultar difícil establecer la existencia e intensidad de un agravio, esa investigación se la reserve y asigne a la autoridad administrativa, tanto por la especialidad de la materia como por la complejidad de las pruebas pertinentes, así como por el especial régimen preventivo, correctivo y sancionatorio de que se ha ido invistiendo a la autoridad administrativa, y un ejemplo de ello pueden ser las investigaciones antidumping, o los casos de abuso de la posición dominante (Decreto 2153 de 1992), y ciertas clases de deslealtades en la competencia (ley 256 de 1996) cuando simultáneamente constituyan agravios a la libre competencia. En estos casos, establecer, por ejemplo, el presupuesto de la posición dominante es algo que por su naturaleza desborda la formación y metodología del juez-funcionario o de un Tribunal de Arbitraje.

Unas investigaciones preliminares, un análisis previo de los presupuestos o factores económicos esenciales, inclusive sanciones administrativas y medidas cautelares en sede administrativa, son no solo explicables sino además convenientes desde el punto de vista práctico, y la tendencia del derecho continental europeo es que esas investigaciones, así como innumerables autorizaciones, sanciones, cautelas y actuaciones preventivas se las reserve a la autoridad administrativa especializada, con total sometimiento al principio de legalidad y que, en consecuencia, se pueda concluir que el Derecho de la Competencia es esencialmente un “Derecho Administrativo del más puro corte clásico”

Soriano, Op. cit. p.39. Y en esta misma página agrega el autor: “... Los instrumentos de que dispone el Estado para reprimir conductas anticompetitivas, autorizar excepciones a la prohibición de no competir o impedir la formación de capitales monopolistas que dañen al mercado, son justamente instrumentos administrativos, poderes administrativos, acción puramente administrativa...El Derecho de la Competencia se compone de un instrumentario absolutamente típico de las potestades administrativas. Es, en gran medida, Derecho Administrativo sancionador..”

(15)

Pero cuando la ley expresamente protege y promueve un bien determinado como es la competencia comercial y sanciona con nulidad las conductas, actos, acuerdos o contratos (nuevamente el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992) que la restrinjan injustificadamente, si ello aparece probado ante un Juez, se impone la nulidad prevista por la ley porque aquí no hay necesidad de diligenciar o establecer previamente complejos presupuestos de carácter económico –deslealtad en la competencia; posición dominante; dumping efectivo, por ejemplo - porque si el Juez llega a la convicción de que se encuentra debidamente probada una conducta, acuerdo, acto o contrato constitutivo de una restricción injustificada a la competencia comercial, debe declarar la nulidad absoluta prevista de manera expresa en el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992, en concordancia con la Ley 155 de 1959.

Sin embargo, es claro que la debida y anhelada competencia comercial puede ser injuriada tanto por la vía de los negocios jurídicos, como por los hechos efectivos, jurídicos o no, de la vida real. Es bien claro que cuando la ley acude a la nulidad, lo hace en los términos del artículo 1602 del Código Civil, en concordancia con los artículos 1740 a 1756 del mismo estatuto, y con la ley 155 de 1959 y el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992, puesto que, de acuerdo con esta normativa, una causa legal que invalida total o parcialmente un contrato es, precisamente, la declaratoria de nulidad. Mal podría hablarse de nulidad de una conducta concluyente o de las llamadas vías de hecho, y esta aclaración facilita y orienta la decisión de este Tribunal puesto que lo que viene cuestionado a este proceso, en cuanto elemento perturbador de la competencia comercial es, precisamente, una determinada estipulación contractual, de un contrato que llega prevalido de la presunción de legalidad y con total fuerza normativa para las partes.

En este caso no se ha acreditado ante el Tribunal de arbitraje la existencia de una investigación administrativa (que tendría que estar en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio, SIC) que hubiera decidido este mismo conflicto entre las partes pero, aún así, la autoridad administrativa lo habría tenido que solucionar de conformidad con lo que le permite el principio de legalidad y el instrumentario que le ofrece el Derecho Administrativo de la Competencia, dentro del que resulta posible enervar los efectos de una estipulación contractual nula por la vía, por ejemplo, de una garantía propuesta por los investigados que bien podría ser dejar sin efectos, sin eficacia alguna, la referida estipulación, hipótesis en la que la autonomía de la voluntad, movida por los requerimientos y el poder de investigación de la autoridad administrativa, proporciona lo que en un escenario judicial resulta ser una de las más típicas facultades del juez, como es la potestad de declarar la nulidad absoluta, inclusive oficiosamente.

La facultad que tiene este Tribunal para pronunciarse sobre la nulidad impetrada en la quinta pretensión de la demanda de reconvención -de la que no tiene duda alguna el Tribunal, en este preciso y específico caso- se encuentra avalada por la doctrina nacional. En efecto dice un autor:

“Naturalmente puede presentarse el caso de que la SIC (Superintendencia de Industria y Comercio, aclaramos) no haya adelantado su investigación. En este evento el juez civil entrará a decidir sobre los aspectos relacionados con el derecho de la competencia, así como con aquellos referentes a la indemnización de perjuicios”

Miranda Londoño, Alfonso, "El control jurisdiccional del régimen general de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas", en "Compilación documentos sobre derecho de la competencia", Universidad Javeriana, Cuadernos del CEDEC III, Bogotá, 1.999, p.145.

(16)

Con todo el recelo que este Tribunal tiene respecto de cualquier paralelismo de nuestro derecho con la manera como se crea, interpreta o aplica el Derecho de otros sistemas jurídicos distintos del nuestro, no podemos dejar de registrar la evolución de la regla de la razón (rule of reason) en el derecho norteamericano (USA) hacia lo que se denomina la quick look rule of reason que busca, precisamente, que el Juez pueda llegar a una decisión sin tener que diligenciar dispendiosas y agotadoras pruebas de presupuestos o elementos de carácter predominantemente económico. Al respecto dice un autor ya citado:

"Si una empresa carece de una posición de poder en el mercado no puede perjudicar a los consumidores ni a sus competidores.

"(...)

"La aplicación de este examen de la posición de poder debe realizarse sin recurrir a una compleja y detallada definición del mercado relevante. El Tribunal, en numerosas ocasiones, puede apreciar a simple vista – quick look rule of reason- si la empresa que utiliza el sistema de distribución restringida tiene una posición de poder. Como se observa, se trata de una simplificación analítica del supuesto de hecho que debe analizar el Tribunal. Este no ha de entrar en la difícil tarea de delimitación del mercado".

Giner Parreño, op. cit. ps. 240-241.

(17)

Así las cosas, encuentra el Tribunal que para despachar la nulidad solicitada en la quinta pretensión de la demanda de reconvención no debe someterse, observar o esperar el desenlace de un trámite de cualquier autoridad administrativa especializada que le habilite la facultad con la que se pronunciaría al respecto.

El Tribunal considera oportuno advertir que no comparte el concepto de la Superintendencia de Industria y Comercio sobre una estipulación contractual similar a la que se ha analizado en esta parte del laudo ("Nulidad de Acuerdos Anticompetitivos, Concepto No- 00016003-01"), en el que le contestan al consultante "que un acuerdo de esta naturaleza, por adolecer de objeto ilícito, estaría viciado de nulidad absoluta" y mas adelante, cuando se ocupa del "ejercicio de la acción de nulidad de los acuerdos restrictivos de la competencia" (No- 3), dice:

"Al tenor de la norma citada, las acciones de nulidad de los actos restrictivos de la competencia se deben tramitar ante la jurisdicción ordinaria.

El juez civil debe declarar la nulidad absoluta de los acuerdos restrictivos de la competencia cuando previamente se haya acreditado dentro del expediente por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio y/o del juez administrativo según sea el caso, que los actos jurídicos acusados violan las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.

Es pertinente aclarar que al juez civil al conocer de la acción de nulidad, no le corresponde el análisis de la naturaleza anticompetitiva de los acuerdos, porque esta competencia está reservada para la Superintendencia de Industria y Comercio y para los jueces administrativos cuando conocen de las acciones de nulidad y restablecimiento del

derecho contra los actos administrativos de la Superintendencia de Industria y Comercio”.

No se halla en parte alguna esa reserva de facultades en favor de la Superintendencia de Industria y Comercio de manera privativa, o esa restricción de poderes del juez civil (funcionario o arbitral) que construye o concluye el concepto de la Superintendencia sin un claro fundamento formal-jurídico, tesis que acabaría convirtiendo al juez ordinario, en estos casos, en un simple tramitador de papeles sin ningún poder decisorio, pues según lo que reza el concepto, si ya el Superintendente ha calificado la conducta (pacto o contrato) anticompetitiva y es el único llamado a hacerlo, al juez solo le quedaría el mecánico papel de dictar sentencia declarando la nulidad absoluta, como si este fuera un simple notario o fedatario de unas determinadas actuaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Por todo lo expuesto en este capítulo del laudo, este Tribunal declarará la prosperidad de la Quinta Pretensión de la demanda de reconvención, esto es decretará la nulidad absoluta por objeto ilícito del literal b, de la cláusula décima cuarta del “Contrato de Compraventa de Activos Fijos” suscrito el 21 de agosto de 1998 entre Cementos Hércules S.A. y Armando Santacoloma y Gilberto Santos, cedido por estas dos últimas personas (parte compradora) a Cementos Andino S.A.

