

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

COMPAÑÍA DE REMOLCADORES MARITIMOS S. A. – COREMAR S. A

vs

ROSALES S. A.

TABLA DE CONTENIDO DEL LAUDO ARBITRAL

PRIMERA PARTE: ANTECEDENTES.....	3
A. ANTECEDENTES DEL PROCESO Y DESARROLLO DEL TRAMITE.....	3
I. EL PACTO ARBITRAL	3
II. EL TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO. Convocatoria, Conformación e Instalación y desarrollo del Trámite Preliminar.....	5
III. LAS PARTES Y SUS APODERADOS.	7
IV. EL PROCESO ARBITRAL.....	7
1. La declaración de competencia del tribunal.	7
2. Pruebas decretadas y practicadas.	8
3. Audiencias del tribunal.	10
V. LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.....	11
VI. TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO.....	11
B. CUESTIONES OBJETO DE CONTROVERSIA.	12
I. LAS PRETENSIONES Y EXCEPCIONES FORMULADAS POR LAS PARTES.....	12
1. Las pretensiones de la demanda.	12
2. La contestación de la demanda y excepciones formuladas por ROSALES S.A... ..	13
3. La demanda de Reconvención.....	13
4. Contestación de la demanda de Reconvención y excepciones formuladas por COREMAR.	15
II. LOS HECHOS.....	15
1. Hechos en que se fundamenta la demanda.....	15
2. Hechos en que se fundamenta la demanda de reconvención	22
SEGUNDA PARTE: CONSIDERACIONES.....	26
A. LA DEMANDA DE COREMAR S. A.....	26
I. LA CONGRUENCIA DEL LAUDO. EL THEMA DECIDENDUM.	28
II. LA NATURALEZA DEL NEGOCIO JURÍDICO Y SU PRECIO.	31
III. FUNCIÓN DEL “CONTRATO DE PROMESA Y PRENDA”.	32
IV. LAS PARTES ACORDARON UN NEGOCIO EN FIRME. LAS ESTIPULACIONES DEL “CONTRATO DE PROMESA Y PRENDA” APUNTAN HACIA ESTA FINALIDAD.	33
V. LA CLÁUSULA SEXTA DEL “CONTRATO DE PROMESA Y PRENDA”.	33
VI. RESUMEN DE CONCLUSIONES SOBRE LA DEMANDA DE COREMAR.	34
VII. ARTICULACION DE LO ANTERIOR CON LA RECONVENCION DE ROSALES.	35
B. LA RECONVENCION DE ROSALES S. A.....	36
I. LAS REGLAS QUE RIGEN LA COMPRAVENTA DE ACCIONES	37

1. El carácter consensual de la compraventa sobre acciones y la diferencia entre título y modo.	37
2. La venta de acciones y la existencia de derechos de preferencia.....	39
II. EL CONTRATO CELEBRADO POR LAS PARTES. SUS PRESTACIONES ESENCIALES.	42
III. LAS DEMÁS OBLIGACIONES CONTRAÍDAS POR LAS PARTES.....	49
IV. LA EXISTENCIA DE UNA CONDICION Y EL PLAZO DE DOS AÑOS PARA FORMALIZAR LA CESIÓN.....	56
V. EL INCUMPLIMIENTO POR PARTE DE COREMAR.....	66
VI. EL CUMPLIMIENTO POR PARTE DE ROSALES DE LA OBLIGACION DE PAGAR EL PRECIO.....	68
VII. EL CONTRATO DE PRENDA.	70
C. LAS EXCEPCIONES.....	71
I. LAS EXCEPCIONES DE ROSALES CONTRA LA DEMANDA.	71
II. LAS EXCEPCIONES DE COREMAR CONTRA LA RECONVENCIÓN.	72
D. COSTAS.	73
TERCERA PARTE: DECISION.....	74
RESUELVE	74

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

COMPAÑÍA DE REMOLCADORES MARITIMOS S. A. – COREMAR S. A

contra

ROSALES S. A.

LAUDO

Bogotá, D.C., a los once (11) días del mes de noviembre de dos mil cinco (2.005), agotado el trámite legal y dentro de la oportunidad para hacerlo, previa citación en debida forma, se reunió en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, el tribunal de Arbitraje integrado por los árbitros GILBERTO PEÑA CASTRILLÓN, Presidente, ALEJANDRO VENEGAS FRANCO y JUAN PABLO CÁRDENAS MEJÍA, para proferir el laudo que finaliza este trámite y que resuelve las controversias surgidas entre la COMPAÑÍA DE REMOLCADORES MARITIMOS S. A -COREMAR S. A.-, parte convocante y ROSALES S. A, parte convocada. Actuó como Secretaria, la doctora EDITH C. CEDIEL CHARRIS.

El presente laudo se profiere en derecho y con el voto unánime de los árbitros integrantes del tribunal en referencia, previo un recuento de los antecedentes y demás aspectos preliminares.

PRIMERA PARTE: ANTECEDENTES

A. ANTECEDENTES DEL PROCESO Y DESARROLLO DEL TRAMITE

I. EL PACTO ARBITRAL

Las partes, COMPAÑÍA DE REMOLCADORES MARITIMOS LTDA, hoy COMPAÑÍA DE REMOLCADORES MARITIMOS S. A. COREMAR S. A, en adelante COREMAR y ROSALES S.A, en adelante ROSALES, para efectos de dirimir las diferencias surgidas entre ellas con ocasión de la celebración, ejecución, terminación y liquidación del "CONTRATO DE PROMESA Y PRENDA" suscrito entre ellas el 16 de febrero de

2000, firmaron, el 29 de noviembre de 2004 un “Convenio de compromiso”, que obra a folio 20 del Cuaderno de Principal No. 1, cuyo texto es el siguiente:

"Entre las sociedades **ROSALES S.A.**, domiciliada en Bogotá D.C. legalmente constituida por medio de la escritura pública número 3874 del 1º de agosto de 1.977 de la Notaría 4ª del Círculo de Bogotá D.C y **COREMAR LTDA**, domiciliada en Cartagena, legalmente constituida por medio de la escritura pública número 1319 del 18 de septiembre de 1974 de la Notaría 1ª de Cartagena, a través de sus apoderados debidamente constituidos, tal como consta en los poderes que se anexan a este documento, hemos convenido en celebrar un pacto arbitral bajo la modalidad del compromiso a fin de que un Tribunal de Arbitramento conformado por tres (3) árbitros escogidos de común acuerdo entre ellas o, en su defecto, por nombramiento que realice de su lista A el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de la Cámara de Comercio de Bogotá, a solicitud de cualquiera de las partes, dirima las diferencias surgidas entre ellas con ocasión de la celebración, ejecución, terminación y liquidación del contrato denominado “ DE PROMESA Y PRENDA” suscrito el día 16 de Febrero de 2000, relativo a 145.428 acciones vinculadas al capital de la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE CARTAGENA S.A. (SPRC).

En desarrollo de lo anterior, el Tribunal tendrá competencia para pronunciarse sobre las siguientes materias:

- a) La Naturaleza del Contrato, la intención de las partes, sus alcances, su eventual declaración de simulación parcial o total.
- b) La validez y la eficacia del contrato.
- c) El significado y alcance de los derechos conferidos a las partes.
- d) El cumplimiento de las obligaciones principales y adicionales a cargo de las partes.
- e) Las consecuencias derivadas de la actual imposibilidad de levantar el derecho de preferencia en la Sociedad Portuaria de Cartagena.
- f) La existencia o no de obligaciones condicionales y sus implicaciones en el cumplimiento del contrato.
- g) El proceso de venta de las acciones con sujeción al derecho de preferencia y el reparto de su producto.
- h) La procedencia o no de la terminación, resolución o rescisión del contrato.
- i) La cancelación o vigencia de los gravámenes prendarios y la terminación o vigencia de los poderes de representación de las acciones.
- j) Las condenas y/o indemnizaciones y/o restituciones mutuas surgidas de las declaraciones que haga el Tribunal en relación con cualquiera de los anteriores puntos.
- k) El pronunciamiento sobre costas y agencias en derecho.
- l) Los asuntos que razonablemente guarden relación directa con las anteriores materias.

El tribunal funcionará en Bogotá D.C en la sede del Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de Bogotá y proferirá su laudo en derecho. Cualquiera de las partes podrá solicitar la designación de los árbitros al Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de la Cámara de Comercio de Bogotá, si los nombrados a continuación no aceptaren y tampoco lo hicieren los suplentes o en caso de que aceptare un número menor de los que deben integrar el Tribunal, evento este último en cual la Cámara designará solamente los necesarios para completarlo".

En la parte final de este texto aparece la designación de los árbitros que integraron este Tribunal.

II. EL TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO. Convocatoria, Conformación e Instalación y desarrollo del Trámite Preliminar.

1. El 28 de febrero de 2005, con fundamento en el compromiso transcrito, COREMAR mediante apoderado judicial designado para el efecto, presentó demanda en la que solicitó la convocatoria del tribunal de arbitramento pactado, con el objeto de que se hicieran las declaraciones y condenas que se transcriben posteriormente (Folios 1 a 19 del Cuaderno Principal No.1).

2. El 1º de marzo de 2005, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá comunicó su nombramiento a los doctores GILBERTO PEÑA CASTRILLON, ALEJANDRO VENEGAS FRANCO y JUAN PABLO CARDENAS MEJIA como árbitros para integrar este tribunal, designación que fue aceptada por los nombrados dentro del término legal. (folios 36 a 46 del Cuaderno Principal No.1).

3. El 8 de marzo de 2005, se llevó a cabo la audiencia de instalación del tribunal de arbitramento, en la que se nombró al doctor Gilberto Peña Castrillón como Presidente del tribunal y a la doctora Edith Constanza Cediél Charris como Secretaria. Asimismo en la citada audiencia, el tribunal, mediante Auto No. 1, admitió la demanda y corrió traslado a ROSALES del auto admisorio en los términos del artículo 428 del C. P. C.. En dicha audiencia el tribunal igualmente decretó la suspensión del trámite arbitral desde el día miércoles 9 de marzo de 2005 hasta el día 15 de marzo de 2005, ambas fechas inclusive, de conformidad con la solicitud efectuada por los apoderados de ambas partes. (folios 53 a 55 del Cuaderno Principal No. 1)

4. El 30 de marzo de 2005, tomó posesión la secretaria del tribunal (Folio 56 del Cuaderno Principal No.1).

5. El 1º de abril de 2005, dentro del término legal, la convocada presentó escrito de contestación de la demanda en la que aceptó unos hechos y negó otros, se opuso a las pretensiones de la parte convocante y propuso excepciones de mérito (Folios 58 a 80 del Cuaderno Principal No. 1).

6. En la misma fecha, ROSALES formuló demanda de reconvenición contra COREMAR (Folios 1 a 20 del Cuaderno de la Reconvenición), que fue admitida por el tribunal mediante Auto No. 3 del 5 de abril de 2005, providencia en la que se

dispuso el traslado de la misma a partir del día 11 de abril del mismo año. (Folio 89 del Cuaderno Principal No. 1).

7. El 15 de abril de 2005, en oportunidad legal, COREMAR contestó la demanda de reconvención aceptando unos hechos y negando otros, oponiéndose a las pretensiones y formulando excepciones de mérito (folios 21 a 27 del Cuaderno de Reconvención).

8. El 20 de abril de 2005, mediante Auto No. 4 (folio 94 del Cuaderno Principal No. 1), el tribunal ordenó correr el traslado de las excepciones propuestas contra la demanda y contra la reconvención a partir del 25 de abril de 2005 y citó a las partes a Audiencia que se realizaría el 2 de mayo de 2005.

9. El 27 de abril de 2005, el apoderado de ROSALES dentro del término establecido, recorrió el traslado de las excepciones, oportunidad en la que aportó y solicitó nuevas pruebas. (folios 99 a 101 del Cuaderno Principal No. 1).

10. En audiencia celebrada el 2 de mayo de 2005 el tribunal, mediante Auto No. 5, fijó las sumas por concepto de honorarios de los árbitros y secretaria, gastos de funcionamiento y administración del Centro de Arbitraje, gastos del proceso, y protocolización y registro del laudo. Asimismo convocó a las partes para el día 19 de mayo de 2005, fecha en la que se llevaría a cabo la audiencia de conciliación. (folios 102 a 105 del Cuaderno Principal No. 1).

11. Las sumas decretadas por el tribunal, mediante Auto No. 5, fueron entregadas por las partes al Presidente del tribunal en las proporciones de ley y dentro de la oportunidad señalada para el efecto.

12. El 19 de mayo de 2005 se llevó a cabo la audiencia de conciliación, y por no existir ánimo de avenimiento alguno entre las partes, el tribunal mediante Auto No. 6, la declaró fracasada. Ejecutoriado el auto citado, el apoderado de COREMAR presentó y entregó memorial mediante el cual solicitó dos nuevas pruebas (documental y dictamen pericial), y renunció al resto del término de que trata el inciso segundo del párrafo tercero del artículo 101 del C.P.C para modificar la solicitud de pruebas. Igual renuncia efectuó el apoderado de ROSALES. El tribunal en consideración a lo anterior, aceptó la renuncia al término de que trata la norma citada y procedió a dar inicio a la Primera Audiencia de Trámite.

III. LAS PARTES Y SUS APODERADOS.

Son partes de este proceso dos personas jurídicas debidamente constituidas así:

La convocante COMPAÑIA DE REMOLCADORES MARITIMOS S. A. -COREMAR. S.A-, sociedad anónima, constituida en Cartagena (Bolívar) y domiciliada en Bogotá, cuya representación legal esta a cargo del Presidente, señor Corrado Minervini Spaccavento y del Gerente, señor Oscar Paez Minervini.

La convocada es ROSALES S. A., sociedad anónima constituida en Bogotá y domiciliada en Madrid (Cundinamarca), cuya representación legal esta a cargo de su Gerente, señora Clemencia Buitrago Lozano.

Actuó como apoderado de la sociedad convocante, el doctor JOSE ALBERTO GAITAN MARTINEZ, conforme al poder allegado con la demanda que obra a folio de Cuaderno Principal No1.

Por parte de la convocada, actuó el doctor ERNESTO GAMBOA MORALES conforme al poder otorgado por la sociedad ROSALES S. A. y presentado con la demanda de reconvencción. Dicho poder obra a folio 12 y 13 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

IV. EL PROCESO ARBITRAL

El 19 de mayo de 2005, se llevó a cabo la Primera Audiencia de Trámite (Acta No. 6, folios 111 a 130 del Cuaderno Principal No. 1), oportunidad en la que el tribunal aceptó ser competente para conocer y fallar en derecho las pretensiones de la demanda de COREMAR , de la demanda de reconvencción de ROSALES y de las respectivas excepciones de mérito propuestas. En esta oportunidad se decretaron las pruebas solicitadas por los apoderados de las partes y la decretada de oficio por el tribunal.

1. La declaración de competencia del tribunal.

Como ya se indicó, en la Primera Audiencia de Trámite el tribunal declaró su competencia, tal como consta en el Acta No. 6, de la cual se destaca en el presente laudo lo siguiente:

“La materia sometida a este arbitraje está constituida por unas determinadas controversias alrededor de un contrato celebrado en ejercicio de la autonomía

de la voluntad por las partes, el 16 de febrero de 2000 (folios 1 a 5 del Cuaderno de Pruebas No. 1), rotulado "CONTRATO DE PROMESA Y PRENDA" que fue objeto de una modificación, contenida en el Otrosí No. 1, suscrito el 25 de enero de 2002, mediante el cual se prorrogó el contrato "por un término adicional de dos (2) años a partir del 16 de febrero de 2002, en que vence, hasta el 16 de febrero de 2004" (folio 24 del Cuaderno de Pruebas No. 1).

Encuentra este tribunal que las diferencias que han planteado las partes tanto de la demanda como en la reconvenición, controvertidas en las respectivas contestaciones y en las excepciones propuestas, constituyen materias transigibles, todas ellas comprendidas por el pacto arbitral en el que se encuentra una relación minuciosa de estas mismas materias.

Ambas partes tienen facultades para transigir por ser un negocio jurídico al que tienen acceso sin necesidad de cláusula especial.

Con fundamento en el anterior análisis y verificada la capacidad de las partes y su representación, el otorgamiento de poderes a abogados titulados para que los representen en este proceso, la existencia de pacto arbitral debidamente convenido y la materia puesta a consideración de este Tribunal como transigible, así como la debida integración del Tribunal de Arbitramento y la suficiente habilitación a los árbitros por las partes Convocante y Convocada, este Tribunal se declarará competente..."

2. Pruebas decretadas y practicadas.

Mediante Auto No. 8 de 19 de mayo de 2005, el tribunal decretó las pruebas solicitadas por las partes (folios 111 a 130 del Cuaderno Principal No. 1), que fueron practicadas en su totalidad e incorporadas al expediente. Al cerrarse la instrucción, y por solicitud del tribunal, los apoderados de las partes manifestaron, expresamente, que todas las pruebas habían sido practicadas de conformidad con sus peticiones.

a) Prueba Documental.