LA ASUNCIÓN DEL PAGO DE UNAS DETERMINADAS PENSIONES COMO PARTE DEL PRECIO DEL CONTRATO

El literal d) de la cláusula segunda del “contrato de compraventa de activos fijos” está aparentemente redactado de modo impreciso, y requiere la interpretación del Tribunal no solo para fijar su alcance en cuanto a lo que quisieron las partes realizar, sino además en cuanto al monto de lo que sería pagado por Cementos Andino mediante la asunción de obligaciones pensionales a cargo de Cementos Hércules. Su texto es el siguiente:

“d) Los compradores se harán cargo de las obligaciones que de acuerdo a la legislación laboral vigente, Cía de Cementos Hércules, tiene con sus pensionados y por ende continuarán pagando a dichos pensionados las mesadas consecutivas a las que tenga derecho, lo anterior se constituye en una Conmutación Pensional, haciéndose cargo LOS COMPRADORES de pagar el pasivo pensional de la Cía de Cementos Hércules en Liquidación, que está calculado en la suma de Ochocientos millones de pesos mcte (\$800.000.000). En la escritura de protocolización del presente negocio o en escritura especial, según sea aprobado, se relacionarán todos los nombres de los trabajadores pensionados que serán objeto de la conmutación”.

La primera parte del literal d) contiene, según el entendido general, una sustitución pensional porque establece que los compradores, es decir, Cementos Andino por cesión del contrato, “se harán cargo” de las obligaciones pensionales que Hércules “tiene con sus pensionados y por ende continuarán pagando a dichos pensionados las mesadas consecutivas a que tenga(sic) derecho”; pero a renglón seguido, en la segunda parte del literal que se comenta, se describe lo que sería una conmutación al decir que “lo anterior se constituye en una Conmutación Pensional, haciéndose cargo LOS COMPRADORES de pagar el pasivo pensional de la Cía de Cementos Hércules en Liquidación, que está calculado en la suma de Ochocientos millones de pesos mcte (\$800.000.000)”. ¿Fue la intención de las partes transferir solo la obligación de pagar mesadas, es decir,

cantidades mensuales a los pensionados, o, por el contrario, asumir el pasivo pensional todo, y pagarlo en una de las formas previstas por la ley?

Descubrir la intención de las partes reviste importancia porque si fue lo primero, es decir la sola sustitución, la obligación que asume Cementos Andino es el pago de las mesadas futuras mientras existan pensionados; pero si fue lo segundo, es decir, la conmutación, de acuerdo con las normas vigentes habría que calcular el valor actual de las mesadas futuras.

Cementos Andino, demandante en reconvención, pretende que se declare que el valor del pasivo pensional al tiempo del contrato no valía \$800.000.000 sino \$2.202.046.111, y que, en consecuencia, la diferencia (\$1.402.046.111) sea imputada al precio, con lo cual se coloca en el lado de la conmutación, tomándola a su cargo para ser realizada en una de las formas autorizadas por la legislación vigente.

Es evidente que el pago que ha hecho Cementos Andino de las mesadas pensionales desde septiembre de 1998, con la anuencia de Cementos Hércules como se comprobó en las declaraciones de Andrés Galindo, su Liquidador, y de José Sinaí Herrera, miembro de su Junta Directiva, es una primera prueba de que la sola sustitución está en el querer de los contratantes.

Lo mismo puede colegirse de la declaración del señor Armando Santacoloma, representante de Cementos Andino, para quien, si el entendido hubiese sido el de una conmutación, no habría sido indiferente el valor presente de las mesadas futuras, como lo dijo, ni habría prescindido de su cálculo porque era precisamente parte del precio. Sostuvo en su declaración, respondiendo una pregunta del apoderado de Cementos Hércules:

“Nos haríamos cargo de los pensionados que en ese momento el doctor Carbó decía que estaba alrededor de \$800 millones, por eso cogimos y lo metimos en la promesa que los pensionados valían \$800 millones, nunca conocí esa actualización, nunca pregunté más”. “De pronto yo diría que en ese momento se pagaban mas o menos \$17 millones mensuales, entonces yo chequeé si son \$800 millones y se pagan mas o menos \$17 millones con el 2.20, 2.30 de interés, colaboré(sic) que los \$800 millones se relacionaba con un costo financiero y que ese era un valor de los pensionados no más, nunca me mencionó otra cosa distinta”. (Folio 1132 del cuaderno de pruebas 5).

A la pregunta del Tribunal acerca de si lo determinante para establecer el precio fue la suma de los \$17 millones mensuales, y de si no miró aspectos diferentes, dijo:

“Es correcto, en mi estilo como muy sencillo, yo no busqué sino lo que tenía que pagar mensualmente que era un costo financiero, que significa el 2.5% vagamente sospeché que eso podía ser más, como que me dijo la verdad, no relacioné nada más...” “El negocio lo hicimos por \$3.000 millones y lo discriminamos... \$200 millones cuota inicial, \$800 millones de los pensionados, \$1.000 millones al IFI y \$1.000 millones a ellos, o sea que eran \$3.000 millones y siempre hablamos de eso y hablamos de una mensualidad de \$17 millones y lo relacioné como el costo del dinero no más, nunca he tenido pensionados, nunca he recibido pensionados”. (Folio 1141 del cuaderno de pruebas 5)

Igualmente en las declaraciones de Ricardo Ronderos y de Alberto Carbó pueden encontrarse afirmaciones en el sentido de que no se hizo la conmutación porque el entendido era el pago de las mesadas.

Sin embargo, también hay argumentos para pensar que las partes no tenían olvidada la conmutación. El primero es la redacción misma de la segunda parte del literal d) de la cláusula segunda del contrato que se analiza, que termina así: “En la escritura de protocolización del presente negocio o en escritura especial, según sea aprobado, se relacionarán todos los nombres de los trabajadores pensionados, que serán objeto de la conmutación” (se destaca).

Y luego los siguientes dichos de Gilberto Santos, Ricardo Ronderos, Alberto Carbó, Edgar Fandiño y José Sinaí Herrera:

De la declaración de Gilberto Santos:

“DR. PEÑA: Qué recuerda de unos pasivos pensionales que asumirían ustedes como compradores y como mecanismo para pagar parte del precio?

“SR. SANTOS: Ese documento se consideró dentro de la transacción por un monto de \$800 millones y Carbó manifestó que eventualmente... porque tenían una investigación sobre esos pasivos pensionales y que se le podían vender a una entidad de las que compran pasivos y se hacen cargo de ellos y que ellos habían evaluado eso en más o menos unos \$500 millones comprándolos la empresa, deshaciéndose la empresa de esa obligación de una vez por todas o existía la opción de quedarse con los \$17 millones mensuales, que... ciertas circunstancias serían del orden de \$800 millones.

“DR. PEÑA: Dado que usted recuerda que él mencionó una cifra superior a \$800 millones, que es la que figura en el documento?

“SR. SANTOS: Si se vendía, o sea que podíamos optar por vender esa obligación al final y en cuyo caso valdría un poco más y se vendería a una empresa de esas.

“DR. PEÑA: Dice que vender, estaríamos entendiendo que se la transferían a una entidad que se hiciera cargo de atender esas pensiones, razón por la cual se harían cargo de atender esas pensiones... una suma de dinero a esa entidad que es la que usted recuerda del orden de \$1.200 millones” (Folio 1058 del cuaderno de pruebas 5).

De la declaración de Ricardo Ronderos:

“DR. PEÑA: Más que el precio a este Tribunal le interesa la modalidad, la forma de pago.

“SR. RONDEROS: La forma de pago (...) por eso traje los pensionados y obligaciones del IFI, ellos parte del contrato es que iban a responsabilizar y liberarnos de la responsabilidad de los créditos que existían vigentes con el IFI y a asumir la conmutación pensional que existía de parte de esto (...) además de eso había unas platas que ellos entregaban como fue el depósito de cuota inicial de arras de negocio que si no estoy eran \$300 millones y posteriormente había otra plata.

“DR. PEÑA: Sobre este último tema de las obligaciones pensionales de Cementos Hércules (...) pasaron a ser una obligación que asumían los compradores, ustedes como liquidadores ya lo ha dicho cuya finalidad era (...) esos activos qué conocimiento tenían del monto y estado de esas pensiones?

“SR. RONDEROS: Para ese balance nuestro figuraba un monto registrado y anualmente se efectuaba la correspondiente actualización por parte de una firma que contratamos para hacer esta actualización de los montos.

“DR. PEÑA: Según eso, ese era un tema que debería suficientemente claro y sustentado en el momento de estas negociaciones?

“SR. RONDEROS: Por supuesto estaba en el balance y estaba claro eso.” (Folio 994 del cuaderno de pruebas 2)

De la declaración de Alberto Carbó:

"DR. PEÑA: Esto significa entonces que no era suma cierta o definitiva, sino de alguna manera sometida a verificación?

"SR. CARBO: Correcto, además quedó dentro del contrato que la obligación de hacer una conmutación del pasivo pensional que lógicamente no se puede hacer sino ante Mintrabajo, y no dice el contrato que es la conmutación de los sueldos de unos trabajadores, sino la totalidad.

"DR. PEÑA: Lo anterior me parece que no contradice ese contrato del 21 de agosto/98 o el día fijado para la firma de la escritura el 26 de febrero, se pudiera disponer de una cifra exacta, cierta sobre el valor de ese pasivo pensional, por lo menos al interior de la contabilidad de Cementos Andino?

"SR. CARBO: No, al interior de la contabilidad de Cementos Hércules estaba reflejada como la ley lo exige, o sea el balance de Cementos Hércules reflejaba el pasivo pensional de acuerdo al cálculo actuarial hecho por una compañía especializada, el balance de Cementos Hércules no reflejaba nada distinto de la realidad.

"DR. PEÑA: Entonces el compromiso que en la realidad estaba asumiendo la parte compradora, era de pagar lo que fuera la realidad de ese pasivo pensional?

"SR. CARBO: Ya que a través de la conmutación permitida por el Ministerio a través de ellos, ya sea a través de conciliaciones o de los trabajadores lo hubieran podido hacer (...) con absoluta seguridad no hicieron ni lo uno, ni lo otro" (Folio 1021 del cuaderno de pruebas 4).

De la declaración de Edgar Fandiño:

"DR. TOBAR: Acaba de responder que asume un pasivo pensional, ese pasivo pensional lo tiene claro en Cementos Andino?