Tal como quedó consignado en el Auto correspondiente (Acta No. 6) se ordenó tener como pruebas de la parte convocante, los documentos aportados y relacionados en el acápite de pruebas de la demanda, en la contestación de la demanda de reconvenición, y el entregado al finalizar la audiencia de conciliación y, como pruebas de la parte convocada, las aportadas y relacionadas en la demanda de reconvenición –que son las mismas de la contestación de la demanda- y las entregadas e indicadas en el memorial entregado al descorrer el traslado de las excepciones.

Igualmente se agregaron al expediente los documentos entregados por algunos testigos en sus declaraciones.

b) Oficios.

Como consta en el Auto que decretó pruebas, el tribunal ordenó expedir los oficios solicitados por las partes.

En efecto, la secretaría del tribunal, tal y como consta en el Acta No. 8 correspondiente a la audiencia celebrada el 13 de junio de 2005, libró los siguientes oficios ordenados para recaudar la prueba documental decretada:

- Oficio No. 003 del 1 de junio de 2005, dirigido a la Sociedad Portuaria Regional de Cartagena S. A. (Folios 177 y 178 del Cuaderno Principal No. 1)
- Oficio No. 004 del 1 de junio de 2005, dirigido la Cámara de Comercio de Facatativa. (Folios 179 y 180 del Cuaderno Principal No. 1).
- Oficio No. 005 del 1 de junio de 2005, dirigido la Cámara de Comercio de Bogotá. (Folios 181 y 182 del Cuaderno Principal No. 1).

En el Acta No. 10 se dejó constancia acerca del recibo de los documentos solicitados, y en audiencia celebrada el 8 de julio de 2005, el tribunal, mediante Auto No. 12, ordenó su incorporación al expediente.

c) Declaraciones de terceros.

En este proceso rindieron testimonio las siguientes personas:

- El 24 de Mayo de 2005, los señores Luis Carlos León Cuervo, Rafael Gama Quijano y Eduardo Cárdenas Caballero (Acta No. 7. Folios 140 a 145 del Cuaderno Principal No. 1). Las transcripciones de los testimonios obran a folios 1 a 19, 20 a 40 y 41 a 54 del Cuaderno de Pruebas No. 3, respectivamente.
- El 13 de Junio de 2005 los señores Saverio Minervini Spaccavento y Gabriel Echevarria Obregón (Acta No. 8. Folios 188 a 193 del Cuaderno Principal No. 1) Las transcripciones de los testimonios obran a folios 55 a 67 y 68 a 102 del Cuaderno de Pruebas No. 3, respectivamente.

d) Interrogatorios de parte.

Rindió declaración de parte, en representación de la entidad convocante, la Suplente del Gerente, señora Martha Cecilia Chavez Guerrero. En representación de la convocada, la doctora Clemencia Buitrago Lozano (Acta No. 9 del 8 de julio de 2005 del cuaderno principal).

Las transcripciones de las declaraciones obran a folios 115 a 124 y 103 a 114 del Cuaderno de Pruebas No. 3, respectivamente.

e) Exhibición de documento.

La exhibición del documento ordenada mediante Auto No. 8 de Decreto de Pruebas, se llevó a cabo en la misma audiencia en la que se practicó el interrogatorio de parte del Representante de COREMAR, vale decir, el 8 de julio de 2005.

El documento exhibido de acuerdo con el auto de pruebas es un Extracto Bancario correspondiente al periodo comprendido entre el 29 de febrero de 2000 al 31 de marzo de 2000 de la Cuenta Corriente No. 85-401259-05 de Bancolombia, cuyo titular es la COMPAÑÍA DE REMOLCADORES MARITIMOS –COREMAR Ltda (Folio 206 del Cuaderno de Pruebas No. 2).

f) Dictamen pericial.

Por solicitud de la parte convocante, se decretó la práctica de un dictamen pericial. Para tal efecto se designó al profesional EDUARDO JIMENEZ RAMIREZ (Acta No. 7), quien en la audiencia realizada el 24 de mayo de 2005 tomó posesión del Cargo en los términos de ley. (Folio 146 del Cuaderno Principal No. 1).

El 1º de julio el citado auxiliar de la justicia solicitó prórroga para la entrega del Dictamen pericial, aduciendo que a la fecha las partes no le habían entregado los documentos necesarios en los que consten las operaciones relacionadas con este proceso (Folio 212 del Cuaderno Principal No. 1).

El tribunal accedió a la solicitud anterior y fijó, mediante Auto No. 11 del 5 de julio de 2005, como fecha improrrogable para la entrega del dictamen pericial el día 18 de julio de 2005 (folio 213 del Cuaderno Principal No. 1).

El 18 de julio de 2005, el señor perito rindió dictamen pericial, del que se corrió traslado a las partes, mediante Auto No. 13, a partir del veintiséis del julio del mismo año (folio 228 del Cuaderno Principal No. 1).

El 17 de agosto de 2005, el tribunal, mediante auto No. 15, declaró cerrado el periodo probatorio (Acta No. 13. Folios 247 y 248 del Cuaderno Principal No. 1).

3. Audiencias del tribunal.

El proceso se desarrollo en Nueve (9) audiencias, incluida la audiencia de Instalación y la presente.

V. LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El 16 de septiembre de 2005, una vez concluido el periodo probatorio y practicadas todas las pruebas decretadas por el tribunal, se llevó a cabo la audiencia de alegaciones finales a cargo de los apoderados de las partes, quienes realizaron sus exposiciones en forma oral y presentaron escritos con los resúmenes de sus alegaciones, documentos que se incorporaron al expediente a folios 256 a 429 del Cuaderno Principal No. 2.

Finalizado lo anterior, el tribunal fijó el 16 de noviembre de 2005, para la audiencia de fallo, fecha que fue modificada mediante auto debidamente notificado a las partes. (Folios 253 a 255 del Cuaderno de Principal No.2)

VI. TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO

Teniendo en cuenta que las partes no señalaron término para la duración del proceso arbitral, éste es de seis (6) meses contados desde la Primera Audiencia de Trámite.

El término legal de seis meses empezó a correr el 20 de mayo de 2005 y el mismo fue suspendido por solicitud conjunta de los señores apoderados de las partes, así:

Auto	Fecha	Folios Cuaderno Principal	Término de la suspensión
No. 13	17/08/05	Folios 247 y 248	Desde el 18 de agosto al 15 de septiembre de 2005, ambas fechas inclusive (29 días calendario)
No. 16	16/9/05	Folios 253 a 255	Desde el 17 de septiembre al 15 de noviembre de 2005. ambas fechas inclusive (60 días calendario)

Visto lo anterior, al término de seis meses se le descontarían los términos de la suspensión (79 días), resultado que evidencia que este laudo se profiere en oportunidad.

B. CUESTIONES OBJETO DE CONTROVERSIA.

I. LAS PRETENSIONES Y EXCEPCIONES FORMULADAS POR LAS PARTES.

1. Las pretensiones de la demanda.

La convocante solicitó que se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

" **PRIMERA.** Se declare que entre COREMAR S.A. y ROSALES S.A. se celebró el 16 de febrero de 2.000 un contrato denominado de Promesa y Prenda, sobre 145.428 acciones pertenecientes al capital de la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE CARTAGENA S.A.

SEGUNDA. Se declare que en dicho contrato se pactó la cesión de las citadas acciones, sujeta a la condición de que en un plazo máximo de dos años contados a partir de su firma, se diera el levantamiento del derecho de preferencia para su negociación, previsto en los estatutos de la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE CARTAGENA S.A.

TERCERA. Se declare que en dicho contrato también se estipuló que, de no cumplirse dicha condición y salvo que ROSALES S. A. le indicare lo contrario, COREMAR S. A. daría inicio al proceso de venta de las acciones, dentro del marco de los estatutos de la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE CARTAGENA S. A.

CUARTA. Se declare que dicho plazo inicial de dos años fue prorrogado de común acuerdo por las partes hasta el 16 de febrero de 2.004, a través de otrosí suscrito el 25 de enero de 2.002.

QUINTA. Se declare que al no haberse cumplido o al haber fallado la condición a la cual estaba sujeta la cesión o transferencia de las acciones, en cuanto no se logró levantar el derecho de preferencia antes del vencimiento del plazo, esta obligación dejó de existir o no nació a la vida jurídica.

SEXTA. Se declare, igualmente, que por haber mediado instrucción expresa por parte de ROSALES S. A. antes del vencimiento del plazo previsto en el contrato, en el sentido de no llevar adelante la enajenación de las acciones a terceros a través del procedimiento previsto en los estatutos de la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE CARTAGENA S. A., la obligación pactada en la cláusula SEXTA del contrato también dejó de existir o no nació a la vida jurídica.

SÉPTIMA. Como consecuencia de lo anterior, al no existir obligaciones pendientes de pago a cargo de COREMAR S. A. y a favor de ROSALES S. A., derivadas del denominado contrato de promesa y prenda, se declare la rescisión, resolución o terminación de dicho contrato.

OCTAVA. De la misma forma, al no existir obligaciones pendientes de pago que deban asegurarse con la garantía prendaria, se decreta y ordene el levantamiento de la prenda constituida por COREMAR S. A. a favor de ROSALES S. A. sobre las 145.428 acciones pertenecientes al capital de la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE CARTAGENA S. A., lo mismo que de las demás prerrogativas derivadas de la misma y otorgadas a ROSALES S. A., comunicándolo así al representante legal de esta última.

NOVENA. En virtud del levantamiento del gravamen prendario, se ordene a ROSALES S. A., en el término que para el efecto se señale en el laudo, la restitución a COREMAR S. A. de los títulos de las acciones referidas en la pretensión anterior, con el endoso en garantía debidamente cancelado.

DÉCIMA. Finalmente, en virtud de las declaraciones anteriores, se dispongan las restantes restituciones mutuas a que haya lugar entre las partes en virtud del contrato citado en la pretensión PRIMERA."

2. La contestación de la demanda y excepciones formuladas por ROSALES S. A.

El 1º de abril de 2005, la convocada presentó escrito de contestación de la demanda (folios 58 a 88 del Cuaderno Principal No.1) en el que se opuso a las pretensiones, aceptó unos hechos, negó otros y, propuso las siguientes excepciones:

- a) Errónea interpretación del contrato, vigencia de las obligaciones a cargo de COREMAR, incumplimiento contractual por parte de COREMAR.
- b) Desconocimiento del postulado de la buena fe contractual y ausencia de causas legales o mutuo consentimiento para invalidar el negocio realizado.
- c) Genérica.

3. La demanda de Reconvención.

Dentro de la oportunidad procesal conferida para el efecto, la parte convocada presentó demanda de reconvención, en la que solicitó que se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

" PRIMERA: Se declare que entre COREMAR (en calidad de vendedora) y ROSALES (en calidad de compradora) existió un contrato de compraventa de ciento cuarenta y cinco mil cuatrocientas veintiocho (145.428) acciones de la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE CARTAGENA que produjo plenos efectos personales entre las partes a partir del día 16 de Febrero de 2000, independientemente de no ser oponible a la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE CARTAGENA ni a terceros.

SEGUNDA: Se declare que ROSALES ha cumplido con sus obligaciones de compradora y ha cancelado a favor de la vendedora la totalidad del precio en las condiciones y plazos convenidos para la citada compraventa.

TERCERA: Se declare que COREMAR ha incumplido con su obligación contractual de suscribir los documentos que le fueran sometidos por ROSALES, al negarse a otorgarle facultades para el ofrecimiento de las acciones adquiridas a los restantes accionistas, lo que implica hacer nugatorio el derecho contractual de ROSALES a obtener la inscripción a su nombre de las acciones adquiridas o a hacer suyo el producto de cualquier venta de estas acciones a terceros.

CUARTA: Como consecuencia de la anterior declaración de incumplimiento, se ordene a COREMAR a cumplir integralmente el contrato celebrado y, particularmente, a suscribir dentro del término prudencial que indique el laudo, el documento que le fuera sometido el día 8 de Agosto de 2004 y todos aquellos otros documentos tendientes a facultar a ROSALES a hacer efectivo su derecho a obtener la inscripción como accionista titular de las acciones compradas a COREMAR o, en su defecto, para hacer suyo el producto de cualquier venta de acciones adquiridas por terceros.

QUINTA: Teniendo en cuenta que el contrato celebrado entre las partes no ha producido efectos frente a terceros ni frente a la SPRC, se declare la vigencia de la prenda de acciones otorgada por COREMAR a favor de ROSALES, relacionada con ciento cuarenta y cinco mil cuatrocientas veintiocho (145.428) acciones de la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE CARTAGENA incluidos a favor de ROSALES todos los derechos políticos y económicos referidos a dichas acciones.

SEXTA: Se declare que la anterior pignoración de acciones, incluidos todos sus derechos económicos y políticos, permanecerá vigente hasta tanto COREMAR cumpla con su obligación principal de obtener a favor de ROSALES la efectiva inscripción como adquirente y titular de ciento cuarenta y cinco mil cuatrocientas veintiocho (145.428) acciones en el libro de accionistas de la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE CARTAGENA, o hasta tanto se culmine el proceso estatutario de venta de dichas acciones, adelantado conforme a las instrucciones que al efecto imparta ROSALES.

SEPTIMA: Que se declare que ROSALES tiene plena autonomía para, cuando lo considere necesario, indicar a COREMAR las condiciones de precio y pago en que debe ser ofrecido a los accionistas de la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE CARTAGENA el lote de ciento cuarenta y cinco mil cuatrocientas veintiocho (145.428) acciones materia de pignoración y para, llegado el caso, designar peritos que dictaminen sobre el precio de las acciones si este fuere un aspecto de discrepancia con posibles adquirentes.

OCTAVA: Que se declare que en el evento de venderse total o parcialmente a terceros las mencionadas acciones pignoradas, la totalidad del producto de esta venta pertenecerá a ROSALES.

NOVENA: Que se declare que el precio de las acciones que forman parte del lote de ciento cuarenta y cinco mil cuatrocientas veintiocho (145.428) acciones actualmente pignoradas y que finalmente queden inscritas en cabeza de ROSALES, ha sido totalmente cancelado por esta última a favor de COREMAR.

DECIMA: Que en caso de oposición se condene a COREMAR en costas judiciales incluidas agencias en derecho".

4. Contestación de la demanda de Reconvención y excepciones formuladas por COREMAR.

El 15 de abril de 2005, COREMAR contestó la demanda de reconvención, se opuso a todas las pretensiones de la misma, se pronunció sobre los hechos, aceptando unos y negando otros, y propuso, además de la excepción de mérito genérica, las siguientes:

- a) Inexistencia de obligaciones pendientes de pago a cargo de mi representada y derivadas del convenio suscrito con ROSALES en torno a las 145.428 acciones pertenecientes al capital de la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE CARTAGENA S. A. y,
- b) Nulidad o inexistencia del mismo.

II. LOS HECHOS.

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 304 del C. de P. C. y para mejor comprensión de las controversias planteadas, el tribunal transcribirá textualmente los hechos tanto de la demanda como de la reconvención, habida cuenta de que la controversia implica, en esencia, una disímil calificación jurídica de los mismos presupuestos de hecho, de tal manera que conviene contar con la versión que cada parte trajo a este tribunal.

1. Hechos en que se fundamenta la demanda

Los hechos en que se funda la presente demanda son arbitral son:

“ **PRIMERO:** El 16 de febrero de 2000 las sociedades COREMAR S. A. (en el contrato el PIGNORANTE) y ROSALES S. A. (en el contrato el ACREEDOR PRENDARIO), celebraron un contrato que denominaron “CONTRATO DE PROMESA Y PRENDA”.

SEGUNDO: Para celebrar el contrato mencionado en el anterior hecho, las partes tuvieron en cuenta, entre otras, las siguientes consideraciones:

- a) Que el PIGNORANTE había recibido del ACREEDOR PRENDARIO la suma de UN MILLÓN CIENTO SETENTA Y CINCO MIL DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA (US\$ 1.175.000.00).
- b) Que el ACREEDOR PRENDARIO se comprometía a entregarle al PIGNORANTE la cantidad adicional de UN MILLÓN CIENTO SETENTA Y CINCO MIL DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA (US\$ 1.175.000.00) a más tardar el 16 de marzo de 2000.
- c) Que si al 16 de marzo de 2000 no se había “efectuado la formalización de la cesión prometida”, el PIGNORANTE le entregaría al ACREEDOR PRENDARIO, endosados en garantía, los títulos de las acciones pignoradas, acciones que no se precisaba si eran las mismas que iban a ser materia de la cesión u otras.