"DR. FANDIÑO: Cementos Andino asumió un pasivo pensional.

"DR. TOBAR: A cuánto ascendía ese pasivo pensional?

"DR. FANDIÑO: El pasivo pensional que nosotros asumimos para la última vigencia que fue el año 97 estaba sobre los \$2.000 millones. (Folio 1113 del cuaderno de pruebas 5)

De la declaración de José Sinaí Herrera:

DR. LONDOÑO: No; me refiero por ahora al pasivo pensional, le insisto no lo paga Cementos Hércules o si?

SR. HERRERA: No.

DR. LONDOÑO: Pero está amortizando, cuánto vale ese pasivo pensional?

SR. HERRERA: Vale, si no estoy mal, \$2.5 millones." (Folio 1076 del cuaderno de pruebas 5)

No aparece, del material probatorio, uniforme la intención de los contratantes y por ello debe el Tribunal profundizar en los negocios jurídicos implicados -sustitución o conmutación pensional-, cualquiera hubiera sido el pensamiento de las partes sobre los mismos.

Si en época de normalidad de una empresa, en el terreno teórico, puede pactarse libremente solamente una sustitución, es decir, una obligación de proveer al pago de mesadas pensionales sin consideración al monto del pasivo pensional propiamente dicho, no parece que pueda hacerse en casos como el que se analiza, en los cuales existe un contrato celebrado por una empresa en estado de liquidación, y menos cuando para tal empresa el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social ha prescrito pagar las indemnizaciones de ley y realizar la conmutación pensional. Y ello es así por las siguientes razones:

En primer lugar porque para empresas en estado de liquidación la ley prevé otro género de normalización pensional, cual es la conmutación.

En segundo término porque al tiempo de iniciarse el proceso de liquidación de Cementos Hércules, según se deduce de documentos citados por asesores en conceptos que obran en el expediente, el propio Ministerio de Trabajo y Seguridad Social prescribió la conmutación pensional.

Y luego, porque a pesar de que algunos consultores puedan sostener que es posible que una empresa en liquidación pacte solamente sustitución de sus pensiones, un convenio en ese sentido es por lo menos un grave riesgo, en cuanto puede buscarse e imponerse la conmutación en cualquier momento. En efecto, en el caso concreto, la obligación de Cementos Andino de hacerse cargo de las obligaciones pensionales de Cementos Hércules tendría que someterse a las reglas vigentes al tiempo de su cumplimiento, y estas (los decretos 2677 de 1971, 1572 de 1973, normativa reiterada y ampliada en el Decreto 1260 de 2000) facultan al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, pero especialmente a los trabajadores de la empresa obligada, para solicitar la conmutación de sus pensiones.

Por otra parte, desde el punto de vista del patrimonio - ese conjunto de relaciones activas y pasivas de que es titular una persona- tanto respecto de la empresa sustituyente como de la sustituida se impone también considerar y cuantificar la conmutación dentro de cualquier forma de normalización o arreglo pensional. Porque el pasivo pensional, y su cesión, deben registrarse en sus balances en forma fidedigna para que estos reflejen precisamente la realidad económica de las dos empresas, pero ante todo porque el valor de la conmutación es el valor realmente debido a los pensionados.

Es el valor actual de las mesadas futuras, por el cual se haría el pago total si tales pensionados, o el Ministerio de Trabajo, llegaren a solicitarlo en los términos de las disposiciones vigentes. En otros términos, quien asume el pago de unas mesadas futuras no puede dejar de considerar y registrar en su contabilidad como un pasivo cierto, el monto total de las mismas. Podrá ir pagando mensualmente las sumas que forman la obligación o mesada de los pensionados, hasta el final si se quiere, pero no podrá negar el pago de todo lo adeudado, inclusive de una sola vez si esa es la manera escogida por el Ministerio de Trabajo o los pensionados.

Esta última reflexión lleva al Tribunal a considerar que, por lo menos tratándose de empresas en estado de liquidación, no es dable separar los conceptos de sustitución y conmutación, y escoger tan solo uno como objeto de la prestación. En empresas en liquidación, siempre que se trate de hacer una sustitución habrá que calcular los valores de las pensiones futuras - esto es, preparar una conmutación- porque los conceptos son complementarios: mediante la sustitución una persona reemplaza a otra en los pagos mensuales, cuyo valor actual, o sea, el objeto total de la obligación - el valor de conmutación- resulta de calcular el valor presente de las mesadas futuras conforme a la técnica actuarial. El cálculo y su correspondiente registro contable son, por lo demás, particularmente delicados porque en ellos descansa formalmente la seguridad de los derechos de los pensionados, de elevada jerarquía, como se ha puesto de presente en el proceso.

Así las cosas, para el Tribunal queda claro:

Que lo que las partes pactaron en el “contrato de compraventa de activos fijos” no puede ser tomado como una sustitución pensional exclusivamente;

Que lo convenido comprende también la conmutación pensional;

Que las prestaciones económicas derivadas de la sustitución y la conmutación pensionales acordadas, corren a cargo de Cementos Andino;

Que la contraprestación a favor de Cementos Andino consistió en la transferencia de los activos objeto del contrato, en cuanto los pagos pensionales fueron parte del precio de estos.

Corresponde ahora al Tribunal pronunciarse sobre el monto y la exigibilidad de la conmutación a fin de despachar la pretensión de la demandada reconviniendo en el sentido de declarar que el valor del pasivo pensional al tiempo del contrato no valía \$800.000.000 sino \$2.202.046.111, y que, en consecuencia, la diferencia (\$1.402.046.111) debe ser imputada al precio.

La cifra de \$800 millones resultó de informaciones dadas por Alberto Carbó al tiempo de la celebración del contrato; los compradores dieron credibilidad a tal cifra, sin verificarla en los balances de Cementos Hércules, y la verdadera obligación pensional se sitúa en una cantidad cercana a tres veces aquella cifra. Estas conclusiones se deducen de los siguientes apartes de declaraciones que obran en el proceso:

De la declaración de Gilberto Santos:

“DR. PEÑA: Qué recuerda de unos pasivos pensionales que asumirían ustedes como compradores y como mecanismo para pagar parte del precio?”

“SR. SANTOS: Ese documento se consideró dentro de la transacción por un monto de \$800 millones y Carbó manifestó que eventualmente... porque tenían una investigación sobre esos pasivos pensionales y que se le podían vender a una entidad de las que compran pasivos y se hacen cargo de ellos y que ellos habían evaluado eso en más o menos unos \$500 millones comprándolos la empresa, deshaciéndose la empresa de esa obligación de una vez por todas o existía la opción de quedarse con los \$17 millones mensuales, que... ciertas circunstancias serían del orden de \$800 millones.

“DR. PEÑA: Dado que usted recuerda que él mencionó una cifra superior a \$800 millones, que es la que figura en el documento?”

“SR. SANTOS: Si se vendía, o sea que podíamos optar por vender esa obligación al final y en cuyo caso valdría un poco más y se vendería a una empresa de esas.

“DR. PEÑA: Dice que vender, estaríamos entendiendo que se la transferían a una entidad que se hiciera cargo de atender esas pensiones, razón por la cual se harían cargo de atender esas pensiones (...) una suma de dinero a esa entidad que es la que usted recuerda del orden de \$1.200 millones.

“SR. SANTOS: Correcto.

“DR. PEÑA: ¿Recuerda si el señor Carbó le refirió algún otro valor de esos pasivos pensionales como por ejemplo cómo estaban contabilizados en los libros y la contabilidad de Cementos Hércules?”

“SR. SANTOS: No” (Folio 1058 del cuaderno de pruebas 5).

De la declaración de Armando Santacoloma:

“DR. TOBAR: No. Informe al Tribunal si usted o la sociedad Cementos Andino, a la que representa, podía informar sobre el valor del pasivo pensional de la sociedad Cementos Hércules que ustedes asumían dentro del contrato del 31 de agosto/98.

“SR. SANTACOLOMA: Le quiero hacer la siguiente aclaración: nosotros nos sentamos a negociar con el señor Alberto Carbó y Ricardo Ronderos en el Club de

Banqueros. El negocio lo planteamos en los siguientes términos, al final llegamos a que nosotros daríamos por la maquinaria, vehículos, los bulldozeros, toda la maquinaria que había allá, los terrenos y la bodega \$3.000 millones. Le daríamos una cuota inicial de \$200 millones, que nos haríamos cargo de los pensionados que en ese momento el doctor Carbó decía que estaba alrededor de \$800 millones, por eso cogimos y lo metimos en la promesa que los pensionados valían \$800 millones, nunca conocí esa actualización, nunca pregunté más”. “De pronto yo diría que en ese momento se pagaban mas o menos \$17 millones mensuales, entonces yo chequeé si son \$800 millones y se pagan mas o menos \$17 millones con el 2.20, 2.30 de interés, colaboré(sic) que los \$800 millones se relacionaba con un costo financiero y que ese era un valor de los pensionados no más, nunca me mencionó otra cosa distinta”.

“DR. TOBAR: Pregunta No. 9. Pero no tuvo interés en recibir estudios actuariales de esos pensionados de la sociedad Cementos Hércules usted no revisó el balance de la sociedad Cementos Hércules en donde constara eso o simplemente la cifra que informalmente se le dio fue la que se tuvo en cuenta?

“SR. SANTACOLOMA: No señor, llevo 30 años en la industria (...) nunca he recibido un pensionado (...) toda la vida los pensionados se han pagado en el ISS, nunca he conocido un cálculo actuarial; hasta hace poco dije qué es un cálculo actuarial que inclusive me pongo a leerlo y no lo entiendo.

“DR. TOBAR: Pregunta No. 10. Teniendo en cuenta esa respuesta, cuando usted estaba en el negocio con Cementos Hércules, entendían que tenían que hacer una conmutación pensional con el Seguro Social?