TERCERO: En la cláusula primera del contrato al cual se viene haciendo referencia, titulada "OBLIGACIÓN PRINCIPAL", se dispuso lo siguiente:

"EL PIGNORANTE se compromete para con el ACREEDOR PRENDARIO a formalizar la cesión de 145.428 acciones de su propiedad que tiene en la Sociedad Portuaria Regional de Cartagena tan pronto como sea permitido ante dicha sociedad protocolizar la mencionada cesión, para cuyo efecto EL PIGNORANTE se compromete a hacer todas las gestiones ante la "SPRC" y sus accionistas para lograr el propósito buscado".

CUARTO: En la cláusula tercera del mismo contrato, haciendo referencia a las obligaciones de COREMAR, se estipuló lo siguiente:

"EL PIGNORANTE, garantiza las obligaciones contraídas a favor del ACREEDOR PRENDARIO mediante este documento. Esta prenda se entiende perfeccionada mediante el Registro de la misma en el Libro de Accionistas de la SPRC, el cual deberá solicitarse dentro de los tres (3) días siguientes a la firma de este documento."

QUINTO: En la cláusula segunda del mismo contrato, bajo la denominación de "TITULO", se lee lo siguiente:

"Las partes declaran que las sumas de dinero a que se refiere el presente contrato se reciben por COREMAR LTDA., para que se abonen al valor de la cesión prometida de las 145.428 acciones, de que trata la cláusula anterior" (la subraya y negrilla no corresponden al texto original).

SEXTO: En el numeral primero de la cláusula quinta y bajo el título de OBLIGACIONES ADICIONALES, COREMAR se obligó a

"Realizar todos los actos y suscribir todos los documentos adicionales que sean requeridos por el ACREEDOR PRENDARIO, o facultar al ACREEDOR para ejercer y hacer efectivos sus derechos y recursos, con el objeto de asegurar la válida constitución y protección de la prenda" (la subraya y negrilla no corresponden al texto original).

SÉPTIMO: En la cláusula sexta las partes pactaron que la prenda a la cual se hace referencia en el documento del que se viene tratando, confería en favor del ACREEDOR PRENDARIO

"..todos los derechos políticos y económicos que sean inherentes a la calidad de accionista de la SPRC."

OCTAVO: Para finalizar la síntesis de los apartes del contrato que a juicio del suscrito resultan relevantes para el proceso, la cláusula sexta es del siguiente tenor:

"TERMINACIÓN: *Si dentro del plazo de dos (2) años contados a partir de la firma de este contrato no se ha podido cumplir con la obligación de formalizar la cesión de 145.428 acciones de su propiedad, EL PIGNORANTE, salvo que el ACREEDOR PRENDARIO le indique lo contrario, iniciará el proceso de venta de las acciones pignoradas al precio mínimo de la cesión prometida en este contrato. Si las acciones se venden a un comprador diferente del ACREEDOR PRENDARIO, EL PIGNORANTE transferirá al ACREEDOR PRENDARIO, el mismo día en que los reciba los fondos producto de la venta de las acciones. Si las acciones se*

transfieren al ACREEDOR PRENDARIO ya se entenderán pagadas conforme a este contrato."

NOVENO: El mismo día de la celebración del contrato relacionado en los anteriores hechos, el Representante Legal de COREMAR LTDA., para la época el señor Jesús Antonio Sandoval, suscribió una comunicación dirigida a la S.P.R.C., en la cual solicitó el registro de la pignoración de 145.428 acciones de propiedad de COREMAR LTDA., en favor de ROSALES S. A., precisando que la prenda comprendía el ejercicio de los derechos políticos y económicos respecto de las acciones pignoradas y requiriendo la emisión de un certificado firmado por el Representante Legal de la Sociedad Portuaria Regional de Cartagena S. A. (S.P.R.C.) que diera cuenta del registro de la prenda.

DÉCIMO: El mismo 16 de febrero, día de la firma del contrato, el señor Gabriel Echavarría O., en comunicación dirigida al señor Saverio Minervini Spaccavento, le manifestó lo siguiente:

*"De acuerdo a nuestra conversación y la negociación de las acciones de la S.P.R.C., te confirmo que haremos nuestros mejores esfuerzos para reservarte un puesto de la Junta de esa Sociedad como Suplente, como parte del compromiso que hicimos cuando acordaste vendernos el 4% de las acciones en la SPRC **y darnos los poderes para ejercer el derecho de voto en las asambleas de la SPRC sobre la totalidad de las acciones pertenecientes a Coremar, o sea el 5.74% del total.**"* (negrilla y subraya no son del texto original).

UNDÉCIMO: El mismo 16 de febrero de 2000, para honrar el compromiso referido en el anterior hecho, el señor Saverio Minervini Spaccavento, obrando como Representante Legal de COREMAR S. A., confirió poder en favor del Dr. Eduardo Cárdenas, para que representara a la referida sociedad en la reunión ordinaria de la asamblea general de accionistas de la Sociedad Portuaria Regional de Cartagena S. A., a verificarse en la ciudad de Cartagena el 18 de febrero de 2000. En el poder se expresó que el mandatario podía sustituir el poder en beneficio del Dr. Javier Díaz Fajardo.

Los Doctores Cárdenas y Díaz, para la época eran abogados de la sociedad CARDENAS & CARDENAS Abogados Limitada, y habían intervenido, en representación de ROSALES S. A., en el proceso de la negociación que se viene tratando.

DUODÉCIMO: El 28 de febrero de 2000, el Dr. Javier Díaz Fajardo, abogado de la sociedad CARDENAS & CARDENAS Abogados Limitada, puso a disposición del señor Minervini Spaccavento un original del contrato denominado "CONTRATO DE PROMESA Y PRENDA", anunciando la entrega del otro original a la sociedad ROSALES S. A.

DÉCIMOTERCERO: Para la fecha en que se celebró el contrato, y aún hoy, los estatutos de la Sociedad Portuaria Regional de Cartagena S. A. consagraban el derecho de preferencia en la negociación de acciones, en los siguientes términos, extractados de la escritura pública No. 4.253 otorgada el 22 de diciembre de 1998 en la Notaría Segunda del Círculo de Cartagena:

"ARTICULO VIGESIMO TERCERO. DERECHO DE PREFERENCIA EN LA NEGOCIACIÓN DE ACCIONES. La negociación de acciones estará limitada por el derecho de preferencia en favor de los restantes accionistas. En virtud del indicado derecho, los accionistas se reservan el derecho de adquirir preferentemente los (sic) acciones que cualquiera de ellos pretenda enajenar de manera que, toda enajenación de acciones será ineficaz en sí con relación al presunto adquirente

y frente a la compañía, mientras no se hayan cumplido los requisitos establecidos en estos estatutos, que regulan el ejercicio de ese derecho de preferencia.”

“ARTICULO VIGESIMO CUARTO. PROCEDIMIENTO PARA LA ENAJENACIÓN. Para la enajenación de acciones se observará lo siguiente: a) El accionista que proyecte enajenar todas o parte de sus acciones deberá ofrecerlas a los demás accionistas, por conducto del Gerente, mediante comunicación escrita en que indicará la cantidad de acciones, el precio, la forma de pago y las demás modalidades de la oferta; 2) El Gerente pondrá la oferta en conocimiento de los accionistas, mediante aviso o circular por escrito dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha del recibo de la comunicación enviada por el oferente; 3) Los accionistas dispondrán de 30 días comunes, a partir de la fecha de la circular o aviso del Gerente, para comunicar a dicho Gerente, por escrito, su decisión de adquirir o no las acciones de que se trate; 4) Los accionistas tendrán derecho a adquirir las acciones ofrecidas a prorrata de las que posean en la fecha de la oferta, sin perjuicio de que la adquisición se haga solamente por uno o varios de los accionistas en virtud del convenio entre ellos, cesión del derecho a la adquisición o falta de interés por parte de los demás; 5) Si en el curso de los treinta (30) días indicados en el punto tercero, no se ejerce el derecho de preferencia por los demás accionistas o por uno o varios de ellos, el oferente podrá enajenar las acciones no tomadas por los accionistas, libremente, dentro de los dos meses siguientes, pues vencido este lapso la enajenación de las acciones deberá someterse al mismo trámite previsto en el presente artículo”.

DECIMOCUARTO: El 18 de febrero de 2000 se celebró la reunión ordinaria de la Asamblea General de Accionistas de la S.P.R.C., en la cual se decretaron dividendos.

DECIMOQUINTO: En la forma pactada en el contrato, ROSALES S. A. entregó a COREMAR S. A. la suma de UN MILLÓN CIENTO SETENTA Y CINCO MIL DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (US\$1.175.000.00) y esta última entregó los títulos de las acciones debidamente endosados en garantía.

DECIMOSEXTO: Mediante comunicación fechada el 3 de abril de 2000, el representante legal de Coremar solicitó a la S.P.R.C., que los dividendos decretados en la reunión ordinaria de la Asamblea General de Accionistas de dicho año fueran pagados directamente a Rosales, como consecuencia de la prenda ya informada en oportunidad anterior.

DECIMOSÉPTIMO: El 4 de agosto de 2000 se celebró una reunión ordinaria de la Asamblea General de Accionistas de la S.P.R.C., en la cual se propuso autorizar, sin reformar los estatutos de la sociedad, la cesión de algunas acciones sin sujeción al derecho de preferencia. Esta proposición no fue acogida. Sin embargo y a solicitud del Presidente de la Asamblea, se convino que la Junta Directiva estudiaría una reforma de los estatutos que contemplara el tema del derecho de preferencia y se convocaría una nueva Asamblea para el 22 de septiembre de 2000 destinada a analizar, entre otros, el referido tema.

DECIMOOCUARTO: La Junta Directiva, en cumplimiento del encargo de la Asamblea, estimó necesario mantener en los estatutos el Derecho de Preferencia, pero al mismo tiempo conformó una comisión integrada por los abogados, Dres. Javier Díaz Fajardo, Sebastián Herrera Rodríguez y por el directivo, Dr. Luis Bustamante del Valle, para que analizara la situación de los accionistas que habían manifestado su intención de negociar directamente sus acciones sin pasar por el trámite del derecho de preferencia.

DECIMONONO: El 22 de septiembre de 2000, la comisión referida en el anterior numeral presentó el informe encomendado, expresando lo siguiente:

“En el evento de encontrarse presentes o representados el 100% de las acciones suscritas y pagadas de la sociedad Portuaria Regional de Cartagena S. A. se puede someter a consideración de todos los presentes la venta directa de determinadas acciones y determinar si los presentes desearían hacer uso de su Derecho de Preferencia o renuncian al mismo”

VIGÉSIMO: En carta del 14 de septiembre de 2000, la Dra. CLEMENCIA BUITRAGO LOZANO, representante legal de ROSALES S. A., quien en tal calidad suscribió el contrato que llama nuestra atención, le expresó al Señor Saverio Minervini lo siguiente:

“Me permito informarle los nombres de las dos compañías que adquieren las acciones de la Sociedad Portuaria Regional de Cartagena, a Coremar Ltda.

Rosales S. A. – Colombiana	72.714	2%
Brandenton Internacional Panameña	<u>72.714</u>	2%
	145.428	

El Doctor Javier Díaz coordinará con quien considere conveniente, los pasos a seguir.”

VIGESIMOPRIMERO: En comunicación del 24 de enero de 2002, el Señor Minervini Spaccavento le ratificó al Dr. Gabriel Echavarría Obregón, su determinación de que la totalidad de las acciones de propiedad Coremar Ltda., y no sólo las que habían sido materia del “CONTRATO DE PROMESA Y PRENDA”, fueran representadas por éste último.

Esta comunicación se corresponde con otra de la misma fecha, remitida por el Dr. Echavarría al Señor Minervini Spaccavento, en la cual, ya haciendo referencia a los términos del OTROSÍ destacado en el siguiente hecho, manifestó:

“Apreciado Saverio:

En relación con mi carta de la referencia y el OTROSÍ, que con fecha hemos firmado entre Coremar Ltda. y Rosales S. A. para la prórroga de dos años adicionales, entre el 16 de febrero del 2002 y el 16 de febrero del 2004, me permito manifestarte que igualmente el compromiso a que hace referencia la primera parte de mi comunicación aludida, en el sentido de reservarte un puesto en la Junta Directiva de la SPRC como suplente, continuará vigente por este nuevo período de 2 años que inicia el 16 de febrero de 2002.

De otro lado, como también ya lo hemos convenido, por tu parte me seguirás otorgando los poderes para el total de las acciones de Coremar Ltda., para las Asambleas de aquella sociedad, además de las que están pignoradas a nuestro favor, durante el mismo periodo adicional a que se está haciendo referencia.....”

VIGESIMOSEGUNDO: Es así como el veinticinco de enero de 2002 las partes suscribieron un acuerdo para extender la vigencia del “CONTRATO DE PROMESA Y PRENDA”, disponiendo lo siguiente:

“CONSIDERANDO que hasta la fecha de hoy no se ha logrado perfeccionar el Contrato de Promesa y Prenda de la referencia por renuencia expresa de la Sociedad Portuaria Regional de Cartagena a protocolizar la cesión de las

acciones, según consta en varias comunicaciones de la misma, y en respuesta a las reiteradas solicitudes hechas por escrito en tal sentido, por el pignorante, Coremar Ltda., ACUERDAN, mediante el presente OTROSI, prorrogar el Contrato de Promesa y Prenda ya mencionado, por un término adicional de dos (2) años a partir del 16 de Febrero del año 2002, **en que vence**, hasta el 16 de Febrero del año 2004." (destaco)

VIGESIMOTERCERO: El 6 de febrero de 2002, el Señor Minervini Spaccavento, obrando como representante legal de COREMAR LIMITADA, confirió poder en favor de la Dra. Clemencia Buitrago Lozano, representante legal de ROSALES, para que representará las acciones de la primera sociedad mencionada dentro de la reunión ordinaria de la Asamblea General de Accionistas de la S.P.R.C. a celebrarse el 21 de febrero de 2002.

VIGESIMOCUARTO: En comunicación del 6 de febrero de 2003, el Señor Minervini Spaccavento le expresó al Dr. Echavarría Obregón lo siguiente:

"Desde luego que todos mis compromisos, y en particular el derivado de nuestro acuerdo al que hacen referencia las comunicaciones que nos cruzamos el 24 de enero del año 2002, los respetaré hasta la fecha acordada en las mismas, estos es hasta el 16 de Febrero del 2004....."

VIGESIMOQUINTO: El veintitrés de enero de 2004, estando próximo a vencerse el término de vigencia del denominado "CONTRATO DE PROMESA Y PRENDA", la Dra. Clemencia Buitrago Lozano, representante legal de ROSALES S. A., remitió la siguiente comunicación al Señor Minervini Spaccavento:

"Apreciado Doctor Minervini:

Dentro de la oportunidad prevista para ello y de conformidad con lo establecido en la cláusula sexta del contrato de promesa y prenda celebrado el 16 de febrero de 2000 entre Coremar LTDA., como pignorante y ROSALES S. A., como acreedor prendario modificado por el OTROSI de 25 de Enero de 2002, me permito indicarle que el plazo convenido para formalizar la cesión a mi favor de las 145.428 acciones de la Sociedad Portuaria Regional de Cartagena se amplía hasta el día 16 de febrero de 2006.

Considerando la anterior determinación, COREMAR LTDA., no podrá iniciar el proceso de venta previsto en la citada cláusula sexta hasta tanto no se venza el nuevo plazo concedido. Sólo al vencimiento de este nuevo término y siempre que no se le indique nuevamente lo contrario, la sociedad ROSALES S. A., podrá iniciar el susodicho proceso de venta.

En este mismo orden de ideas la garantía prendaria que a mi favor fue constituida, conserva su vigencia hasta tanto no se logre formalizar, a mi favor, la cesión accionaria convenida"

VIGESIMOSEXTO. La anterior carta fue atendida en comunicación del 27 de enero de 2004, suscrita por el señor Oscar Páez Minervini, representante legal de COREMAR S. A. y recibida en ROSALES S. A. el primero de febrero de 2004. En esta se lee:

"Atiendo su comunicación del 23 de enero pasado sobre el asunto de la referencia, manifestándole, de una parte, que aceptamos su determinación de que no se adelante el proceso de venta previsto en la cláusula sexta del contrato y, de la otra, que no estamos de acuerdo en prorrogar dicho contrato."

VIGESIMOSÉPTIMO. El veintisiete de enero de 2004, la Dra. Clemencia Buitrago Lozano envió una nueva comunicación al Señor Minervini Spaccavento en los siguientes términos:

“El 23 de enero te envié una carta formal para legalizar, de acuerdo con nuestros abogados, la prórroga del contrato de Promesa y Prenda sobre las acciones de la S.P.R.C., según lo establecido en dicho contrato.