“SR. SANTACOLOMA: No, nunca hablamos.

“DR. TOBAR: Si no está dispuesto a recibir un pensionado y no está dispuesto a pagar?

“SR. SANTACOLOMA: Nunca hablamos. Hablamos del tema es que los pensionados valían \$17 millones en ese entonces eran como \$20 millones, los estamos pagando desde que los recibimos en septiembre /98, nunca nos mostraron un balance de Cementos, ni nunca me interesé porque yo estaba comprando era una maquinaria, estaba comprando era un terreno, (yo) estaba comprando una maquinaria para hacer cementos, no más.

(...)

“DR. LÓPEZ: ¿Pero ustedes sí preguntaron cuántos pensionados tenían?

“SR. SANTACOLOMA: No preguntamos, nos dijeron son 66 pensionados y les pagamos \$17 millones mensuales, y eso son más o menos \$800 millones valen los pensionados, nunca vimos un balance, porque nosotros estábamos comprando unas máquinas, era lo que le estábamos comprando a Cementos Hércules.

“DR. PEÑA: ¿Qué tanto acceso tuvo la parte compradora al conocimiento contable, a la verificación de las cifras consecutivas del precio de ese negocio?

“SR. CARBO: Ellos conocieron los balances desde que hicieron (...) antes de establecer algún tipo de negocio con nosotros.

“DR. PEÑA: ¿Pero no acordaron ustedes de manera expresa un determinado período que ellos pudieran establecer al interior de la contabilidad de Cementos Hércules para hacer todo ese tipo de verificaciones?

“SR. CARBO: Para claridad ellos estaban comprando unas maquinarias y unos bienes raíces, entonces el acceso profundo a las cifras de Cementos Hércules se sabía porque ellos no estaban comprando ese (...)

“DR. PEÑA: Restringamos ese acceso exclusivamente a la verificación del activo pensional. Con qué información tomó la decisión respecto de ese precio que se le fijo en ese pasivo pensional. ¿Con qué información tomó esa decisión la parte compradora?”

“SR. CARBÓ: Ellos conocían el pasivo pensional. La razón por la cual se le puso un precio a ese pasivo pensional se debió fundamentalmente al hecho de que ninguna de las dos partes quería pagar un exceso de impuesto de timbre por el contrato, teniendo en cuenta que el pasivo pensional aunque haya un cálculo actuarial que fije una cifra, no necesariamente es una cifra versátil (sic) porque la ley permite hacer una conciliación de pasivo pensional y puede negociar con un pensionado el valor que está en el cálculo actuarial o un valor mayor o menor, y generalmente todas las compañías que negocian pasivos pensionales en los tribunales(sic) de Mintrabajo lo hacen por menor valor del que esta registrado en el cálculo actuarial.

“DR. PEÑA: Esto significa entonces que no era suma cierta o definitiva, sino de alguna manera sometida a verificación?”

“SR. CARBO: Correcto, además quedó dentro del contrato que la obligación de hacer una conmutación del pasivo pensional que lógicamente no se puede hacer sino ante Mintrabajo, y no dice el contrato que es la conmutación de los sueldos de unos trabajadores, sino la totalidad.

“DR. PEÑA: Lo anterior me parece que no contradice ese contrato del 21 de agosto/98 o el día fijado para la firma de la escritura el 26 de febrero, se pudiera disponer de una cifra exacta, cierta sobre el valor de ese pasivo pensional, por lo menos al interior de la contabilidad de Cementos Andino?”

“SR. CARBO: No, al interior de la contabilidad de Cementos Hércules estaba reflejada como la ley lo exige, o sea el balance de Cementos Hércules reflejaba el pasivo pensional de acuerdo al cálculo actuarial hecho por una compañía especializada, el balance de Cementos Hércules no reflejaba nada distinto de la realidad.

“DR. PEÑA: Entonces el compromiso que en la realidad estaba asumiendo la parte compradora, era de pagar lo que fuera la realidad de ese pasivo pensional?”

“SR. CARBO: Ya que a través de la conmutación permitida por el Ministerio a través de ellos, ya sea a través de conciliaciones o de los trabajadores lo hubieran podido hacer... con absoluta seguridad no hicieron ni lo uno, ni lo otro.

(...)

“DR. LONDOÑO: Le dijo al Tribunal que entregó los balances a los compradores de unos bienes y equipos de Cementos Hércules, pero también le había dicho que Cementos Hércules lo que estaba vendiendo era unos activos, explíquenos por qué entregó esos balances y si tiene prueba de que se hayan entregado esos balances?”

“SR. CARBO: No tengo pruebas.

“DR. LONDOÑO: Para qué entregó esos balances, si usted no estaba vendiendo la compañía sino unos activos?”

“SR. CARBO: Por una simple razón, ellos tenía que tener algún conocimiento de la empresa en donde iban a comprar los activos, es decir si compro un carro y el carro no aparece en mis activos no soy dueño del carro.

“DR. LONDOÑO: Dice que con conocimiento de causa los señores de Cementos Andino pusieron una cifra falsa del valor de la pensiones porque el cálculo actuarial hablaba de más de \$2.500 millones y que eso se hizo de común acuerdo para economizarse impuestos de timbre, lo sostiene?”

“SR. CARBO: Lo sostengo, pero además quiero hacer una aclaración, hay un documento interno de Mintrabajo en la cual se fijaba la conmutación pensional de Cementos Hércules en alrededor de \$800 millones, o sea que la cifra de la conmutación pensional no variaba el negocio en si.” (Folio 1152 y ss del cuaderno de pruebas 5)

De la declaración de Ricardo Ronderos:

“DR. PEÑA: Más que el precio a este Tribunal le interesa la modalidad, la forma de pago.

“SR. RONDEROS: La forma de pago (...) por eso traje los pensionados y obligaciones del IFI, ellos parte del contrato es que iban a responsabilizar y liberarnos de la responsabilidad de los créditos que existían vigentes con el IFI y a asumir la conmutación pensional que existía de parte de esto... además de eso había unas platas que ellos entregaban como fue el depósito de cuota inicial de arras de negocio que si no estoy eran \$300 millones y posteriormente había otra plata.

(...)

“DR. PEÑA: Sobre este último tema de las obligaciones pensionales de Cementos Hércules (...) pasaron a ser una obligación que asumían los compradores, ustedes como liquidadores ya lo ha dicho cuya finalidad era (...) esos activos qué conocimiento tenían del monto y estado de esas pensiones?

“SR. RONDEROS: Para ese balance nuestro figuraba un monto registrado y anualmente se efectuaba la correspondiente actualización por parte de una firma que contratamos para hacer esta actualización de los montos.

“DR. PEÑA: Según eso, ese era un tema que debería suficientemente claro y sustentado en el momento de estas negociaciones?

“SR. RONDEROS: Por supuesto estaba en el balance y estaba claro eso.

(...)

“DR. PEÑA: Recuerda el monto que consignaron vendedores y compradores en ese documento de compraventa por pasivo pensional?

“SR. RONDEROS: Era si no estoy mal \$800 millones... se colocó ese monto dentro del documento de venta.

“DR. PEÑA: Ese monto correspondía al que usted nos acaba de referir que muy cuidadosamente se verificaba por profesionales si estaba consignado en los balances o si había alguna diferencia.

“SR. RONDEROS: Había una diferencia, debía haber alguna diferencia.

“DR. PEÑA: Y esa diferencia cómo la explica a este Tribunal?

“SR. RONDEROS: Bueno la diferencia la veíamos nosotros porque consideramos que la carga pensional no es un monto exacto, puede (ser) mayor o menor, mientras se sepa el intangible que existe el monto lo podemos asumir, nosotros siempre hablamos que eso tenía una erogación mensual de \$18 millones que inicialmente fue nuestra conversación, pero el monto es este que figura en el balance; sin embargo para acomodar el contrato, los precios, impuestos de timbre y demás se debió hablar de una cifra de \$800, \$900 millones, una cifra cerca de ese valor.

“DR. PEÑA: Que de todas maneras según su relato, era sensiblemente distinta a la que estaba consignada en los documentos contables?

“SR. RONDEROS: Sí.

“DR. PEÑA: Recuerda si las partes comprador y vendedor, me refiero por un lado a Cementos Hércules y a Gilberto Santos y Armando Santacoloma, o si ustedes de manera expresa les ofrecieron un derecho de acceso, de inspección, de verificación, de comprobación, de cualquier tipo de valor, de estado de activos, contabilidades, estado interno de la empresa en esta operación de compraventa?

“DR. RONDEROS: No recuerdo si ellos como no estaban comprando la empresa sino ciertos activos, pero sí tuvieron acceso a la información, al estado de los activos que estaban comprando y demás.

“DR. PEÑA: ¿Cómo ejercieron ese derecho ellos?

“SR. RONDEROS: Realmente no recuerdo.” (Folio 994 del cuaderno de pruebas 4)

El Tribunal encuentra explicación para que los compradores no hubieran verificado la cifra del pasivo pensional. Como lo dijeron, su negocio versaba sobre activos individualizados y no sobre una empresa o un establecimiento de comercio, y si bien pudieron tener acceso a los balances de Cementos Hércules, la buena relación existente de tiempo atrás entre su representante, el señor Santacoloma, y el señor Carbó, autorizaba a dar a este suficiente crédito cuando hacía referencia a las cifras de los pasivos, a la posibilidad de negociarlos y a la existencia de firmas o empresas que podrían comprarlos por valores inferiores a los que iban a convenirse. De no haber sido así, es decir, si se hubieran verificado las cifras reales y se hubiera comprobado que el pasivo pensional ascendía a tres veces la cantidad de \$800 millones, con lo cual el precio del negocio se habría incrementado a cerca de \$4.400 millones, un 150% respecto del pactado, probablemente habría sido replanteada toda la transacción.