Esperamos que una vez realizada la Asamblea Ordinaria de la Sociedad en el mes de Febrero, y de acuerdo con la solicitud que hay de varios socios que se encuentran en situación similar a la nuestra, la Administración y los Accionistas aprueben el levantamiento del Derecho de Preferencia para los negocios ya realizados, lo que nos permitiría dar término definitivo a la negociación.

Estamos seguros que la amable relación que hemos tenido en estos 4 años continuará siéndolo durante 2004, año para el cual te deseamos a ti, a tu familia y para tus Empresas los mejores éxitos y resultados”

VIGESIMOCTAVO: La comunicación anterior fue respondida por el Dr. Páez Minervini en los siguientes términos:

“Agradezco los términos de su comunicación del pasado 27 de enero, en la cual invita a la sociedad que represento a definir los términos de una prórroga del contrato que estoy citando en la referencia, y le reitero que no estamos interesados en extender la vigencia del mencionado convenio”.

VIGESIMONOVENO: A través de comunicación del 20 de abril de 2004, el representante legal de COREMAR S. A., no sólo reiteró su intención de no prorrogar el contrato de prenda y promesa celebrado, sino que invitó a ROSALES S. A. a generar una solución directa de las diferencias planteadas, para lo cual designó, además del suscrito, al doctor Carlos Bermúdez Muñoz, como voceros de dicha compañía para tal propósito.

TRIGÉSIMO. Por su parte, la sociedad ROSALES S. A. nombró al doctor ERNESTO GAMBOA MORALES para que adelantará en su representación el proceso de acercamiento, según consta en carta del 23 de abril de 2004.

TRIGESIMOPRIMERO. Después de varias conversaciones tendientes a solucionar la disputa jurídica en torno al contrato aludido en el hecho primero, cada uno de los voceros nombrados planteó su posición al respecto y, a partir de tales planteamientos, se concluyó que no existía alternativa distinta a la de la heterocomposición.

TRIGESIMOSEGUNDO. El 29 de noviembre de 2004, COREMAR S. A. y ROSALES S. A., a través de sus apoderados, suscribieron el compromiso que da lugar a este Tribunal, con el fin de que se pronuncie sobre las pretensiones que presente mi representada y aquellas que, a su turno, proponga la parte convocada, en torno a:

- “a) La naturaleza del contrato, la intención de las partes, sus alcances, su eventual declaración de simulación parcial o total.*
- b) La validez y eficacia del contrato.*
- c) El significado y el alcance de los derechos conferidos a las partes.*
- d) El cumplimiento de las obligaciones principales y adicionales a cargo de las partes.*
- e) Las consecuencias derivadas de la actual imposibilidad de levantar el derecho de preferencia en la Sociedad Portuaria de Cartagena.*

f) *La existencia o no de obligaciones condicionales y sus implicaciones en el cumplimiento del contrato*".

TRIGESIMOTERCERO. Como árbitros para integrar el Tribunal de Arbitramento, las partes de común acuerdo designaron a los doctores: Juan Pablo Cárdenas Mejía, Alejandro Venegas Franco y Gilberto Peña Castriñón, como principales, y a los doctores Jorge Cubides Camacho y Rafael Romero Sierra, como suplentes.

TRIGÉSIMOCUARTO. El 24 de febrero de 2.005, ROSALES S. A. envió a COCREMAR S. A., una carta en el siguiente sentido:

"Hemos recibido información directa del capitán Alfonso Salas, representante legal de la Sociedad Portuaria Regional de Cartagena S. A., manifestando que existe unanimidad de los accionistas de esta sociedad para que dentro del curso de la Asamblea General programada para el próximo sábado se autorice la inscripción en el libro de accionistas y el perfeccionamiento de todas las negociaciones de acciones que a la fecha de la Asamblea estuvieren pendientes de esta formalización.

Con base en lo anterior y en desarrollo de la negociación efectuada en febrero 16 de 2.000 entre Rosales S. A. y Coremar S. A. referente a la adquisición de 145.428 acciones de la sociedad Portuaria, le ruego que a más tardar mañana me haga llegar debidamente firmadas las cartas de traspaso de las acciones que le adjunto, a fin de que personalmente en mi calidad de representante de Rosales las haga valer en la Asamblea de pasado mañana.

Como oportunamente lo hicimos saber a Coremar, según nuestra carta del 14 de septiembre de 2.000, es deseo de Rosales S. A. que la transferencia de la acciones se haga en dos lotes iguales así:

- a) 72.714 acciones en nombre y en cabeza de Rosales S. A. y;
- b) 71.714 acciones en nombre y en cabeza de la sociedad Panameña Bradenton Internacional.

Desde ya es entendido que una vez inscrita la transferencia de las acciones aludida procederemos de inmediato a levantar la actual prenda de las mismas a nuestro favor, circunstancia que acreditaremos ante ustedes de manera formal y escrita".

TRIGÉSIMOQUINTO. Desde la fecha de la celebración del contrato hasta el momento ROSALES S. A. ha percibido los dividendos sobre las 145.428 acciones de propiedad de COREMAR S. A. y pertenecientes al capital de la Sociedad Portuaria Regional de Cartagena S. A..

2. Hechos en que se fundamenta la demanda de reconvenición

Los hechos que constituyen el fundamento de la contrademanda se consignaron en la siguiente forma:

"1. ROSALES es una sociedad comercial con domicilio principal en la ciudad de Madrid (Cundinamarca), constituida por medio de la escritura pública 3874 del 1 de Agosto de 1977 de la Notaría 4ª de Bogotá, cuyo objeto social es, entre otros, la inversión en todo tipo de sociedades o activos, títulos y bonos.

2. COREMAR es una sociedad comercial con domicilio principal en la ciudad de Bogotá DC, constituida por medio de la escritura pública 1319 del 18 de Septiembre de 1974 de la Notaría 1 de Cartagena (Bolívar), cuyo objeto social es, entre otros, prestar los servicios comerciales de remolques marítimos y fluviales y ser socia o accionista de otras sociedades que exploten los mismos servicios o que sean afines.

3. Previa las negociaciones adelantadas entre ROSALES (por conducto de Don GABRIEL Echavarría) y COREMAR (Por conducto del Doctor Rafael Gama Quijano), las referidas sociedades celebraron un contrato mediante el cual ROSALES adquirió a título de compraventa a COREMAR ciento cuarenta y cinco mil cuatrocientos veintiocho (145.428) acciones de propiedad de ésta última en la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE CARTAGENA S. A. (en adelante SPRC).

4. Como precio DE la anterior compraventa de acciones se fijó entre las partes la suma de dos millones trescientos cincuenta mil dólares americanos (US\$ 2.350.000,00).

5. El anterior precio fue íntegramente pagado por ROSALES a COREMAR en los plazos y condiciones pactados.

6. No obstante que la anterior compraventa quedó perfeccionada y produjo efectos personales por el pleno acuerdo entre COREMAR y ROSALES sobre el precio y sobre la cosa vendida, este contrato no produjo plenos efectos frente a la SPRC ni frente a terceros por la falta de inscripción en el correspondiente libro de accionistas de la SPRC.

7. Lo anterior tuvo su origen en que, para la fecha de la compraventa, los estatutos de la SPRC consagraban que el traspaso definitivo de acciones estaba sujeta -en términos de su inscripción en el libro oficial de accionistas-, al agotamiento del derecho de preferencia en la compra respecto de los restantes accionistas de la SPRC.

8. Sin perjuicio del requisito faltante para la completa oponibilidad del contrato ante terceros y ante la SPRC, las partes suscribieron con fecha 16 de febrero de 2000 un CONTRATO que denominaron "Contrato de Promesa y Prenda", tendiente a garantizar en la práctica la efectividad de la negociación realizada.

9. En este documento, las partes convinieron:

9.1 Que las sumas de dinero entregadas como precio de la negociación tendrían el carácter de "irrevocables" y las ya recibidas tendrían el alcance de abono a la cesión (sic) prometida de las 145.428 acciones.

9.2 Que COREMAR aceptaba como obligación principal a su cargo y a favor de ROSALES formalizar "la cesión (sic) de 145.428 acciones de su propiedad que tiene en la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE CARTAGENA, tan pronto como sea permitido ante dicha sociedad protocolizar la mencionada cesión (...)"

9.3 Que si para la fecha del 16 de Marzo de 2000, aún no se había efectuado la formalización de la cesión (sic) prometida, COREMAR entregaría a ROSALES, debidamente endosados en garantía los títulos de las acciones pignoradas.

9.4 Que a partir de la fecha de suscripción de este documento todos los derechos societarios de las 145.428 acciones materia de la negociación serían ejercidos por ROSALES, incluyendo: (i) el derecho a voz y voto en las Asambleas Ordinarias o Extraordinarias de la SPRC; (ii) los derechos

económicos y políticos inherentes a la calidad de accionista de la SPRC y (iii) el derecho a percibir las utilidades y dividendos de las acciones.

9.5 Que COREMAR quedaba obligada a realizar todos los actos y suscribir todos los documentos adicionales que fueran requeridos por ROSALES y a facultar a ésta última para hacer efectivos sus derechos y recursos.

9.6 Que COREMAR quedaba obligada a no enajenar bajo ninguna modalidad, ni a gravar o limitar el dominio u otorgar o celebrar promesas de venta u opciones respecto de las 145.428 acciones.

9.7 Que si dentro del plazo de dos años contados a partir del 16 de Febrero de 2000 no hubiera sido posible formalizar la cesión (sic), COREMAR– salvo indicación de ROSALES en sentido contrario – iniciaría el proceso de venta de las acciones al precio mínimo de US\$ 2.350.000,00.

9.8 Que en este último evento si las acciones fueran vendidas a un comprador diferente a ROSALES, COREMAR entregaría a ROSALES el mismo día de su recibo los fondos producto de esta venta. Y que si finalmente fueran transferidas a ROSALES “ya se entenderán pagadas conforme a este contrato”.

10. Como consecuencia de la suscripción del anterior “Contrato de Promesa y Prenda”, COREMAR con fecha 16 de Febrero de 2000 ordenó ante la SPRC la inscripción de una prenda de primer grado a favor de ROSALES sobre 145.428 acciones incluyendo sus derechos políticos y económicos.

11. Con fecha 6 de Marzo de 2000 el Revisor Fiscal de la SPRC certificó la inscripción de la anterior prenda, y en el texto de su certificación hizo saber que “la prenda permanecerá vigente hasta tanto no se haya solicitado su cancelación, por la sociedad ROSALES S. A.”, condición desde luego inherente a la prenda y aceptada por COREMAR.

12. Desde la fecha misma del 16 de Febrero de 2000, ROSALES recibió de manos del Representante Legal de COREMAR una carta en la cual ponía en venta las 145.428 acciones al precio de US\$2.350.000,00. Esta Carta tenía por objeto que ROSALES, cuando a bien lo tuviere, pudiera hacer uso del derecho a que las acciones quedaran finalmente inscritas a su nombre o, alternativamente, a hacer suyo el producto de cualquier número de acciones que fueran adquiridos por terceros.

13. El plazo de dos años para que COREMAR cumpliera con su obligación principal de perfeccionar la cesión de las acciones negociadas fue prorrogado hasta el 16 de Febrero de 2004 mediante un otrosí suscrito por las partes el 25 de Enero de 2002.

14. Desde la fecha de suscripción del documento de “Promesa y Prenda” hasta la época actual, ROSALES ha ejercido todos los derechos políticos de las acciones, inclusive con posterioridad al 16 de Febrero de 2004. Para tal efecto ha contado con la aceptación de COREMAR.

15. Igualmente ROSALES ha recibido todos los dividendos de las 145.428 acciones, retroactivamente desde el ejercicio de 1999 hasta los que fueron decretados en la pasada Asamblea de la SPRC en Febrero 26 de 2005. Para tal efecto ha contado con la aceptación de COREMAR.

16. Durante la ejecución del contrato de Promesa y prenda, ROSALES, con la anuencia de COREMAR, ha ejercido todos los actos propios de un titular inscrito de acciones de una sociedad anónima. Esta condición llevó a ROSALES a ser el

adquirente de las acciones ofrecidas en venta por la Flota Mercante en la prorrata referida a las 145.428 acciones negociadas con COREMAR.

17. Los directivos de COREMAR, tanto en la ejecución del contrato como a través de evidentes actos y hechos propios, siempre reconocieron que la negociación realizada con ROSALES el 16 de Febrero de 2000 correspondía a una venta de acciones.

18. Habida cuenta de los magníficos resultados comerciales de la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE CARTAGENA, las acciones han aumentado sensiblemente su valor desde la fecha del 16 de Febrero de 2000 hasta la época actual, principalmente por la generación de importantes rendimientos y dividendos.

19. Con fecha 23 de Enero de 2004 ROSALES dirigió una comunicación escrita a COREMAR en la cual otorgaba y concedía un plazo adicional de dos años, o sea hasta el 16 de febrero de 2006, para que COREMAR formalizara con su inscripción en el libro de accionistas de la SPRC la enajenación de acciones efectuada a Rosales desde el año 2000.

20. En esa misma comunicación y amparada en la prerrogativa establecida contractualmente, ROSALES impartió instrucciones para que no se activara todavía el ofrecimiento en venta de las 145.428 acciones.

21. Como respuesta a esta comunicación, COREMAR, mediante carta fechada el 27 de Enero reiterada el 5 de Febrero de 2004, manifestó que aceptaba la determinación de ROSALES para no adelantar el proceso de venta de las acciones pero que no estaba de acuerdo en "extender la vigencia del mencionado convenio".

22. En vista de lo anterior, ROSALES mediante comunicación escrita fechada en Febrero 10 del 2004 recordó a COREMAR que no le era dable ni convertir en divisible sus instrucciones ni disentir de una prórroga contractual en la pignoración cuando aún estaba pendiente de cumplir con la obligación principal a su cargo, consistente en el efectivo traspaso de las acciones compradas por ROSALES.

23. Mediante carta del 20 de Abril de 2004 COREMAR informó a ROSALES que después de evidenciar diferencias en los alcances del negocio celebrado había decidido designar a los Doctores Carlos Eduardo Bermudez y José Alberto Gaitán para que en su nombre intentaran solucionar las diferencias surgidas a raíz de las anteriores comunicaciones.

24. ROSALES, por su parte y mediante comunicación del 23 de abril de 2004, acusó recibo de la anterior comunicación e informó a COREMAR que el suscrito abogado miembro de la firma Gamboa & Acevedo Abogados actuaría como su representante

25. Después de sostenerse varias reuniones entre los abogados representantes, se puso en evidencia diferencias insalvables entre las partes, pues Rosales consideró – y sigue considerando – que COREMAR actúa de mala fe en sus exigencias pues no tiene derecho alguno para reclamar sumas de dinero a su favor originadas en la valorización de las 145.428 acciones de la SPRC que ya había vendido a ROSALES.

26. Habida cuenta de las diferencias surgidas, ROSALES en ejercicio del derecho establecido en las cláusulas Quinta y Sexta del "Contrato de Promesa y Prenda" entregó con fecha 5 de Agosto a COREMAR – por conducto de sus abogados representantes –, un modelo de mandato a ser firmado por COREMAR con el fin

de facultarla para adelantar el proceso de venta de las 145.428 acciones con sujeción al trámite estatuario en la SPRC.

27. Según puede leerse en el documento de mandato sometido a la firma de COREMAR, los alcances de este se encaminaban a hacer efectivo el derecho contractual de ROSALES a que las acciones compradas a COREMAR fueran finalmente inscritas en su nombre o, alternativamente, de hacer propio el producto de cualquier venta de acciones que fueran adquiridas por terceros.

28. No obstante el plazo concedido de ocho días para la suscripción del documento por parte de COREMAR, esta sociedad voluntariamente se negó a lo solicitado y con fecha 6 de Septiembre de 2004 – también por conducto de sus abogados – hizo saber a ROSALES que “verificada la irreductible distancia entre las posiciones” proponía la integración de un Tribunal de Arbitramento para dirimir las diferencias.

29. Lo anterior significa que COREMAR ha incumplido con sus obligaciones contractuales consagradas en las cláusulas 5 y 6 del Convenio, al negarse a suscribir un documento sometido por ROSALES y al negarse a facultarla para la defensa de los derechos económicos y políticos de tales acciones.

30. En la práctica este incumplimiento genera la imposibilidad para ROSALES de hacer efectivo su derecho a que las 145.428 acciones sean total o parcialmente inscritas a su nombre o, que, alternativamente, haga propio el producto de cualquier venta de estas acciones a terceros.

31. Debidamente facultados por las partes en conflicto, los abogados José Alberto Gaitán M. en representación de COREMAR y Ernesto Gamboa M. en representación de ROSALES suscribieron el 29 de Noviembre de 2004 un convenio de compromiso a través del cual se habilitó a un Tribunal de Arbitramento para dirimir las diferencias existentes”

SEGUNDA PARTE: CONSIDERACIONES

A. LA DEMANDA DE COREMAR S. A.

Se ocupa el tribunal, a continuación, de la demanda de COREMAR que comprende diez pretensiones, las seis (6) primeras de carácter declarativo y las cuatro (4) finales consecuenciales (de condena), cuya estructura se resume así:

- En primer lugar se le solicita al tribunal que tome como cierta la existencia de un negocio jurídico que suscribieron la convocante y la convocada el 16 de febrero de 2000 rotulado “CONTRATO DE PROMESA Y PRENDA”, relativo a 145.428 acciones de COREMAR en la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE CARTAGENA S. A., en los sucesivos SPRC solamente (**Primera Pretensión**), por el que la convocante le habría cedido esas acciones a la convocada bajo la condición de que el derecho de preferencia quedara levantado antes de un

determinado plazo que fue expresamente prorrogado por las partes **(Segunda y Cuarta Pretensiones)**.

- También pide la convocante que se declare que en el contrato se pactó que de fallar la condición, “y salvo que ROSALES S. A. le indicare lo contrario” COREMAR “daría inicio al proceso de venta de las acciones, dentro del marco de los estatutos de la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE CARTAGENA S. A.” **(Tercera Pretensión)**.
- En forma sucesiva y encadenada, no subsidiaria, propone que **(i)** por no haberse cumplido la condición puesto que no se logró levantar el derecho de preferencia se declare que aquella cesión de acciones “dejó de existir o no nació a la vida jurídica” **(Quinta Pretensión)** y que, **(ii)** “por haber mediado instrucción expresa por parte de ROSALES S. A. antes del vencimiento del plazo previsto en el contrato” ... “en el sentido de no llevar adelante la enajenación de las acciones a terceros...” **(Sexta Pretensión)**, la obligación pactada en la Cláusula Sexta¹ del contrato “dejó de existir o no nació a la vida jurídica”. En otros términos, ni tiene COREMAR la obligación de ceder las acciones a ROSALES, ni está obligada a iniciar el proceso estatutario (SPRC) de la venta de esas acciones a terceros.
- Si se estimaren de mérito las anteriores pretensiones, COREMAR consideraría que no existen “obligaciones pendientes de pago... a favor de ROSALES S. A. derivadas del... contrato de promesa y prenda” y debe decretarse, o la rescisión, o la resolución, o la terminación de aquel contrato.
- También forman parte de las solicitudes consecuenciales el levantamiento de la prenda objeto del contrato suscrito el 16 de febrero de 2000, la restitución de los títulos respectivos “con el endoso en garantía debidamente cancelado”, así como “las restantes restituciones mutuas a que haya lugar” en virtud del contrato suscrito el 16 de febrero de 2000.

De conformidad con los “HECHOS ADMITIDOS POR COREMAR S. A.” en el escrito sustentatorio de su alegato de conclusión (p. 5), como “*las acciones gravadas con prenda no fueron entregadas materialmente a ROSALES S. A.*”, la

¹ Se transcribe textualmente: “**SEXTA. TERMINACION:** Si dentro del plazo de dos (2) años contados a partir de la firma de este contrato no se ha podido cumplir con la obligación de formalizar la cesión de 145.428 acciones de su propiedad. EL PIGNORANTE, salvo que el ACREEDOR PRENDARIO le indique lo contrario, iniciará el proceso de venta de las acciones pignoradas al precio mínimo de la cesión prometida en este contrato. Si las acciones se venden a un comprador diferente del ACREEDOR PRENDARIO, el PIGNORANTE transferirá al ACREEDOR PRENDARIO, el mismo día en que los reciba, los fondos producto de la venta de las acciones. Si las acciones se transfieren al ACREEDOR PRENDARIO ya se entenderán pagadas conforme a este contrato.

convocante desiste “de la pretensión relativa a la orden para que ROSALES S. A. restituya a COREMAR S. A. los títulos físicos de las acciones pignoradas...” (p. 102 ibidem).

Las anteriores pretensiones, en concordancia con los hechos que las fundamentan según las afirmaciones de la convocante, dan como resultado la existencia de los siguientes problemas jurídicos principales que debe resolver el tribunal:

(i) Si a términos de lo que obra en el “CONTRATO DE PROMESA Y PRENDA” y de conformidad con la intención de las partes, entre COREMAR y ROSALES existió un contrato de cesión o transferencia de acciones sometido a una condición que falló, razón por la cual la cesión a ROSALES “dejó de existir o no nació a la vida jurídica”.

(ii) Como en el contrato previeron las partes una obligación consecutiva (Cláusula Sexta), también deberá resolverse si habiendo fallado la condición (problema jurídico anterior), esta obligación consecutiva de COREMAR (iniciar el proceso de venta a terceros de las acciones pignoradas), dejó de existir o no nació a la vida jurídica por fuerza de una instrucción del cesionario ROSALES.

(iii) La manera como se resuelvan estos problemas jurídicos determinará si deben o no despacharse las pretensiones consecuenciales SEPTIMA a DECIMA, con excepción de la que fue desistida en el alegato de conclusión.

Para resolver los anteriores problemas jurídicos y proveer sobre las pretensiones de la demanda de COREMAR, el tribunal hace las siguientes consideraciones.

I. LA CONGRUENCIA DEL LAUDO. EL *THEMA DECIDENDUM*.

En primer lugar es evidente la falta de claridad de COREMAR en el planteamiento procesal de sus pretensiones, asunto que se salva en parte si se acude a los hechos y que mejora, todavía, en su alegato de conclusión como cuando abiertamente acepta que el contrato que nos ocupa “**corresponde a una compraventa** sobre 145.428 acciones pertenecientes al capital de la SPRC, **a pesar de que las partes lo hubieran denominado promesa**” (p. 3, negrillas del tribunal).

Igualmente, esa falta de claridad también se observa en circunstancias fácticas que no fueron propuestas en la demanda, que a pesar de haber sido indagadas

en el trámite probatorio y alegadas de conclusión no tienen mérito procesal para que deban ser consideradas como PRETENSIONES que tuviera que despachar el tribunal y esto ocurre –y es un ejemplo de particular importancia- con otro negocio que llevaron a cabo las mismas partes de este proceso relativo a unos remolcadores o bongos de ROSALES, o de alguna sociedad a ella vinculada, negocio que COREMAR invoca en su alegato como integrante de la cesión de acciones, en la medida en que la obligación de entregar aquellos remolcadores –y otros acuerdos relativos a la operación de los mismos en la bahía de Cartagena- formaban parte del **precio** de la operación comercial y jurídica que recaía sobre 145.428 acciones de COREMAR en la SPRC.

Si se analizan las pretensiones de COREMAR y se repasan los treinta y cinco (35) Hechos de su demanda, nada se dice sobre lo anterior, lo que determina que la verificación de aquellas circunstancias fácticas no constituía parte del alcance probatorio de este arbitraje y que, además, no podría el tribunal pronunciarse sobre esos hechos y sus consecuencias jurídicas porque, de hacerlo, incurriría en grave falta procesal como sería romper el principio de congruencia de la sentencia que le impone al juez que su decisión, en este caso el laudo, “**deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda...**” (art. 305 del C. de P. C.).

Tampoco se trata de hechos modificativos o extintivos del derecho sustancial sobre el que versa este arbitraje, que hubieran ocurrido “*después de haberse propuesto la demanda*” y que facultaran al juez para tenerlos en cuenta en la sentencia, razón suficiente para que tampoco proceda lo previsto en el artículo 305, último inciso, del C. de P. C.

Las PRETENSIONES guardan silencio sobre el particular anterior. Nada hay en ellas que le imponga al tribunal declaración alguna relacionada con los remolcadores, ni la estimación de sus prestaciones como integrantes del **precio** del negocio jurídico relativo a las acciones de la SPRC. Para el tribunal estas son materias ajenas al debate que nos ocupa, inexistentes en los HECHOS y en las PRETENSIONES de la demanda de COREMAR, de tal manera que al faltar vinculación material, funcional, contractual y procesal con esta controversia, tampoco debe esperarse que suscite pronunciamientos de oficio del tribunal so pretexto, por ejemplo, de la invocación de una pretendida nulidad absoluta.

Un simple cotejo entre lo que solicita COREMAR en su demanda y lo que pide en su alegato de conclusión es el mejor resumen de la anterior percepción del

tribunal. Al fijar la “POSICION DE LAS PARTES EN EL LITIGIO” (p. 2 del Alegato) COREMAR resume así su posición (p. 3 ibidem):

- “COREMAR S. A. persigue, en primer lugar, que se declare la ineficacia o anulación del contrato denominado por las partes CONTRATO DE PROMESA Y PRENDA celebrado el 16 de febrero de 2000, por adolecer de vicios o defectos que afectan su existencia o validez”.
- “De igual manera y bajo el supuesto de que el acuerdo se reputare perfecto y válido, COREMAR S. A. pretende que se declare su terminación, rescisión o resolución, por: a) Haber fallado la condición de la cual pendía la obligación en cabeza de COREMAR S. A. de transferir los bienes objeto del mismo, y b) Por abandono, rechazo o renuncia del acreedor ROSALES S. A. a la opción alternativa prevista en el contrato para dicha hipótesis, relativa a la venta de las acciones a terceros”.

Si se coteja lo anterior con las PRETENSIONES de la demanda de COREMAR, transcritas textualmente en el capítulo de antecedentes de este laudo y presentadas de manera sistemática por el tribunal para identificar los problemas jurídicos que deben resolverse, es evidente que la declaratoria de ineficacia o de nulidad del CONTRATO DE PRENDA Y PROMESA **por vicios o defectos en el precio** no forma parte de las tareas procesales encomendadas a este tribunal y, por las razones ya expuestas, tampoco procede pronunciamiento alguno sobre estas supuestas anomalías del negocio jurídico ni por la vía de hechos acaecidos con posterioridad a la presentación de la demanda (art. 305 del C. de P. C.), ni por la de un pronunciamiento oficioso por fuerza de la nulidad invocada puesto que ella provendría de hechos y negocios ajenos a este debate.

Por lo expuesto, en las reflexiones que siguen será forzoso tener en cuenta la exclusión de las materias indicadas. Sin embargo, es necesario advertir que COREMAR invocó de manera expresa, contra la reconvencción de ROSALES, la excepción de nulidad sin calificativo alguno, sin desarrollo alguno y sin la indicación precisa de las pruebas en que fundaría esa defensa. En el estudio de la reconvencción el tribunal volverá sobre los aspectos fácticos que sustentarían esa excepción, en un análisis que deberá tomarse, en lo pertinente, como complementario de lo que acaba de sentarse.

II. LA NATURALEZA DEL NEGOCIO JURÍDICO Y SU PRECIO.

Precisado como queda el *thema decidendum*, pasa el tribunal a resolver los problemas jurídicos planteados, previa la determinación de la naturaleza y alcances del negocio jurídico a que se refiere la PRIMERA PRETENSION de COREMAR, a pesar de que tal PRETENSION no busca esta definición sino el registro jurisdiccional de la existencia de ese negocio jurídico. Si a esto debiera limitarse la actividad del tribunal en este caso, ello constituiría un ejercicio sencillo, tal vez innecesario, en la medida en que, en primer lugar, no está en controversia la existencia y suscripción por las partes del texto contractual arrimado al proceso y, en segundo lugar, porque tratándose de un elemento normativo es de aquellos que no necesitan la confirmación jurisdiccional de su existencia.

El asunto, sin embargo, parece un poco mas complejo si se analizan de manera sistemática las PRETENSIONES de COREMAR, y a la anhelada claridad contribuye, en primer lugar, que la convocante admite como Hecho Probado que “Dicho contrato corresponde a una compraventa sobre 145.428 acciones pertenecientes al capital de la SPRC, a pesar de que las partes lo hubieran denominado promesa” (p. 3 del Alegato de Conclusión. Subrayado fuera del texto), conclusión con la que está conforme la convocada a voces de lo que obra en la contestación de la demanda y, por supuesto, de lo que plantea en la reconvencción. El tribunal, por su parte, ha llegado a la misma convicción, de tal manera que sin necesidad de más fundamentaciones ese será el entendimiento de la naturaleza y tipología de este negocio jurídico.

Llegados a este punto el tribunal considera necesario reiterar un aspecto del **precio** que no está en controversia a la luz de las PRETENSIONES de COREMAR, aunque si pareciera estarlo a la luz de su Alegato. En efecto, ambas partes están contestes en que nada se debe por razón del monto dinerario acordado como precio, y al haber concluido el tribunal que no forman parte de ese mismo precio las prestaciones vinculadas con los remolcadores, también concluyó que ese debate no constituye parte de las materias que debe resolver. En consecuencia, el tribunal encuentra cumplida a satisfacción la obligación que quedó en cabeza de ROSALES como parte compradora de aquellas 145.428 acciones de la SPRC.

El tema no exige pronunciamiento alguno del tribunal en esta parte del laudo, y si se lo ha traído a colación es para dejar sentado que no es materia de la demanda de COREMAR la consideración de un precio diferente del dinerario. Como ya se dijo, este es un asunto ajeno al proceso a la luz de lo que COREMAR articuló en sus PRETENSIONES.

III. FUNCIÓN DEL “CONTRATO DE PROMESA Y PRENDA”.

Por lo expuesto, siendo el negocio jurídico que acordaron las partes una compraventa de acciones, como estaba de por medio la observación del derecho de preferencia –que debía obviarse o superarse si se quería radicar en forma directa la titularidad de aquellas acciones en cabeza de ROSALES- el tribunal encuentra que el acuerdo vertido en el texto del 16 de febrero de 2000 (“CONTRATO DE PROMESA Y PRENDA”) sirvió para que ROSALES fungiera como propietario de esas acciones, y a la luz del acervo probatorio debe concluirse que la intención de las partes fue poner sus respectivas prestaciones al servicio de aquella finalidad sin que resulte verosímil tener que darle alcances o efectos a este negocio basados exclusivamente en su rótulo, puesto que nada había de “PROMESA”, como tampoco de “PRENDA”. En efecto, siendo la PRENDA un negocio accesorio, nunca existió un negocio principal que debiera ser garantizado, sin que de ello deba deducirse, ni la inutilidad de la convención, ni mucho menos su ilicitud, porque si bien es cierto que debe esperarse que las instituciones jurídicas no se desnaturalicen, también es cierto que tratándose de un negocio privado, entre particulares, regido por el Derecho privado, las partes podían, en ejercicio de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual y de formas jurídicas, aprovechar los efectos de la PRENDA para otros fines, lícitos a todas luces, que les permitieran comportarse como si ya hubieran ejecutado las prestaciones derivadas del contrato de compraventa o de cesión, especialmente la que mas dificultad podía presentar como era la de “*investir*” al comprador, ROSALES, de las facultades que naturalmente le corresponden al tenedor legítimo de unas acciones nominativas, o a quien pretenda el estatus de accionista , según desde donde se mire la posición que quería y pretendía asumir la parte que ya había pagado el precio de aquellas acciones. Igualmente, nada había de “PROMESA” en un negocio jurídico que se había acordado de manera definitiva o en firme, tal y como ambas partes lo reconocen de manera expresa.

Fijado lo anterior, es a partir de este punto en donde empiezan a tener consideración las PRETENSIONES SEGUNDA, TERCERA, QUINTA y SEXTA de la demanda de COREMAR, todas ellas de carácter declarativo. La PRIMERA PRETENSION (a la que ya se refirió el tribunal) y la CUARTA (que corre la misma suerte de la PRIMERA) tienen el tratamiento que les corresponde como elementos predominantemente normativos, y para ambas se han hecho consideraciones que se estiman suficientes para las conclusiones a las que habrá de llegar el tribunal.

IV. LAS PARTES ACORDARON UN NEGOCIO EN FIRME. LAS ESTIPULACIONES DEL “CONTRATO DE PROMESA Y PRENDA” APUNTAN HACIA ESTA FINALIDAD.

Está fuera de discusión que las partes acordaron un negocio en firme relativo a la cesión o compraventa de unas determinadas acciones de la SPRC –cuya titularidad aún conserva COREMAR- a favor de ROSALES.

Sin necesidad de forzar las cosas, el entendimiento razonable y verosímil, fundado en pruebas regularmente agregadas al proceso y en la intención común de las partes, es que, fuera de la conclusión ya sentada, el “CONTRATO DE PROMESA Y PRENDA” –que nada tenía, ni de lo uno, ni de lo otro- recoge una serie de salvaguardias estructuradas de manera útil para que la parte compradora fungiera como tal, esto es, ejerciera los derechos políticos y económicos que corresponden al estatus de accionista mientras se consolidaba su real posición jurídica frente a la SPRC y frente a otros terceros.