De las declaraciones de los señores Carbó y Ronderos resulta una grave contradicción. Ambos fueron claros en situar en \$800 millones el valor del pasivo pensional, informándolo así a la empresa compradora. El primero mencionó, inclusive, la existencia de un “documento interno de Mintrabajo en el cual se fijaba la conmutación pensional de Cementos Hércules en alrededor de \$800 millones”. Sin embargo, hay pruebas suficientes para afirmar que los mencionados señores conocían el valor exacto de los cálculos actuariales que situaban la obligación pensional en cifras superiores a los \$2.000 millones de pesos. Por una parte el dicho mismo del señor Carbó cuando afirmó que se había puesto en el contrato una cifra falsa porque el cálculo actuarial era de más de \$2.500 millones de pesos; de otro lado las afirmaciones de funcionarios como Edgar Fandiño, director de relaciones industriales de Cementos Hércules hasta diciembre de 1998, o de José Sinaí Herrera, funcionario de Cementos Boyacá, para quienes, según sus testimonios, no había duda acerca de que el monto del pasivo pensional se situaba por encima de los \$2.000 millones; pero principalmente el hecho de que en los balances de Cementos Hércules, conforme lo acredita el dictamen pericial, se registraron para las vigencias de 1996 y siguientes las siguientes cuantías como pasivo pensional, todas de obligado conocimiento de parte de los señores Carbó y Ronderos: para diciembre de 1996 \$1.852.189.539; para diciembre de 1997 \$2.109.001.932; para diciembre de 1998 \$2.297.271.320, y para diciembre de 1999 \$2.595.141.162.

Para el Tribunal la contradicción de los señores Carbó y Ronderos conlleva una actuación desleal. Ellos estaban obligados a mencionar las cifras que conocían, y más aún cuando procedían de cálculos actuariales y debían estar registradas, como estaban, en los balances de la empresa vendedora, amén de que se trataba de aquellos pasivos particularmente delicados y protegidos como son los de carácter laboral. La figura de la conmutación pensional era, y debía ser, familiar para ellos, cuando apenas era conocida para el comprador, lo que también, por el aspecto del conocimiento y la experiencia, imponía el deber de la información fidedigna.

Sin embargo, aprovechando el hecho de que, dada la credibilidad de que aún gozaban ante los compradores, estos no habían verificado sus afirmaciones en los balances de Hércules - así hubieran sido puestos a su disposición, lo que no resultó probado- y aprovechando además la idea del señor Santacoloma de considerar esencialmente los pagos mensuales, se sintieron autorizados para plantear una cifra inferior para integrar el pago del precio.

No es determinante en el tema, ni lógico, hacer recaer en el monto del impuesto de timbre la razón para no precisar el valor exacto del pasivo pensional. Por una parte tal gravamen no se pagó en su momento; pero además es ligero deducir que un costo de \$21 millones - diferencia en timbre entre los \$800 millones y el pasivo calculado técnicamente- fuera a tener influencia decisiva en un negocio tan cuantioso como el que se analiza. Ni se justificaría, tampoco, de haberse conocido el valor real del pasivo por los compradores, que por una cifra relativamente baja corrieran el riesgo de aumentar sustantivamente el precio a su cargo, y se expusieran a las graves consecuencias que tiene la inexactitud en los pasivos pensionales.

Por lo demás, cualquiera hubiere sido la razón, el valor del precio acordado no sufrió variación: fue de \$3.000 millones, cifra en la cual no hubo una sola discordancia en el proceso.

la pauta para establecer la magnitud del pasivo pensional, y los valores precisos al cierre de cada anualidad según los cálculos actuariales.

De la declaración de Andrés Galindo, Liquidador de Cementos Hércules:

“DR. LONDOÑO: Pregunta 12. Quiere decirle al Tribunal cuánto vale en este momento la carga pensional de Cementos Hércules y cuánto el desembolso mensual que ella representa?”

“SR. GALINDO: Desembolso mensual reitero que no estoy haciendo el pago mensual en este momento.

“DR. LONDOÑO: El registro.

“SR. GALINDO: No. no estoy registrando esa parte mensual, lo que tengo registrado es el valor del cálculo actuarial a diciembre/99 en este momento y que arroja una cifra de \$2.595 millones.” (Folio 1146 del cuaderno de pruebas 5)

De la declaración de Edgar Fandiño, Director de Recursos Humanos de Cementos Andino:

“DR. LONDOÑO: Recuerda cuánto eran esos pasivos externos?”

“DR. FANDIÑO: Voy a darle cifras aproximadas, tenía un pasivo laboral equivalente más o menos a los \$2.500 millones, tenía un pasivo pensional sobre los \$2.000 millones, un pasivo con el IFI más o menos sobre los \$900 a 1.000 millones, tenía un pasivo con el Banco Popular que estaba sobre los \$600, \$700, tenía un pasivo con el Banco Colombia también sobre los \$700 millones, tenía un pasivo con Coopcentral que eran \$500 millones, eso cifras aproximadas era entre \$6.000 7 \$7.000 millones, para este año.

(...)

“DR. LONDOÑO: Cuánto es la carga pensional que a usted le conste aparezca en los libros de Cementos Andino o la que aparecía en Cementos Hércules?”

“DR. FANDIÑO: El valor del cálculo actuarial que es la prueba técnica que demuestra cuál es el pasivo, que se hizo la última vez para el año 97 que lo hizo el señor Prieto que es uno de los más conocidos en Colombia estaba un poco más de los \$2.000 millones.

“DR. PEÑA: Ha mencionado que el pasivo pensional de Cementos Hércules es de \$2.000 millones, es un dato que es fácilmente comprobable dentro de la Contabilidad de Cementos Hércules?”

“DR. FANDIÑO: Sí, existe el cálculo actuarial que es un documentos técnico que dentro de un balance establece cuál es el pasivo como tal.

“DR. TOBAR: Acaba de responder que asume un pasivo pensional, ese pasivo pensional lo tiene claro en Cementos Andino?”

“DR. FANDIÑO: Cementos Andino asumió un pasivo pensional.

“DR. TOBAR: A cuánto ascendía ese pasivo pensional?

“DR. FANDIÑO: El pasivo pensional que nosotros asumimos para la última vigencia que fue el año 97 estaba sobre los \$2.000 millones. (Folio 1102 y ss del cuaderno de pruebas 5)

De la declaración de José Sinaí Herrera, funcionario de Cementos Boyacá:

“DR. LONDOÑO: No, me refiero por ahora al pasivo pensional; le insisto, no lo paga Cementos Hércules o si?

“SR. HERRERA: No.

“DR. LONDOÑO: Pero esta amortizando, cuánto vale ese pasivo pensional?

“SR. HERRERA: Vale si no estoy mal \$2.5 millones.” (Folio 1176 del cuaderno de pruebas 5)

Y en el dictamen de las peritos se consignan los valores precisos del cálculo actuarial al cierre de cada año, así: para diciembre de 1996 \$1.852.189.539; para diciembre de 1997 \$2.109.001.932; para diciembre de 1998 \$2.297.271.320, y para diciembre de 1999 \$2.595.141.162.

La pretensión de Cementos Andino se basa en una cantidad de \$2.202.046.111, que es la que indica el cálculo del actuario Uladislao Prieto para el día 10 de septiembre de 1998, obrante en autos. (Folios 583 a 621 del cuaderno de pruebas 3)

Concluye, entonces, el Tribunal, en que hay fundamento para acoger la pretensión de Cementos Andino, y así lo consignará en la parte resolutive del presente laudo, en el sentido de imputar, al precio de la compraventa que se analiza, la cantidad de \$1.402.046.111, diferencia entre los \$800.000.000 que se hicieron aparecer en el contrato y la verdadera prestación asumida por Cementos Andino, cuyo valor es el calculado para el 10 de septiembre de 1998.

LA OBLIGACIÓN DE CAROCA MARMO LTDA. DE CEDER UNA LICENCIA MINERA.

A este tema le da el Tribunal un tratamiento autónomo sin desconocer que tiene un interés plurilateral ya que constituye una de las obligaciones que asumió la parte VENDEDORA (Cementos Hércules S.A. en liquidación) en el “Contrato de Compraventa de Activos” del 21 de agosto de 1998 (Cláusula Primera, e, y Cláusula Décima Quinta); que por ella reclama Cementos Andino S. A. en este proceso (Tercera Pretensión de la demanda de reconvención, cardinal f); y que su cumplimiento constituiría una consecuencia natural de la prosperidad de la demanda de reconvención en aquella pretensión.

Las partes VENDEDORA y COMPRADORA pactaron así esta obligación en el “Contrato de Compraventa de Activos” del 21 de agosto de 1998:

“e). DERECHOS MINEROS. LA VENDEDORA se compromete para que la firma denominada Caroca Marmo Ltda., sociedad actualmente poseedora de los derechos mineros que de acuerdo a la ley le pertenecen a la licencia 7609 ceda la titularidad de los mismos a la COMPRADORA”.

Y más adelante dice el mismo contrato:

“DÉCIMA QUINTA. LICENCIAS MINERAS Y AMBIENTALES. La VENDEDORA se obliga a colaborar y a adelantar las gestiones correspondientes para que CAROCA MARMO LTDA. ceda la Licencia Minera 7609 y se compromete y obliga para que la mencionada sociedad cumpla lo aquí pactado...”.

El Tribunal encuentra que se trata de pacto eficaz y que su naturaleza corresponde a la típica estipulación a cargo de un tercero prevista en el artículo 1.507 del Código Civil que a la letra dice: “Siempre que uno de los contratantes se compromete a que por una tercera persona, de quien no es legítimo representante, ha de darse, hacerse o no hacerse alguna cosa, esta tercera persona no contraerá obligación alguna sino en virtud de su ratificación; y si ella no ratifica, el otro contratante tendrá acción de perjuicios contra el que hizo la promesa”.