Atentos a la estructura de las obligaciones bajo examen, el tribunal no encuentra **condición** alguna, como tal, a la que hubieran las partes sometido las prestaciones del negocio sino un **plazo** dentro del que podía extinguirse la expectativa que ambas partes tenían –vendedora y compradora- de que la SPRC eliminara de sus estatutos el derecho de preferencia. Si esto no ocurría en el **plazo** convenido se abría paso una obligación sucesiva de la vendedora, COREMAR, que articulaba perfectamente en la ejecución normal o natural del negocio convenido, puesto que ahora lo que debía hacerse era el traspaso de esas mismas acciones al tercero que resultara como consecuencia del trámite del derecho de retracto.

Ver las cosas de otra manera es desarmonizar lo que quisieron y consintieron las partes, y si el tribunal no hace por ahora referencia puntual o precisa a las pruebas que de manera tranquila y abundante lo llevan a esta convicción, es porque ello se hará –y de manera minuciosa- con ocasión del estudio de la reconvenición en el capítulo siguiente.

V. LA CLÁUSULA SEXTA DEL “CONTRATO DE PROMESA Y PRENDA”.

Aunque lo anterior ya resulta bastante para determinar y sustentar la decisión que tomará el tribunal, no sobra agregar que lo que las partes acordaron en el “CONTRATO DE PROMESA Y PRENDA”, en concreto en su CLÁUSULA SEXTA, es un **plazo** extintivo que la doctrina y la jurisprudencia tienen bien averiguado y que no

es del caso tratar *in extenso*, atentos a las reglas que le imponen al juez no desbordar lo “*estrictamente necesario*” (art. 304 del C. de P. C.) para fundamentar sus conclusiones. Sin embargo, sobre este punto se volverá en el análisis de la reconvención.

Las partes acordaron unas determinadas prestaciones utilitarias o servidoras de la intención común ya establecida y ambas consideraron razonable fijar en dos años –y dos mas según el OTROSI del 25 de enero de 2002- la expectativa que tenían de que la SPRC eliminara el derecho de preferencia para la negociación de sus acciones, evento en el que ROSALES podía obtener, en forma directa, la inscripción de su nombre como nuevo propietario de las acciones a que se refiere esta controversia. Y si esto no ocurría, la misma Cláusula Sexta contemplaba lo que debía seguir: poner en ejecución el procedimiento estatutario de la SPRC para el ejercicio del derecho de retracto, con las consecuencias indicadas al final de ese mismo texto.

Así las cosas, el tribunal nada encuentra, en la estructura de la Cláusula SEXTA, que pudiera convertirse en germen de destrucción del negocio jurídico (*rescisión, resolución o terminación*, a voces de la SEPTIMA PRETENSION), o que las partes hubieran ejecutado o dejado de hacer con mérito para decidir la inexistencia o resolución del negocio jurídico o, de manera mas precisa, de la obligación de COREMAR de desatar el trámite previsto en los estatutos de la SPRC para el ejercicio del derecho de preferencia (a términos de la SEXTA PRETENSION). En otras palabras, nada en este negocio apuntaba a retrotraer o deshacer la compraventa tantas veces mencionada y, sin importar lo extravagante que pueda parecer, el clausulado del “CONTRATO DE PROMESA Y PRENDA” constituía la forma práctica y adecuada –según decisión de las partes- para precaver el negocio efectivamente acordado, cuya preservación constituye una importante guía hermenéutica de nuestro ordenamiento jurídico.

VI. RESUMEN DE CONCLUSIONES SOBRE LA DEMANDA DE COREMAR.

Con fundamento en lo expuesto el tribunal rechazará la demanda de COREMAR sin perjuicio de que alguna o algunas de sus pretensiones sean tomadas en cuenta en la reconvención de ROSALES, sin el alcance, ni con la significación que buscaba COREMAR seguramente, y este podría ser el caso de pretensiones que mas que declaraciones buscan verificaciones que no pueden quedarse en este punto simplemente. En esta situación podrían estar la PRIMERA y la CUARTA

pretensiones de COREMAR que, de prosperar, estarían en todo caso sometidas a lo que resulte luego del estudio de la reconvencción. En efecto, el tribunal dejó sentado que no podría declarar la mera existencia de aquel negocio jurídico (“CONTRATO DE PROMESA Y PRENDA”) sin pronunciarse sobre su verdadera naturaleza y finalidad, punto en el que disienten abiertamente la reconvencción y la demanda.

Las pretensiones SEGUNDA, TERCERA, QUINTA y SEXTA (grupo de las declarativas) tampoco pueden analizarse una a una, y todas serán rechazadas de acuerdo con las consideraciones anteriores porque constituyen una cadena compacta, una verdadera unidad estratégicamente dispuesta para lograr que se declare **(i)** que “la cesión o transferencia de acciones... dejó de existir o no nació a la vida jurídica”... “en cuanto no se logró levantar el derecho de preferencia antes del vencimiento del plazo” (QUINTA PRETENSION), o **(ii)** que por haber mediado instrucción expresa de ROSALES a COREMAR para que no emprendiera la enajenación de las acciones a terceros, la obligación prevista en la CLAUSULA SEXTA (que si no se levantaba el derecho de preferencia esa enajenación a terceros habría que hacerla de manera inexorable) “también dejó de existir o no nació a la vida jurídica” (SEXTA PRETENSION), peticiones sobre las que el tribunal ha concluido que no tienen fundamento a la luz del texto contractual entendido, todo él, al servicio de un negocio que fue claro en la intención común de las partes, que de manera ambivalente ellas –y el mismo tribunal- han descrito como un negocio en firme o definitivo de cesión o compraventa de unas determinadas acciones de una sociedad anónima.

En el anterior contexto, obviamente, tampoco podrán estimarse favorablemente las cuatro pretensiones consecuenciales de COREMAR (SEPTIMA a DECIMA).

VII. ARTICULACION DE LO ANTERIOR CON LA RECONVENCION DE ROSALES.

La parte convocada presentó reconvencción encaminada a la calificación jurídica del mismo negocio acordado con COREMAR el 16 de febrero de 2000, del que pretende que se declaren alcances y efectos diferentes de los que busca COREMAR, de tal manera que ambas solicitudes –demanda y reconvencción- implican un pronunciamiento arbitral sobre el mismo negocio jurídico y, en esencia, sobre los mismos hechos pero, de acuerdo con las estrategias de cada parte, en forma verdaderamente contradictoria en algunos aspectos, coincidentes en otros, y en algunos temas específicos con la conformidad de

ambas a términos de lo que encuentra el tribunal en las respectivas contestaciones de las demandas y en los Alegatos de conclusión.

El análisis anterior de la demanda de COREMAR, siendo definitivo no puede resultar completo porque solo después del estudio de la reconvención de ROSALES el tribunal establecerá de manera unitaria e inequívoca cuál fue la relación jurídica que vinculó a las partes y que generó una controversia que ellas mismas no pudieron desatar y, en consecuencia, qué es lo que procede: o el decaimiento o frustración de un determinado negocio jurídico (DEMANDA), o la persistencia de un negocio en el que se encuentran pendientes de ejecución algunas prestaciones (RECONVENCION). La parte siguiente del laudo proveerá al respecto.

Con las salvedades que se dejan sentadas, el tribunal concluye que no debe prosperar la demanda de COREMAR y encuentra prosperas las excepciones propuestas por ROSALES, sin perjuicio de lo que resulte, en definitiva, respecto de su primera pretensión, luego del análisis de la reconvención de ROSALES.

B. LA RECONVENCION DE ROSALES S. A.

Para hacer el contraste con la reconvención de ROSALES, se recuerda, que COREMAR solicita que se declare la ineficacia del "CONTRATO DE PROMESA Y PRENDA" o, en caso de que ello no ocurra, se declare su terminación, rescisión o resolución por haber fallado la condición de la cual pendía la obligación en cabeza de COREMAR de transferir los bienes objeto del mismo y por el abandono, rechazo o renuncia del acreedor, ROSALES, a la opción alternativa prevista en el contrato relativa a la venta de acciones.

Por su parte, ROSALES solicita que se declare que existió un contrato de compraventa de 145.428 acciones de la SPRC; que ROSALES ha cumplido el mencionado contrato, y que por el contrario, COREMAR ha incumplido con su obligación de suscribir los documentos que le fueron sometidos por ROSALES, al negarse a otorgarle facultades para el ofrecimientos de las acciones adquiridas a los restantes accionistas. Por lo anterior solicita que se ordene suscribir el documento que le fuera sometido por ROSALES y todos aquellos otros documentos para facultar a ROSALES para hacer efectivo su derecho a obtener la inscripción como accionista. Así mismo, solicita que se declare la vigencia de la prenda otorgada por COREMAR a ROSALES, que debe permanecer en vigor hasta que COREMAR cumpla su obligación de obtener la inscripción de las

acciones. Igualmente pide que se declare que ROSALES tiene autonomía para indicar a COREMAR las condiciones de precio y pago en que deben ser ofrecidas a los accionistas de la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE CARTAGENA S. A. las acciones y, finalmente, que si se venden estas acciones el producto de la venta pertenecerá a ROSALES.

Para resolver el tribunal debe entonces, en primer lugar, hacer referencia a las reglas que regulan en Colombia la compraventa de acciones, para después determinar cuál es el contrato celebrado por las partes y su alcance, y posteriormente establecer el significado de las cláusulas contenidas en el y sus correspondientes efectos.

I. LAS REGLAS QUE RIGEN LA COMPRAVENTA DE ACCIONES

1. El carácter consensual de la compraventa sobre acciones y la diferencia entre título y modo.

En primer lugar, debe observarse que el artículo 406 del Código de Comercio dispone que “La enajenación de las acciones nominativas podrá hacerse por el simple acuerdo de las partes; mas para que produzca efecto respecto de la sociedad y de terceros, será necesaria su inscripción en el libro de registro de acciones, mediante orden escrita del enajenante”.

De la norma legal transcrita se infiere claramente que el contrato de compraventa de acciones es consensual, pues se perfecciona por el sólo acuerdo de las partes. Sin embargo, en la medida en que el Código de Comercio expresa que la “enajenación” de las acciones se perfecciona mediante el registro en el libro de acciones, surge la pregunta de cuál es el alcance de esta expresión. En efecto, de conformidad con el Diccionario de la Lengua enajenar es “Pasar o transmitir a otro el dominio de una cosa o algún otro derecho sobre ella”, por lo cual podría entenderse que por el acuerdo de las partes las acciones se transfieren, pero que mientras no se haga la respectiva inscripción en el libro de registro de acciones, tal transferencia no produce efectos frente a terceros. Lo anterior implicaría que el contrato mismo transfiere la propiedad de las acciones.

Sin embargo, para el tribunal tal solución, que constituiría una excepción a los principios que rigen la transferencia de los bienes en el derecho colombiano, no es correcta.

En efecto, en primer lugar, si se examinan en aras de contar con interpretación armónica, otras normas del Código de Comercio que regulan las acciones, se observa que de conformidad con las mismas es necesaria la inscripción en el libro de accionistas para que el derecho mismo sobre una acción se transfiera o se constituya. Así el artículo 410 del Código de Comercio dispone que “La prenda y el usufructo de acciones nominativas se perfeccionarán mediante registro en el libro de acciones”. De igual manera, el artículo 415 señala que “El embargo de las acciones nominativas se consumará por inscripción en el libro de registro de acciones”.

Las aludidas regulaciones corresponden al carácter de nominativas que tienen las acciones y permiten destacar la necesidad de su inscripción en el libro de acciones. A este respecto también conviene poner de presente que la legislación de depósitos centralizados de valores, en la misma orientación de producción de efectos de transferencia mediando inscripción en los libros de registro del emisor, mediante el artículo 20 de la ley 27 de 1990 señaló: “Cuando se trate de títulos nominativos la transferencia se perfeccionará por la inscripción en el libro de registro de la entidad emisora, para lo cual el depósito centralizado de valores comunicará la operación a dicha entidad”.

No sobra señalar que el legislador colombiano, en una tendencia que se remonta al antiguo derecho español, ha empleado en diversos casos la expresión enajenación para referirse al contrato mismo y no al modo. Así por ejemplo, el artículo 1521 del Código Civil al regular el objeto de los contratos dispone “Hay un objeto ilícito en la enajenación”. Tal disposición no regula la tradición sino el contrato.

Por lo demás, para aceptar que el Código de Comercio introdujo un cambio radical en materia de los principios que rigen la transferencia de los bienes en Colombia sería necesario que tal regla se dedujera claramente de las normas comerciales, lo que no ocurre.

Como corolario de lo anterior el tribunal concluye que en materia de transferencia de acciones, al igual que respecto de cualquier clase de bienes, es necesario distinguir entre el título y el modo. El contrato de compraventa constituye el título que, como tal, genera obligaciones; pero para que se transfiera efectivamente el bien se requiere el modo que, en el caso de acciones, implica el registro en los libros que lleva el emisor.

2. La venta de acciones y la existencia de derechos de preferencia.

En el curso del proceso se debatieron las consecuencias que se siguen de la existencia del derecho de preferencia en la negociación de las acciones emitidas por la SPRC. Para el apoderado de COREMAR cuando existe dicho derecho las acciones no son de libre negociación y sólo adquieren tal carácter cuando se ha brindado la oportunidad de ejercer el derecho a sus titulares. Por lo anterior considera que cualquier contrato celebrado sobre ellas, desconociendo esta restricción, adolece de nulidad absoluta por referirse a un bien que no está en el comercio, o que por lo menos no lo estaba, en tanto estuviere pendiente el procedimiento estatutario para permitir que se evacuara esta prerrogativa. Por otra parte, afirma que si se parte de la validez del negocio jurídico, la única forma de intentar hacer compatible la transferencia de acciones sujetas al derecho de preferencia, con la prohibición legal de **negociarlas** antes de su levantamiento, es sujetando la obligación de hacer la tradición, al efectivo levantamiento del retracto. Al respecto, el tribunal considera:

El artículo 379 del estatuto mercantil establece que cada acción confiere a su propietario, entre otros, el derecho “de negociar libremente las acciones, a menos que se estipule el derecho de preferencia en favor de la sociedad o de los accionistas, o de ambos”.

Así mismo, el artículo 403 ibídem dispone que las acciones son libremente negociables salvo, entre otros casos, cuando “se haya pactado expresamente el derecho de preferencia”.

Lo anterior determina, de conformidad con el artículo 416 del mismo Código, que la sociedad en tales casos pueda negarse a registrar tales negociaciones. Desde este punto de vista cabe preguntarse cuál es el efecto de esta disposición. ¿Acaso afecta ella la posibilidad de celebrar el contrato mismo de compraventa o sólo impide su cumplimiento?

Como es conocido, en materia de venta de bienes embargados la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha debatido largamente si hay lugar a nulidad del contrato de venta sobre bienes embargados en razón de lo dispuesto en el artículo 1521 que dispone que hay objeto ilícito en la enajenación “3o.) De las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello”. De igual manera en materia de compraventa de acciones cabe discutir si en caso de venta de acciones sujetas al derecho de preferencia tal contrato está viciado de nulidad o si en tales casos realmente lo que sucede es que no se puede realizar la tradición.

Para sostener la tesis de que el contrato es nulo se pueden utilizar argumentos análogos a los sostenidos por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 14 de diciembre de 1976², esto es, entre otros, que de conformidad con el artículo 1866 del Código Civil, aplicable en materia mercantil por virtud del artículo 822 del Código de Comercio, “Pueden venderse todas las cosas corporales, o incorporales, cuya enajenación no esté prohibida por ley” y que los artículos 379 y 403 restringen la negociabilidad de las acciones cuando existe un derecho de preferencia. Así mismo que para realizar la enajenación en derecho colombiano se requiere un título y un modo y por ello la prohibición de realizar la enajenación – y lo mismo sería aplicable a la negociación de acciones- comprende los dos aspectos necesarios para tal efecto. Finalmente, que el artículo 1521 del Código Civil que establece que hay objeto ilícito en la enajenación de bienes embargados regula el objeto del contrato y no la tradición y que de la misma manera como dicho artículo prohíbe enajenar bienes que no se encuentran en el comercio, no es posible celebrar el contrato de compraventa sobre acciones sujetas al derecho de preferencia.

Por el contrario, para sostener la tesis de la validez de la venta puede igualmente acudir a los argumentos expuestos en la sentencia del 7 de noviembre de 1975³ y en el salvamento de voto a la sentencia del 14 de diciembre de 1976, en el sentido de que sólo hay enajenación cuando se hace la tradición y que el sólo contrato no implica enajenación – en el caso de las acciones, negociación de las mismas – por lo cual no estaría prohibido. Así mismo, que en estos casos no hay una prohibición absoluta de transferir los bienes respectivos, sino que simplemente se exige el cumplimiento de un requisito previo.