También observa el Tribunal que la obligación que se analiza tenía una altísima probabilidad de cumplimiento o ejecución, ya que se encuentra probado que uno de los socios de CAROCA MARMO LTDA. era Alberto Carbó, representante de Cementos Hércules S. A. en el momento en que esta sociedad contrajo aquella obligación quien, adicionalmente, suscribió en su nombre el respectivo contrato el 21 de agosto de 1998. Y que Cementos Hércules S. A. sí estaba en condiciones de determinar la conducta de CAROCA MARMO LTDA. respecto de la cesión de la Licencia Minera 7609 queda demostrado con la conducta concluyente de CAROCA MARMO LTDA. del 2 de marzo de 1999 –exactamente un día hábil después de los sucesos de la Notaría 45 del Círculo de Bogotá- al otorgar poder y facultades a unos determinados apoderados para que adelantaran ante MINERCOL LIMITADA los trámites y gestiones pertinentes para efectuar la cesión de esa misma licencia minera en favor de CEMENTOS BOYACÁ S.A. en ejecución, ahora, de otro nuevo y diferente contrato de cesión (Cfr. folio 649 del tomo III de los anexos de la reforma de la demanda de reconvención).

De conformidad con lo pactado por las partes (“Contrato de Compraventa de Activos” del 21 de agosto de 1998), con el cardinal (f) de la tercera pretensión de la demanda de reconvención, y puesto que esta pretensión habrá de prosperar, el Tribunal declarará y decretará la obligación que tiene Cementos Hércules S.A. –En Liquidación de hacer que un tercero por quien estipuló (CAROCA MARMO LIMITADA) ceda a CEMENTOS ANDINO S. A. la Licencia Minera 7609, efecto para el cual deberá disponer y ejecutar lo que resulte necesario para que CEMENTOS ANDINO S.A. adquiera la titularidad de los derechos correspondientes mediante cesión de CAROCA MARMO LTDA., o de quien corresponda.

ANÁLISIS DE LA PRETENSIÓN DE COMPENSACIÓN.

Debe el Tribunal decidir acerca de la pretensión sexta de la demanda en el sentido de autorizar u ordenar la compensación de las obligaciones que puedan surgir a cargo de la parte convocante y a favor de la convocada como consecuencia del laudo que se profiera.

Si se tiene en cuenta que la compensación, tal como lo señala el art. 1715 del C.C., "se opera por el solo ministerio de la ley y aún sin conocimiento de los deudores", siempre y cuando se hallen reunidos los requisitos que la misma norma en sus tres numerales prescribe (obligaciones en dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género o calidad, que ambas sean líquidas y además exigibles), no es del resorte del Tribunal entrar a realizar señalamientos acerca de lo que, de ser el caso, viene a operar ope legis, de manera que la determinación se muestra innecesaria por invadir campo donde la ley tiene previsto la solución, que para nada depende de lo que se defina en la parte resolutive de una sentencia o laudo arbitral.

No se trata de resolver acerca de la excepción de compensación que proponga la parte demandada acerca de unos hechos pasados, evento en el que es claro el campo decisorio judicial, sino de anticiparse a unos hechos futuros, lo que no resulta pertinente, pues si como resultado de este laudo puede operar la compensación esa consecuencia no depende de una declaración expresa del Tribunal, de manera que es del caso negar la pretensión principal sexta de la demanda, reiterada en las pretensiones subsidiarias.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL SOBRE LA INDEMNIZACION DE PERJUICIOS.

Si se toma en cuenta que quien incumplió sus obligaciones contractuales fue Cementos Hércules, es del caso proceder a establecer el monto de los perjuicios sufridos por Cementos Andino S.A. como consecuencia, reitera el Tribunal, de la actividad desarrollada por aquella empresa y no por otras ajenas al proceso, de manera que para efectos de fijar el monto de los perjuicios, mal pueden ser tenidas en cuenta las actividades desarrolladas frente a Cementos Andino S.A. por la empresa Cementos Boyacá S.A. o por particulares que intervinieron ante autoridades ambientales en nombre propio, pues se concluye del análisis del material probatorio y del alegato de la parte demandada que, en veces, se actúa como si Cementos Boyacá hubiera sido parte dentro de este proceso arbitral dada la participación accionaria que adquirió en Cementos Hércules, lo que procesalmente es inadmisibile.

Todo lo analizado por el Tribunal acerca del incumplimiento de las obligaciones por parte de Cementos Hércules S.A., lo lleva a la conclusión de la existencia efectiva de perjuicios causados por la conducta asumida por esta en la ejecución del “Contrato de Compraventa de Activos” del 21 de agosto de 1998, y para precisarlos y establecer sus efectos el Tribunal tomará como fundamento de sus consideraciones los artículos 1612, 1613, 1614 y 1615 y demás normas concordantes del C.C. y del C. de Co. Naturaleza del daño.

Los perjuicios por los que reclama la parte demandada y reconviniente, si bien es cierto los atribuye a daño emergente y a lucro cesante (pretensión cuarta de la demanda de reconvencción), únicamente los encuentra probados el Tribunal en la categoría del lucro cesante , esto es, corresponden a “la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación o cumplídola imperfectamente o retardado su cumplimiento” (art. 1614 del C. C.), y se trata de un caso típico en que “el juez debe pronunciarse a partir de supuestos que según el demandante, se habrían de producir de no haberse interpuesto el hecho dañino”(Juan Carlos Henao, “El daño”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1.998, p.159.

18)

, y todo confluye a una situación constitutiva de lo que la jurisprudencia y la doctrina denominan “pérdida de una oportunidad” consistente, en este caso, en no haber podido Cementos Andino S. A. percibir un determinado lucro por causa directa de la conducta de Cementos Hércules S.A. que impidió y retardó, hasta ahora, unos determinados planes de expansión de Cementos Andino S. A., dentro de parámetros y con efectos que el Tribunal encuentra probados para formarse una convicción que concluye en la certeza del daño.

En este caso, “la perdida definitiva de la oportunidad se convierte así en causa del perjuicio”, tal y como concluye el autor que acabamos de citar(

Henao, op. cit. p.159.

19)

, y “la realización del perjuicio no depende ya de acontecimientos futuros e inciertos. La situación es definitiva”(

H. y L. Mazeaud, citados por Juan Carlos Henao, op. cit. p.160.

20)

.

Lo que se encuentra probado.

Centrado, entonces, en que se trata de un lucro cesante causado por la pérdida de una oportunidad, el Tribunal encuentra probada una serie de hechos que revelan la inminencia de la ganancia dejada de percibir, cuya fuente era la ampliación de la planta industrial a partir del momento en que hubiera culminado la ejecución o cumplimiento del contrato del 21 de agosto de 1998, y de esas circunstancias las más destacadas son las siguientes:

Que los compradores lograron, con los activos comprados y recibidos, crear o reactivar una planta productora de cemento, y que la producción efectiva comenzó en enero de 1.999 (180 toneladas) habiendo alcanzado un rendimiento de 3.094 toneladas en abril de este año. (Cfr. ps. 1 a 3 del dictamen pericial de los ingenieros Torres y Alvarez)

Que todo el cemento que se producía se vendía. La empresa no tenía acumulación alguna de inventarios (Cfr. ps. 1 y 2 del mismo dictamen pericial). Al respecto dicen los peritos textualmente: “en el año 1.999 y en lo que va corrido del 2.000 (enero-abril), se ha vendido la totalidad de la producción”.

Que la planta era objeto de una incipiente automatización, que existía un determinado plan de expansión, y que esa ampliación era viable. Sobre este particular dicen los peritos: “...la Planta está en condiciones de ampliarse para obtener los niveles de producción que alcanzó en épocas anteriores” (p. 12 del Dictamen) y “la ampliación es factible desde el punto de vista técnico, ya que , como se mencionó anteriormente, la mayoría de los equipos están disponibles y los estudios realizados por Cementos Andino S. A. que fueron revisados por nosotros, así lo indican” (p. 13 íbidem).

Que la ampliación era viable lo reafirman los peritos con la verificación de que “la gran mayoría de los equipos necesarios para realizar esta ampliación se encuentran en la fábrica a disposición de Cementos Andino S. A.”, y a continuación describen los equipos que están listos para esa ampliación (íbidem, p. 13).

El costo o el monto de la inversión estaba claramente establecido por Cementos Andino S.A. y no se trata de una cifra incongruente con las dimensiones y la estructura de la sociedad. (Cfr. ps. 14 a 16 del mismo dictamen pericial).

Que con la ampliación inmediata apenas recuperaría la capacidad de producción y ventas de la antigua fábrica de Cementos Hércules.

Si bien es cierto que el balance de Cementos Andino S.A. presenta pérdidas en el ejercicio inmediatamente anterior, también es cierto que simultáneamente existía utilidad operacional.

En fin, la conclusión de los peritos confirma esta apreciación del Tribunal puesto que no vacilaron en “destacar la buena calidad de los trabajos y suministros para la puesta en marcha de la planta, observados por nosotros en la visita realizada” (p. 17 del Dictamen).

Lo anterior lleva al Tribunal a concluir que una ampliación de la factoría y de la efectiva producción de cemento eran ciertas, inminentes y viables y ello hubiera generado unas determinadas utilidades que, precisamente, “dejaron de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación” (art. 1614 del C. C.), en lo cual consiste, precisamente, la pérdida de la oportunidad causante del perjuicio.

El dictamen pericial

No es exagerado afirmar que la prueba por excelencia, aunque no la única, del lucro cesante es el dictamen pericial, especialmente cuando su tipo es la pérdida de una oportunidad en donde “el juez debe pronunciarse a partir de supuestos que, según el demandante, se habrían de producir de no haberse interpuesto el hecho dañino”

Henao, op. cit. p.159.

(21), y en este proceso el Tribunal debe partir de la existencia de una experticia producida con total respeto del derecho de defensa, con el cumplimiento cabal de las oportunidades para su controversia, que no fue objetada, ni siquiera controvertida y en donde los peritos ingenieros concluyen – con una metodología diferente de la que adoptará el Tribunal - que el valor del lucro cesante, calculado hasta el 1º de septiembre del año 2000 asciende a la suma de \$ 4.809.740.000 (pág. 20 del experticio)

Lo anterior no significa que ese dictamen constituya pieza intangible del proceso, porque de ser así caeríamos en lo que parece ser una errada tendencia judicial, como es acabar dependiendo de lo que hayan concluido los expertos, con el argumento, usual en el medio, referente a que como el dictamen no fue objetado por error grave, sus conclusiones se imponen al juez, porque al no ser conocedor de la materia debe acatar la opinión de los auxiliares, con lo que se desnaturaliza la función jurisdiccional de análisis crítico de todos los medios de prueba.

El dictamen pericial que obra en el proceso, y con el que se pretende probar el lucro cesante, se produjo sin tacha procesal alguna y su metodología resulta confiable y adecuada para los fines de este proceso, lo que no significa que deba el Tribunal adoptarlo in integrum, o aceptar sin crítica alguna sus conclusiones acerca del monto de los perjuicios estimados a título de lucro cesante.

Sin embargo, observa el Tribunal que su elaboración ocurrió a partir de unas premisas selectivamente propuestas por la parte interesada en la prueba, en las condiciones máximas de optimismo, y sin la consideración de riesgo o imprevisto alguno para las estimaciones, para el análisis de los periodos de producción y comercialización, para los condicionantes del entorno de estas actividades y para la evolución misma del negocio involucrado en esta controversia.

Por lo expuesto, lo que acoja el Tribunal de este dictamen, bien en su metodología, en sus factores, o en sus resultados y conclusiones, está precedido de un ejercicio crítico encaminado a depurarlo y a introducirle unos elementos de mitigación que permitan ubicar y articular esa experticia en el entorno real del negocio, procurando la mayor aproximación a la realidad, esto es, a las circunstancias razonablemente presumibles de

la producción y comercialización de cemento por esta concreta y específica sociedad, colocada en un determinado lugar de la geografía y de los negocios en Colombia. Entre otros elementos de crítica y mitigación destaca el Tribunal los siguientes:

La pérdida de oportunidad que toma en cuenta el Tribunal no es definitiva; es transitoria y su término o fin es la fecha de este laudo y aunque es posible que ampliar la planta productora de cemento a partir de este momento resulte más oneroso que cuando pudo hacerlo la parte reconviniendo —y cuando lo estimaron los peritos—, ello en nada influye para incrementar la indemnización que ha establecido el Tribunal. Esto se funda, nuevamente, en que la pérdida de oportunidad es cierta pero no constituye una perpetuidad. Ella cesa o termina con el pronunciamiento de este laudo arbitral.

Los peritos no consideraron ningún imprevisto en los trabajos de ampliación de la planta industrial y el Tribunal considera que es razonable calcular no en seis sino en nueve meses, a partir del 1º de marzo de 1999, el tiempo que hubieran podido demorar los trabajos de ampliación, tiempo en el que se incluye lo que, de manera razonable y atendidas las reglas de experiencia, hubiera podido tardar la consecución de los créditos necesarios para estas ampliaciones, los retrasos en el despacho de los bienes que debían adquirir en el país y en el exterior, los retardos propios del transporte, las eventuales dificultades técnicas en el acople, entre otros, sin desconocer la circunstancia de que ciertos trabajos materiales hubieran podido iniciarse el mismo 1º de marzo de 1999, tal y como lo advierten los peritos (Dictamen Pericial, ps. 13 y 14).

Nada dicen los peritos sobre la limitación de vender cemento en la provincia Guanentina, circunstancia que será tomada en cuenta por el Tribunal y que constituye otro criterio de limitación a las proyecciones de ventas, dada la incidencia del costo del transporte en la venta del cemento, puesto que esa estipulación contractual habrá tenido eficacia hasta el día de la ejecutoria de este laudo. Igualmente, el Tribunal tomará en cuenta que la comercialización del cemento se encuentra predispuesta o impactada por la presencia de grandes productores en el mercado nacional.

Entra el Tribunal, entonces, a determinar el quantum de la indemnización.

13.4. Valoración concreta de los perjuicios.

El método del dictamen pericial para el cálculo de la valoración de la empresa y del proyecto, se basó en el flujo de fondos, que resulta adecuado para establecer el valor de los perjuicios sufridos en razón de la pérdida de la oportunidad.

El Tribunal estima, como acaba de expresarlo, que las obras para realizar el ensanche programado de la planta de producción de cemento se habrían realizado en nueve meses, de marzo a diciembre de 1999, y que las ventas generadoras de flujo de fondos se habrían extendido por otros nueve meses, de enero a septiembre de 2000. En total habría sido un período de dieciocho meses, desde la fecha prevista para la escritura frustrada, hasta el presente laudo.

El flujo de fondos proveniente de las nuevas ventas, realizadas en los últimos nueve meses del período perdido, arrojaría para septiembre de 2000 un valor de \$ 2.316.624.089, como se deduce de los siguientes factores, tomados del dictamen de los peritos ingenieros, los cuales no fueron objeto de censura por ninguna de las partes:

Flujo de caja de la empresa ampliada

Valoración de la Empresa con el Proyecto
Cuadro N° 6 Flujo de Fondos, Año 2 3.841.426.167
Menos: Flujo de caja de la empresa actual
Valoración Empresa Actual

Cuadro No. 6 Flujo de Fondos, Año 2 752.594.048
Flujo de caja debido a la ampliación 3.088.832.119
Flujo debido a la ampliación en nueve meses 2.316.624.089

Del flujo así obtenido, el Tribunal deduce como ajuste por la recesión de la actividad de la construcción en general, las particulares condiciones de la competencia en el mercado cementero y cualquier otro imprevisto, tanto de la ampliación como del mercado, un 30% de la cifra indicada, para llegar a una cantidad de \$1.621.636.832.

Esta es, entonces, la valoración de los perjuicios sufridos por Cementos Andino S.A., por la pérdida de la oportunidad de generar y de aprovechar un flujo de fondos durante el período mencionado.

La cifra indicada no requiere actualización por tratarse de un flujo acumulado al mes nueve del año calculado, mes que precisamente habría correspondido al comienzo de septiembre de 2000.

CONCLUSIONES DE LO EXPUESTO EN LO QUE RESPECTA CON LA DEMANDA DE CEMENTOS HERCULES Y LAS EXCEPCIONES PERENTORIAS DE CEMENTOS ANDINO S.A.

De conformidad con los análisis y consideraciones es del caso, respecto de las pretensiones principales, negar la primera, la segunda, la tercera, la cuarta y la sexta por encontrar el Tribunal probados los hechos exceptivos propuestos frente a las mismas, denominados como de falta de causa, ausencia de hechos fundantes y actuación legítima del demandado, en atención a que el contrato de agosto 21 de 1998 es de venta de bienes muebles y de promesa de venta de bienes inmuebles, no se halla afectado de causal de nulidad y en cuanto la promesa de venta no fue incumplida por Cementos Andino S.A.

También por las mismas razones se niegan todas las pretensiones primeras, segundas y terceras subsidiarias, excepción hecha de lo que se refiere al pago del impuesto de timbre, dado que, tal como atrás se expresó, es la única pretensión que se acoge.

CONCLUSIONES DE LO EXPUESTO EN LO QUE RESPECTA CON LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN DE CEMENTOS ANDINO Y LAS EXCEPCIONES PERENTORIAS DE CEMENTOS HERCULES S.A.

Como conclusión a lo señalado en la parte considerativa de este laudo, respecto de las pretensiones de Cementos Andino S.A. contenidas en la demanda de reconvencción, se acepta la totalidad de ellas, ocho en total, por encontrarse no probadas las excepciones de mérito propuestas por Cementos Hércules S.A. denominadas de contrato no cumplido y de nulidad que se deniegan por las mismas razones que llevaron a no admitir las pretensiones respectivas de su inicial demanda.

MEDIDAS CAUTELARES

Es del caso disponer que se cancele la inscripción de la demanda que pesa respecto de los siete bienes inmuebles cuyos folios de matrícula inmobiliaria son los 319-13033, 319- 33242, 319-27240, 319-27229, 319-12042, 319-16654 y 319-127, todos

registrados en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de San Gil, medida cautelar comunicada al señor registrador mediante oficio No. 004 de 2000. En tal sentido se oficiará.

Igualmente se ordenará la cancelación de cualquier acto de disposición o administración que hubiere efectuado la vendedora Cementos Hércules S.A. después del registro de la medida cautelar decretada por este Tribunal. (Artículo 32 del Decreto 2279 de 1989).

17. LAS COSTAS

En atención a lo dispuesto por los artículos 392 numeral 1, y 393 numeral 3 del CPC, se condena en costas de este proceso arbitral a la sociedad Cementos Hércules S.A. en liquidación y se fijan como agencias en derecho a su cargo la suma de \$200'000.000,00 la que se tiene en cuenta en la liquidación que a renglón seguido se efectúa:

Agencias en derecho \$ 200.000.000,00

50% de los honorarios de árbitros y secretario \$ 140.000.000,00

50% de los gastos del Tribunal \$ 10.000.000,00

50% de los gastos y honorarios de la pericia rendida por Matilde Cepeda y Esperanza Ortiz \$ 15.984.372,50

100% de los gastos y honorarios de la pericia rendida por Jorge Torres y Luis Miguel Alvarez \$ 25.800.000,00

Total costas (incluye agencias en derecho) \$ 391.784,372,50

CAPÍTULO V

PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo expuesto el Tribunal de Arbitramento instalado para dirimir las Controversias suscitadas entre Cementos Hércules S.A.- en liquidación - y Cementos Andino S.A., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

A. Con relación a la demanda de Cementos Hércules S.A. en liquidación:

Primero. Negar las pretensiones principales primera, segunda, tercera, cuarta y sexta de la demanda por encontrar el Tribunal probados los hechos exceptivos propuestos frente a las mismas.