Para el tribunal la existencia de un derecho de preferencia no impide la celebración misma del contrato de compraventa por las siguientes consideraciones:

En primer lugar, el derecho de preferencia no constituye un impedimento definitivo y absoluto de transferir las acciones, pues el mismo sólo implica que ellas deben ofrecerse a los otros accionistas, pero si estos no las adquieren, las mismas pueden ser transferidas a terceros. A este respecto debe observarse que el ordenamiento colombiano reconoce la validez de disposición respecto de cosa ajena, por lo cual el hecho de que un bien pertenezca a un tercero no es impedimento para contratar sobre aquél; menos aún puede serlo que haya que cumplir un trámite para que un tercero pueda adquirirlo. En esta medida, no hay

² G.J. tomo 152, páginas 530 y siguientes.

³ G.J. tomo 152, páginas 283 y siguientes.

razón para concluir que se deba privar de validez al contrato por el hecho de que tenga que cumplirse un procedimiento previo y que incluso, por efecto de la aplicación del tal procedimiento, las acciones terminen siendo adquiridas por un tercero.

En segundo lugar, las limitaciones a la libre negociación de acciones a las que se refiere el artículo 403 del Código de Comercio, tienen como propósito asegurar el cumplimiento de las finalidades para las cuales se establecieron. En el caso del derecho de preferencia, que efectivamemente los restantes accionistas puedan manifestar su voluntad de adquirir las acciones. Ahora bien, de ninguna manera el hecho de que un accionista celebre un contrato de compraventa de acciones con un tercero afecta la posibilidad de que otro accionista adquiera las acciones en ejercicio del derecho de preferencia, pues ello sólo ocurriría si las acciones se transfirieran al tercero en menoscabo del derecho del accionista.

En tercer lugar, para concluir que el contrato es nulo habría que acudir al artículo 1521 del Código Civil que establece cuándo hay objeto ilícito. Ahora bien, en el presente caso, el único supuesto en que podría aplicarse dicha norma es en el supuesto del numeral 1º, es decir cuando el objeto del contrato es la enajenación de "cosas que no están en el comercio". Es evidente que en el presente caso las acciones están en el comercio, pues precisamente pueden ser vendidas a los accionistas de la sociedad. Por consiguiente, no se trata realmente de que en el presente caso el objeto del contrato sea ilícito, sino que deben cumplirse unos requisitos previos para concluir la transferencia de las acciones.

Por lo anterior concluye el tribunal que la existencia de un derecho de preferencia no impide la celebración del contrato de compraventa, sino que sólo impide que se cumpla mientras no se haya acreditado el trámite correspondiente. Si en virtud de dicho trámite dichas acciones son adquiridas por otro accionista, se tratará de un caso análogo a aquél en que se vende cosa ajena, con las consecuencias previstas por la ley o con las que hayan establecido las partes.

Pero aún si lo anterior no fuera cierto, debe advertir el tribunal que en la sentencia de 1976 de la Corte Suprema de Justicia a la que se ha hecho referencia, dicha Corporación precisó⁴:

"Si los contratantes estipulan como pura la obligación de enajenarlo, esto es, si no la sujetan a plazo ni condición, contrato y tradición son actos nulos, como quiera que aquél prevé el pago inmediato de la obligación de dar, esto es mientras el

⁴ ibídem, página 535

embargo subsiste; más si pactan que el pago, o sea la tradición o enajenación, se haga cuando la cosa haya sido desembargada (obligación a plazo indeterminado), o en el evento en que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello (obligación condicional), tanto el contrato como la enajenación constitutiva del pago son actos válidos y eficaces"

Así las cosas, aún en los eventos en que la jurisprudencia ha admitido la nulidad del contrato, ella no procede cuando el propio contrato ha subordinado el cumplimiento de la *obligación de dar* al previo cumplimiento del requisito requerido. Como se verá, es esta, precisamente, la situación del caso sometido a este tribunal, pues se estableció que previamente debería adelantarse el trámite necesario para levantar el derecho de preferencia.

Finalmente, no sobra anotar que la Corte Suprema de Justicia (sentencia del 22 de marzo de 1979) igualmente ha admitido que la promesa de contrato de venta de un bien embargado es válida.

Vale la pena anotar, desde esta óptica, que el hecho de que las partes hayan previsto un término para cumplir con ese procedimiento no implica que vencido el término se extinga la obligación del deudor, sino más bien que queda acreditado que la obligación no se cumplió en la forma inicialmente prevista y que, por ello, el acreedor puede ejercer las opciones legales o contractuales que estén a su disposición para obtener el cumplimiento.

Con base en lo anterior los cargos por nulidad o inexistencia del negocio jurídico no están llamados a prosperar debe el tribunal analizar el contrato celebrado pro COREMAR y ROSALES.

II. EL CONTRATO CELEBRADO POR LAS PARTES. SUS PRESTACIONES ESENCIALES.

Lo primero que observa el tribunal es que ambas partes reconocen la firma del "Contrato de Promesa y Prenda", como de manera incuestionable surge de la demanda, de la reconvención y de sus respectivas contestaciones.

Ahora bien, en cuanto a su contenido observa el tribunal que la cláusula primera del contrato dispuso:

"EL PIGNORANTE se compromete para con el ACREEDOR PRENDARIO a formalizar la cesión de 145.428 acciones de su propiedad que tiene en la Sociedad Portuaria Regional de Cartagena tan pronto como sea permitido ante dicha sociedad protocolizar la mencionada cesión, para cuyo efecto EL PIGNORANTE se compromete a hacer todas las gestiones ante la "SPRC" y sus accionistas para lograr el propósito buscado".

En la cláusula segunda se dijo:

“Las partes declaran que las sumas de dinero a que se refiere el presente contrato se reciben por COREMAR LTDA para que se abonen al valor de la cesión de las 145.428 acciones de trata la cláusula anterior”

En la cláusula tercera se estipuló:

“EL PIGNORANTE, garantiza las obligaciones contraídas a favor del ACREEDOR PRENDARIO mediante este documento. Esta prenda se entiende perfeccionada mediante el Registro de la misma en el Libro de Accionistas de la SPRC, el cual deberá solicitarse dentro de los tres (3) días siguientes a la firma de este documento.”

En la cláusula cuarta se le confirieron al acreedor prendario, los derechos a participar en las deliberaciones de las Asambleas Generales de Accionistas de la SPRC, a gozar de los derechos políticos y económicos inherentes a la calidad de accionista y a percibir las utilidades o dividendos correspondientes a las acciones pignoradas.

En la cláusula quinta se estableció que “EL PIGNORANTE se obliga para con el ACREEDOR PRENDARIO a:

“1. Realizar todos los actos y suscribir todos los documentos adicionales que sean requeridos por el ACREEDOR PRENDARIO, o facultar al ACREEDOR para ejercer y hacer efectivos sus derechos y recursos, con el objeto de asegurar la válida constitución y protección de la prenda.

“2. No enajenar bajo ninguna modalidad, ni a gravar o limitar el dominio u otorgar o celebrar promesas de venta u opciones respecto de las acciones pignoradas diferentes al gravamen que se está constituyendo con este documento o respecto del ACREEDOR PRENDARIO o de la persona quien este designe”.

Frente al texto contractual al que se ha hecho referencia, debe entonces determinar el tribunal cuál es la calificación del contrato.

A este respecto se debe recordar que una cosa es interpretar el contrato y otra calificarlo⁵. Cuando se trata de interpretar el contrato se pretende determinar el sentido del acuerdo de las partes. En esta tarea es fundamental determinar cuál es la voluntad común de las partes, a partir de la antigua consideración fijada por la jurisprudencia nacional conforme a la cual “en todo acto de voluntad hay siempre un pensamiento principal, generador y lazo de unión de las varias cosas sobre que el acto recae”⁶, para ello el Código Civil establece una serie de

⁵ En este sentido Jacques Ghestin, *Traité de Droit Civil. Les effets du contrat*. LGDJ. Paris, p. 132.

⁶ Sentencia del 2 de agosto de 1935, Magistrado ponente: Miguel Moreno Jaramillo.

criterios sobre cuya obligatoriedad para el juez ha existido discusión⁷, pero respecto de los cuales la Corte Suprema de Justicia recientemente precisó su alcance obligatorio⁸.

Por el contrario, en la labor de calificación del contrato, una vez determinado el sentido de la voluntad de las partes, el juez debe establecer a qué tipo corresponde lo acordado o determinar si se trata de un negocio atípico. En esta actividad, como consecuencia del principio en virtud del cual a la autoridad judicial le corresponde determinar el derecho aplicable a los hechos que han sido sometidos a su conocimiento (*Da mihi factum, dabo tibi jus*), es al juez a quien corresponde establecer cuál es la calificación jurídica respectiva, pues ella determina el régimen jurídico pertinente⁹.

A juicio del tribunal y a pesar de su denominación, está acreditado que el negocio objeto del presente proceso es un contrato de compraventa de 145.428 acciones emitidas por la SPRC y un contrato de prenda. Así lo afirmó ROSALES en su reconvención y así lo aceptó COREMAR en su contestación, de donde se desprende la existencia efectiva de un acuerdo para transferir unas acciones a cambio de un precio, lo que determina la existencia de la venta. A este respecto conviene recordar que tal y como lo ha reiterado la Corte Suprema de Justicia¹⁰, el contrato de promesa bilateral de un contrato consensual, como es la

⁷ En Francia la jurisprudencia considera que no son obligatorios (Ghestin, Jacques, Jamin, Christophe y Billiau, Marc, ob. cit., página 38). En Italia, por el contrario, la doctrina se orienta en otro sentido (Emilio Betti. Teoría General del Negocio Jurídico. Comares, Granada, 2000, p. 284). Sacco, L'interpretazione. Trattato di Diritto Civile. Pietro Rescigno. Tomo 10. Utet, Torino, 1984, p. 421- 424, quien señala que la jurisprudencia italiana es constante en ese sentido.

⁸ Sentencia del 28 de febrero de 2005 Expediente No. 7504. En ella dijo la Corte Suprema de Justicia: "Sin embargo, a ello no le sigue que el sentenciador, *per se*, tenga plena o irrestricta libertad para buscar la *communis intentio* de los contratantes, sino que debe apoyarse en las pautas o directrices legales que se encaminan, precisamente, a guiarlo en su cardinal tarea de determinar el verdadero sentido y alcance de las estipulaciones de las partes, de modo que pueda descubrir la genuina voluntad que, otrora, las animó a celebrar el contrato y a identificar, en la esfera teleológica, la finalidad perseguida por ellas, en concreto en lo que concierne al establecimiento de las diversas estipulaciones que, articuladas, integran el contenido contractual, objeto de escrutinio por parte de su intérprete."

⁹ Este principio ha sido sostenido por nuestra jurisprudencia, cuando afirma: "La calificación que los contratantes den a un contrato, motivo del litigio no fija definitivamente su carácter jurídico; mejor dicho, las partes no pueden trocar ese contrato en otro por el mero hecho de darle un nombre" (Sentencia del 9 de septiembre de 1929, G.J., tomo XXXVII, p. 128). Igualmente ha dicho "los pactos no tienen la calidad que les den los contratantes, sino la que realmente les corresponde" (Sentencia del 28 de julio de 1940, G.J. tomo XLIX, p. 574). Finalmente, en sentencia del 11 de septiembre de 1984 (H. Magistrado Doctor Humberto Murcia Ballén, G.J. No 2415, p. 254) se dijo: "En la labor de interpretación de los contratos no debe olvidar el juez, de otra parte, que la naturaleza jurídica de un acto no es la que las partes que lo realizan quieran arbitrariamente darle, ni la que al fallador le venga en gana, sino la que a dicho contrato corresponda legalmente según sus elementos propios, sus calidades intrínsecas y finalidades perseguidas".

¹⁰ Sentencias del 13 de noviembre de 1981 y 14 de julio de 1998.

compraventa de acciones, equivale al contrato mismo, pues existe acuerdo sobre los elementos esenciales de éste y no es necesario el cumplimiento de requisitos adicionales para su formación.

A lo anterior se agrega que al determinar la intención de los contratantes, que constituye el principio fundamental en materia de interpretación de contratos, el tribunal llega a la conclusión de que las partes querían celebrar un contrato de compraventa y entendieron que lo habían hecho así.

En efecto, si bien el Código Civil al fijar las reglas de interpretación de los contratos no establece como uno de los elementos a tener en cuenta los actos realizados en el período precontractual, es claro sin duda que los mismos pueden indicar claramente cuál es la intención común de los contratantes, y es por ello que la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional, que hace parte del ordenamiento interno a partir de la ley 518 de 1999, en su artículo 7° dispone que para determinar tal intención puede acudir a las negociaciones realizadas. La misma regla se incluye en los Principios de Contratación Comercial de Unidroit¹¹.

Desde este punto de vista se puede observar que en el período precontractual las partes entendieron que se había celebrado un contrato de compraventa como se deduce de las siguientes pruebas:

(i) Si se revisan **las comunicaciones intercambiadas entre las partes** y los señores Saverio Minervini y Gabriel Echavarría, quienes realmente acordaron los términos del contrato, con anterioridad a su celebración, se encuentra lo siguiente:

El 10 de febrero de 2000 (folio 19 del Cuaderno de Pruebas No 2) el señor Saverio Minervini se dirigió al señor Gabriel Echavarría y se refirió al "interés que las Compañías representadas por Usted tienen en comprar acciones de la Sociedad Portuaria Regional de Cartagena S. A...."

El 11 de febrero del mismo año (folio 20 del cuaderno de pruebas No 2) en documento enviado por el señor Rafael Gama, quien fuera autorizado para tal efecto por el señor Saverio Minervini, dijo al señor Gabriel Echavarría:

"En relación con nuestras entrevistas y charlas telefónicas y después de haber consultado ampliamente el asunto con el Sr. Saverio Minervini, me permito transmitirle lo siguiente:

¹¹ Cfr. "Artículo 4.3 (Circunstancias Relevantes)". Su texto en "Comentarios a los Principios de Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional", David Morán Bovio (Coordinador), Aranzadi, Pamplona, 1998.

“1. Se acepta vender las 4 unidades porcentuales al siguiente precio.:

(...)”

“El señor Minervini ha sido muy enfático en no considerar otras modalidades como las de arras, pacto de retroventa, etc, por consideraciones de diverso orden, entre ellas, la de que con anterioridad él realizó ventas de esta misma naturaleza, que después sin ningún problema fueron objeto de traspaso, con las autorizaciones debidas.”

Así mismo, en su declaración el señor Saverio Minervini expresó:

“... A principios de 2000 recibí una llamada de Gabriel o sea después de 27 o 28 años, una llamada que quería que yo lo recibiera un momentico, que el quería tratarme un negocio. Con mucho gusto le dije Gabriel, vino a mi oficina, vino el saludo protocolario con el y después entramos en materia. El Motivo de mi visita Saverio es que queremos comprarte 3% de los títulos accionarios de la Sociedad Portuaria de Cartagena. ¿Cual es el motivo?, nos faltan unas acciones para tratar de lograr, palabras de Gabriel, tratar de lograr el control político de la Junta Directiva de la Sociedad Portuaria. Yo le dije pero por qué no me compras 4 en vez de 3; no por el momento te compro 3 porque para comprarte la 4ª tengo que consultar con mi papá, palabras textuales. Al final me compraron 4 puntos de las acciones que tenía COREMAR , vendiendo ese 4% quedando COREMAR con el 1,93-95 no recuerdo exactamente”

En forma congruente con lo anterior el doctor Rafael Gama declaró:

“... se habló en esas reuniones del interés que había de parte de los Echavarría de comprar acciones que tenía COREMAR Ltda. como inversiones en la sociedad Portuaria Regional de Cartagena”

“... ya era accionista Echavarría y también lo era naturalmente don Saverio cuando estaba vendiendo esas acciones, todas esas acciones eran como 145 mil si mal no recuerdo”

Igualmente el señor Gabriel Echavarría expresó al tribunal:

“(Pregunta el tribunal): Sírvase contestarme esta pregunta para tratar... de sacar una conclusión. Le ha entendido el Tribunal que usted hizo un negocio de compraventa en firme de las acciones a que usted acaba de referirse, ¿es correcto el entendimiento que está teniendo el Presidente de este Tribunal?

SR. ECHAVARRIA: Si, doctores, el negocio se hizo en firme por las razones que yo decía: no había seguridad en el futuro de la sociedad, el precio era un buen precio, nosotros necesitábamos las acciones para aumentar nuestra participación en la sociedad y la plata se pagó en la totalidad prácticamente en forma inmediata; si no hubiera sido en firme hubieran aceptado el pacto de retroventa que había propuesto el abogado nuestro, previendo cuidar nuestros intereses. Así que insistentemente el Doctor Gama como el Doctor León y los otros asesores de Saverio insistieron en que el negocio era firme y nosotros estuvimos de acuerdo”

De esta manera, cuando se celebró la operación, era claro para las partes que la misma tenía el carácter de compraventa.