Segundo. Negar las pretensiones primeras, segundas y terceras subsidiarias, por encontrar el Tribunal probados los hechos exceptivos propuestos frente a las mismas, salvo la pretensión referente al pago del cincuenta por ciento (50%) de un impuesto de timbre.

Tercero. Declarar que Cementos Andino S.A. debe reintegrar a Cementos Hércules S.A. en liquidación, el valor correspondiente al cincuenta por ciento (50%) del impuesto de timbre que causó el contrato de agosto 21 de 1998 celebrado entre Cementos Hércules S.A. y Gilberto Santos y Armando Santacoloma, cedido por estos últimos a Cementos Andino S.A.

Cuarto. En consecuencia, condenar a Cementos Andino S.A. a pagar a Cementos Hércules S.A. en liquidación, la suma de VEINTE MILLONES SEISCIENTOS

CUARENTA Y NUEVE MIL CUARENTA Y UN PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$ 20.649.041,00) que corresponde a un capital de QUINCE MILLONES DE PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$15.000.000.00) más los intereses moratorios sobre ese mismo capital, liquidados desde la fecha en que fue notificada la demanda (24 de mayo de 1999) y hasta la fecha de este laudo arbitral.

B. Con relación a la demanda de reconvención de Cementos Andino S.A.:

Primero. Negar las excepciones perentorias presentadas por Cementos Hércules S.A.- en liquidación - y, en consecuencia, declarar prósperas todas las pretensiones de la demanda de reconvención presentada por Cementos Andino S.A.

Segundo. Ordenar a Cementos Hércules S.A. - en liquidación- que cumpla las siguientes prestaciones en favor de Cementos Andino S.A.:

1a. Otorgar el día viernes 10 de noviembre de 2.000, en la Notaría 45 de Bogotá, dentro de la hora de las diez de la mañana, sin perjuicio de otra fecha que llegaren a señalar de común acuerdo las partes, la escritura pública que perfeccione el contrato de compraventa de los siguientes bienes inmuebles:

Inmueble identificado con el número de matrícula inmobiliaria 319-13033, ubicado en el municipio de Curití, departamento de Santander.

Inmueble identificado con el número de matrícula inmobiliaria 319-33242, ubicado en el municipio de Curití, departamento de Santander (este inmueble fue el producto del englobe de otros dos, identificados con los números de matrícula inmobiliaria 319-19934 y 319-16653).

Inmueble identificado con el número de matrícula inmobiliaria 319-27240, ubicado en la ciudad de San Gil, departamento de Santander.

Inmueble identificado con el número de matrícula inmobiliaria 319-27229, ubicado en la ciudad de San Gil, departamento de Santander.

Inmueble identificado con el número de matrícula inmobiliaria 319-12042, ubicado en la ciudad de San Gil, departamento de Santander.

Inmueble identificado con el número de matrícula inmobiliaria 319-16654, ubicado en la ciudad de San Gil, departamento de Santander (predio urbano denominado “planta de producción y fábrica de Cementos Hércules”).

Inmueble identificado con el número de matrícula inmobiliaria 319-127, ubicado en la ciudad de San Gil, departamento de Santander.

2a. Efectuar, dentro de los cuarenta y cinco (45) días calendario siguientes a la ejecutoria de este laudo, el traspaso mediante la suscripción de los formularios únicos nacionales correspondientes del Ministerio del Transporte y de cualquier otro documento que se requiera, para que los siguientes vehículos se inscriban a nombre de Cementos Andino S.A.:

Camión color blanco marca Chevrolet, línea C-70, motor a gasolina, modelo TBI 1993, con capacidad para 10 toneladas, placa No. XVA 512, carrocería planchón, servicio

público. El número del motor es MC09108L86, el número de serie es CMC09108 y el número del chasis es el CMC09108.

Camión Dobletroque Tandem, color gris plomo metalizado, marca Chevrolet Super Brigadier, motor Diesel, modelo 1995, con capacidad para 18 toneladas, placa No. XVA 738, carrocería estacas, servicio público. El número del motor es el 34738661, el número de serie es CH94945305 y el número del chasis es el CH94945305.

Camión Dobletroque Tandem, color blanco, marca Chevrolet Superbrigadier, motor Diesel, Modelo 1993, capacidad 18 toneladas, placa No. XVA 508, carrocería estacas, servicio público. El número del motor es el 34679921, serie número CHD 23410 y el número del chasis es el CHD 23410.

Camión, color vino tinto (rojo oporto), marca Chevrolet Kodiak, motor Diesel, Modelo 1995, capacidad 10 toneladas, placa XVA 764, carrocería estacas, servicio público. El número del motor es el 9LN01661, número de serie CM95303414 y el número del chasis es el CM95303414.

TOLVA GRANELERA (Pipa) RO 7141, color amarilla, modelo 1972, Nro. de ejes: 2, marca InterConsult, capacidad 30 toneladas.

TOLVA GRANELERA (Pipa) RO 7105, color amarilla, modelo 1980, Nro. de ejes: 2, marca Inca, capacidad 32 toneladas.

TOLVA GRANELERA (Pipa) R28599, color blanco, modelo 1995, Nro. de ejes: 3, marca Inca, capacidad 25 toneladas.

TOLVA GRANELERA (Pipa) R28600, color amarilla, modelo 1995, Nro. de ejes: 3, marca Inca, capacidad 35 toneladas.

TOLVA GRANELERA (Pipa), color amarilla, modelo 1995, Nro. de ejes: 3, marca Inca, serie HEB F3 J33, capacidad 35 toneladas, placa en trámite al momento de presentación de la demanda de reconvención.

TOLVA GRANELERA (Pipa) RO 7132, color amarilla, modelo 1972, Nro. de ejes: 2, marca InterConsult, capacidad 30 toneladas.

TOLVA GRANELERA (Pipa) RO 1415, color amarilla, modelo 1972, Nro. de ejes: 2, marca InterConsult, capacidad 30 toneladas.

3a. Hacer, dentro de los cuarenta y cinco (45) días calendarios siguientes a la ejecutoria de este laudo, los actos y trámites necesarios para que el Banco de Colombia, hoy Bancolombia, cancele las hipotecas de que da cuenta la escritura pública No. 4495 del 26 de agosto de 1997, corrida en la Notaria 18 de Bogotá, que pesan sobre los inmuebles cuyas matriculas inmobiliarias se identifican con los números 319-12042, 319-16654 y 319-33242, y obtener el registro inmobiliario en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de San Gil.

Tercero. Disponer que dentro de los 45 días calendario siguientes a la ejecutoria de este laudo, Cementos Hércules S.A. – en liquidación – haga lo que resulte necesario para que Cementos Andino S.A. adquiera la propiedad de los derechos correspondientes a la Licencia Minera No.– 7609 mediante cesión de Caroca Marmo Ltda., o de quien corresponda.

Cuarto. Pagar por concepto de los perjuicios provenientes del lucro cesante la suma de MIL SEISCIENTOS VEINTIUN MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y SEIS MIL

OCHOCIENTOS TREINTA Y DOS PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$ 1.621.636.832,00).

Quinto. Declarar la nulidad absoluta de la cláusula décima cuarta, literal b) del contrato suscrito el 21 de agosto de 1998 entre Cementos Hércules S.A. -en liquidación- y Armando Santacoloma y Gilberto Santos, cedido por estas personas a Cementos Andino S.A.

Sexto. Declarar que el pasivo pensional de Cementos Hércules S.A. -en liquidación- valía la suma de DOS MIL DOSCIENTOS DOS MILLONES CUARENTA Y SEIS MIL CIENTO ONCE PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$2.202.046.111,00) y no OCHOCIENTOS MILLONES DE PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$800.000.000,00) y, en consecuencia, el mayor valor de MIL CUATROCIENTOS DOS MILLONES CUARENTA Y SEIS MIL CIENTO ONCE PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$1.402.046.111,00) a la fecha de la firma del contrato, se imputa a cuenta del precio de TRES MIL MILLONES DE PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$3.000.000.000,00) pactado en la cláusula segunda del contrato del 21 de agosto de 1998 mencionado en la declaración anterior.

Séptimo. Condenar a Cementos Hércules S.A. -en liquidación- a pagar a Cementos Andino S.A., la suma de TRESCIENTOS NOVENTA Y UN MILLONES SETECIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS SETENTA Y DOS PESOS CON CINCUENTA CENTAVOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$ 391.784.372,50), valor de las costas del presente proceso arbitral.

Octavo. Disponer que se cancele la inscripción de la demanda que pesa sobre siete (7) inmuebles registrados en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de San Gil, a los que les corresponden los siguientes Folios de Matrículas Inmobiliarias: 319-13033, 319-33242, 319-27240, 319-27229, 319-12042, 319-16654 y 319-127. Igualmente, se ordena la cancelación de cualquier acto de disposición o administración que hubiere efectuado Cementos Hércules S.A. -en liquidación-, respecto de estos mismos inmuebles, después del registro de la medida cautelar decretada por este Tribunal. Esta medida cautelar fue comunicada al señor Registrador de San Gil mediante Oficio No. 004 de este año, de este mismo Tribunal.

Noveno. Disponer que una vez concluida la actuación, se protocolice el expediente en la Notaría 45 del Círculo de Bogotá.

Notifíquese.

La anterior providencia quedó notificada en estrados.

Gilberto Peña Castrillón, Presidente—Jorge Cubides Camacho, árbitro—Hernan Fabio López Blanco, árbitro.

Antonio Pabón Santander, Secretario.