(ii) Otro elemento fundamental en la interpretación de un contrato es **la conducta posterior de las partes**. A este criterio hace referencia el artículo 1622 del Código Civil, cuando señala que las cláusulas de un contrato pueden interpretarse por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte. Esto es lo que la doctrina ha denominado interpretación auténtica, pues a través de ella son los mismos autores de la declaración de voluntad los que fijan su sentido y alcance. Si bien el Código Civil sólo se refiere a la ejecución práctica del contrato por una de las partes con el consentimiento de la otra, a juicio del tribunal pueden también tomarse en consideración las otras manifestaciones coincidentes que hayan realizado las partes en relación con el contrato. Desde este punto de vista se observa que las partes siempre consideraron que habían celebrado un contrato de compraventa, tal y como se confirma por las comunicaciones que posteriormente enviaron, que se destacan a continuación:

- En comunicación del 25 de abril de 2000 (folio 44 del Cuaderno de Pruebas No 1) enviada por el señor Saverio Minervini al señor Gabriel Echavarría, se expresa: “No es necesario recordar, porque esta muy claro para ti y para mi, que el traspaso de las embarcaciones hizo parte integral de la **venta de acciones de la Sociedad Portuaria de Cartagena** y así lo dejamos consignado en el Acuerdo de Caballeros celebrado contigo...”. (destaca el tribunal).
- Por su parte, el 9 de junio de 2000 (folio 45 del Cuaderno de Pruebas No 1) el señor Gabriel Echavarría acusó recibo de la comunicación anterior y expresó: “Sin embargo, es conveniente aclarar que si el acuerdo sobre el subcontrato de los remolcadores fuese parte integral del **contrato de venta de las acciones de la SPRC**, este hecho hubiese quedado acordado e incluido en ese mismo contrato”. (destaca el tribunal).
- Así mismo, el 9 de junio de 2000 el señor Saverio Minirveni en comunicación al señor Gabriel Echavarría (folio 32 del Cuaderno de Pruebas No 2) expresa: “Como está muy claro para los dos, como parte integral de la **operación de venta de las acciones efectuada** en Febrero de este año, convinimos en celebrar un Acuerdo de Caballeros, mediante el cual tu cederías a COREMAR, en un plazo no mayor de sesenta días los dos remolcadores del Terminal Marítimo Muelles el Bosque,...”.(destaca el tribunal).
- En comunicación del 11 de Octubre de 2000 (folio 40 del Cuaderno de Pruebas No 2) Saverio Minervini reiteró a Gabriel Echavarría su “tónica permanente de

obtener el registro del traspaso de las acciones en los libros de la SPRC **que vendió en forma definitiva COREMAR Ltda a Rosales S.A.**.”(destaca el tribunal).

Así mismo, cuando se realizó un proceso para vender otras acciones emitidas por la SPRC, las partes obraron partiendo de la base de que los derechos correspondientes eran de ROSALES. Veamos algunas comunicaciones relacionadas con este particular:

- En comunicación de 6 de Febrero de 2002 (folio 49 del Cuaderno de pruebas No 2) el señor Rafael Gama remitió a la señora Clemencia Buitrago “la comunicación recibida de la SPRC mediante la cual ofrecen en venta 102.353 acciones de la Flota Mercante Grancolombiana....”. En dicha comunicación se dice “cualquier comentario que adicionalmente don Saverio pueda realizar, según los deseos de ustedes, el esta dispuesto a tratarlo oportunamente con ustedes y teniendo en cuenta obviamente el número de acciones que les corresponde a ustedes **por la venta ya efectuada** y el que le correspondería a COREMAR por las acciones no vendidas todavía”. (destaca el tribunal).
- Con fecha 8 de marzo de 2002 el señor Saverio Minervini envió una comunicación a la SPRC en donde expresó: “COREMAR tiene pignoradas ante esa sociedad la cantidad de 145.428 acciones a favor de ROSALES S. A. **por venta que le hizo a ésta última hace cerca de dos años** y que hasta la fecha no se ha podido perfeccionar su transferencia por haberse negado a ello la asamblea de la SPRC” (negritas del tribunal). Agregó que: “Por consiguiente, si para ello no hubiere inconveniente jurídico damos nuestra completa conformidad para que ROSALES S. A. pueda adquirir, proporcionalmente a la cantidad de 145.428 acciones, que están pignoradas a favor de esta última la cantidad de acciones están puestas a la venta por parte de la Flota Mercante Grancolombiana...” y finalmente precisó “Si por cualquier razón jurídica esta autorización que estamos dando no es aceptable nuestra Compañía COREMAR LTDA adquiriría las acciones a que estamos haciendo referencia”

Estas últimas comunicaciones son particularmente reveladoras para el tribunal, pues a través de ellas se aprecia que no se trató simplemente de denominar compraventa al negocio realizado, sino que efectivamente se dedujeron del mismo las consecuencias que naturalmente correspondían a este contrato.

Por lo demás, de acuerdo con el dictamen pericial practicado¹², COREMAR registró en sus libros de contabilidad los ingresos recibido en esta operación “como suma recibida de la venta de acciones entre COREMAR S. A. y ROSALES S. A.” Por su parte ROSALES registró el pago del precio efectuado a COREMAR en la cuenta N° 129595 referido al rubro “Inversiones-Otras Inversiones”.

De todo lo anterior surge de manera inequívoca que las partes celebraron un contrato de compraventa de acciones por el que COREMAR se obligó “a formalizar la cesión de 145.428 acciones”, tan pronto fuera permitido, para lo que debía realizar todas las gestiones que fueran necesarias antes la SPRC y ante sus accionistas, al propio tiempo que ROSALES se obligó a pagar un precio.

Es pertinente señalar que en el “CONTRATO DE PROMESA Y PRENDA” las partes convinieron adicionalmente que el acreedor prendario tendría los derechos inherentes a la calidad de accionista (cláusula cuarta), esto es, participar en las deliberaciones de la asamblea y votar las decisiones, gozar de los derechos políticos y económicos como accionista y percibir las utilidades y dividendos que correspondían a las acciones, lo que mas que un indicio constituye el reconocimiento del estatus de accionista, así tuviera que contar ROSALES, todavía, con la habilitación de la parte vendedora o cedente para el ejercicio de algunas de estas facultades.

III. LAS DEMÁS OBLIGACIONES CONTRAÍDAS POR LAS PARTES.

COREMAR señala que el acuerdo de las partes al que se ha hecho referencia incluía otras obligaciones, como eran la relativa a “dejar la suplencia del puesto en la Junta Directiva de la SPRC en cabeza del señor Saverio Minervini”; “permitir el ejercicio del derecho de voto, no sólo sobre las acciones objeto del acuerdo, sino sobre aquellas que quedaban en su poder”, y “entregarle a COREMAR como parte de la contraprestación por la transferencia acciones objeto del contrato, la administración de unos remolcadores en el puerto de Cartagena, bajo las condiciones y términos que las partes se comprometieron a definir en un breve plazo (60 días)”. Por el contrario, ROSALES como parte demandada niega la existencia de esta última obligación como parte de la compraventa.

Sobre dichas obligaciones observa el tribunal lo siguiente:

En cuanto se refiere a la participación en la junta directiva de la sociedad portuaria, en comunicación del 16 de febrero de 2000 el señor Gabriel Echavarría

¹² Páginas 10 y 11 del Dictamen.

manifestó al señor Saverio Minervini lo siguiente (folio 7 del Cuaderno de Pruebas No 1):

“De acuerdo a nuestra conversación y la negociación de las acciones de la S.P.R.C., te confirmé que haremos nuestros mejores esfuerzos para reservarte un puesto de la Junta de esa Sociedad como Suplente, como parte del compromiso que hicimos cuando acordaste vendernos el 4% de las acciones en la SPRC y darnos los poderes para ejercer el derecho de voto en las asambleas de la SPRC sobre la totalidad de las acciones pertenecientes a Coremar, o sea el 5.74% del total.

(...)

“La presente carta no se incluye en los documentos legales que se celebran para la compraventa de las acciones sino que tiene el carácter de un acuerdo de caballeros”.

Por otra parte, en el documento del 11 de febrero del mismo año (folio 20 del cuaderno de pruebas No 2) enviado por el señor Rafael Gama al señor Gabriel Echavarría, al que ya se hizo referencia, se dice:

“3. El punto de la suplencia a favor de Don Saverio Minervini sería igualmente parte del acuerdo, según ya fue aceptado”

El 16 de febrero de 2000 (folio 8 del Cuaderno de Pruebas No 1), el señor Saverio Minervini, obrando como Representante Legal de COREMAR S. A., confirió poder en favor del Doctor Eduardo Cárdenas Caballero, para que representara a la referida sociedad en la reunión ordinaria de la asamblea general de accionistas de la SPRC. En el poder se expresó que el mandatario podía sustituirlo en beneficio del Dr. Javier Díaz Fajardo. Los abogados mencionados eran los asesores de ROSALES S. A.

Adicionalmente, si se examinan las actas de la asamblea de accionistas realizadas a partir de la fecha del contrato de promesa y prenda (folios 75 a 143 del Cuaderno de Pruebas No 1), se encuentra que en las mismas fue elegido como miembro principal de la junta directiva el señor Gabriel Echavarría y como miembro suplente el señor Saverio Minervini. Ello ocurrió hasta la asamblea realizada el 27 de febrero de 2004, en la que el señor Minervini fue elegido suplente en reemplazo de una persona distinta del señor Echavarría.

Por lo que se refiere a la representación por parte de personas designadas por ROSALES, de la totalidad de las acciones de COREMAR, se encuentra que ello no ocurrió en todas las asambleas realizadas entre febrero de 2002 y 2004, pues, por ejemplo, en la realizada el 2 de marzo de 2001, el señor Saverio Minervini

representó el 1.55% y en la del 28 de febrero de 2003, el señor Jhony Minervini representó el 1.74%

Finalmente, en comunicación enviada el 24 de enero de 2002 (folio 44 del Cuaderno de Pruebas No 2) por el señor Gabriel Echavarría al Señor Minervini, expresó:

“Apreciado Saverio:

En relación con mi carta de la referencia y el OTROSI, que con fecha hemos firmado entre Coremar Ltda. y Rosales S. A. para la prórroga de dos años adicionales, entre el 16 de febrero del 2002 y el 16 de febrero del 2004, me permito manifestarte que igualmente el compromiso a que hace referencia la primera parte de mi comunicación aludida, en el sentido de reservarte un puesto en la Junta Directiva de la SPRC como suplente, continuará vigente por este nuevo período de 2 años que inicia el 16 de febrero de 2002.

“De otro lado, como también ya lo hemos convenido, por tu parte me seguirás otorgando los poderes para el total de las acciones de Coremar Ltda., para las Asambleas de aquella sociedad, además de las que están pignoradas a nuestro favor, durante el mismo período adicional a que se está haciendo referencia.....”

Por su parte, el señor Saverio Minervini, en comunicación de la misma fecha expresó tener:

“... plena conformidad con el alcance y términos de tu comunicación de hoy. Será para mi muy grato, como ha acontecido en los últimos dos años seguir acompañándote como suplente tuyo en la Junta Directiva de la SPRC, durante el período de dos años que se inicia a mediados del próximo mes de Febrero, como ya tuve el gusto de hacerlo en el que finaliza en esa fecha.

“De igual modo, las Acciones de Coremar Ltda., junto con las que están pignoradas las seguiré poniendo a tus ordenes para que las representes en las Asambleas de la SPRC para el nuevo período ya mencionado”.

De lo anterior concluye el tribunal que como parte del contrato de compraventa de las acciones se convino que se procuraría que el señor Saverio Minervini quedara incluido en la Junta Directiva de la sociedad portuaria y que personas designadas por ROSALES representarían la totalidad de las acciones de COREMAR, aun cuando esto último no siempre fue observado por las partes.

En cuanto se refiere a la cesión de la administración de los remolcadores, la parte demandante sostiene que ello era parte del acuerdo, y que no se incluyó “en el documento suscrito el 16 de febrero, por cuanto conllevaba todo un proceso de discusión y análisis que no se podía resolver antes de la Asamblea Ordinaria de la SPRC, que tendría lugar el día 18 de febrero” y que “el compromiso relativo a los

remolcadores nunca se pudo definir, de tal manera que no fue posible precisar el objeto de esta obligación a cargo de ROSALES S.A”.

Por el contrario, la parte demandada sostiene que “Rosales no adquirió ninguna obligación en materia de remolcadores, y,..., que el acuerdo de caballeros asumido por uno de sus accionistas Gabriel Echavarría, fue honrado a cabalidad con remisión de ofertas, llamados de atención sobre una definición y finalmente con la suscripción de un convenio de pool, según una de las alternativas inicialmente ofrecidas”.

En adición a la posición ya sentada al despachar lo relativo a la demanda de COREMAR, y confirmando lo allí sentado, el tribunal encuentra lo siguiente:

En comunicación del 16 de febrero de 2000 el señor Gabriel Echavarría manifestó al señor Saverio Minervini lo siguiente (folio 7 del Cuaderno de Pruebas No 1):

“En mi conversación con Rafael Gama, quedamos como parte del acuerdo de la compraventa de las acciones de Coremar en la SPRC estamos de acuerdo dentro de un termino de sesenta (60) días en ceder la operación de los remolcadores del Terminal Marítimo Muelles el Bosque a Coremar en alguna de las siguientes modalidades o combinación de modalidades, sujeto a un acuerdo sobre las bases que serían discutidas contigo a tu retorno:

“Wet lease con contrato de servicios;
“Acuerdo de pooling de servicios;
“Contrato de outsourcing

(...)

“La presente carta no se incluye en los documentos legales que se celebran para la compraventa de las acciones sino que tiene el carácter de un acuerdo de caballeros”. (se subraya)

Por otra parte, en el documento del 11 de febrero del mismo año (folio 20 del cuaderno de pruebas No 2) enviado por el señor Rafael Gama al señor Gabriel Echavarría, al que ya se hizo referencia, se dice:

“2. Se dejaría constancia en el documento de venta de las acciones lo relacionado con los remolcadores y para el efecto se incluiría un documento muy claro en donde quede expresada irrevocablemente la voluntad del comprador de las acciones de ceder estos aparatos a Saverio Miniverni, como administración delegada u otra figura análoga.”

Posteriormente, el señor Gabriel Echavarría envió un documento de fecha 4 de mayo de 2000 al señor Saverio Minervini, en el cual se expresa (folio 30 del Cuaderno de Pruebas No 2):

“Te incluyo la propuesta inicial de los remolcadores, como hemos hablado”.

En ese documento se hace referencia a la necesidad de que COREMAR decida si quiere formar una compañía conjunta para operar los remolcadores. Igualmente se hace referencia al contrato de pooling “que se acordó” y se solicita se confirme si se debe proceder al contrato de operación de los remolcadores antes de formar una compañía conjunta, pues si se debe trabajar en crear una compañía “no vale la pena gastarle energía al contrato de outsourcing”.

Posteriormente, el 8 de junio de 2000, el señor Gabriel Echavarría le envió una comunicación al señor Saverio Minervini (folio 31 del Cuaderno de Pruebas No 2) en la que le dice que no ha recibido respuesta respecto del contrato de outsourcing. A dicha carta el señor Saverio Minervini contesta el 9 de junio de 2000 expresando lo siguiente (folio 32 del Cuaderno de Pruebas No 2):

“Como está muy claro para los dos, como parte integral de la operación de venta de las acciones efectuada en Febrero de este año, convinimos en celebrar un Acuerdo de Caballeros, mediante el cual tu cederías a COREMAR, en un plazo no mayor de sesenta días los dos remolcadores del Terminal Marítimo Muelles el Bosque, sobre unas bases que luego deberíamos discutir. “

Hizo así mismo referencia a las comunicaciones cruzadas y a su voluntad de cumplir el acuerdo y expresó:

“1. La idea original estipulada en nuestro Acuerdo consistió simplemente en una cesión de remolcadores bajo términos económicos para discutir, teniendo en cuenta algunos arreglos tarifarios que Muelles el Bosque tenía convenidos con algunos clientes y que yo debería respetar por algún tiempo estipulado.

“2. Con posterioridad surgió la iniciativa de un “pooling” y precisamente en una comunicación tuya del 4 de Mayo, sujetaste la cesión de los remolcadores a esa figura previa, sin llegar a ninguna conclusión.

“Creo que con lo referido en primer lugar queda clara mi voluntad de hacer viable cuanto antes el Acuerdo de cesión, bajo términos que consulten nuestros intereses comunes de carácter comercial.

“En segundo lugar me permito manifestarte que dadas las circunstancias que se han venido presentando, bien conocidas de ambos, la posición de COREMAR es la de optar por cesión de los remolcadores, o al menos del que tiene una mayor capacidad, en condiciones tales que la operación comercial que ésta última empresa llevaría a cabo no llegue a desembocar en pérdidas, o dicho en otras palabras que la preservación de tarifas por parte de Ustedes a favor de sus clientes, no sea indefinida, esté enmarcada dentro de términos taxativos y además que nuestro Acuerdo en esta materia refleje beneficios directos e indirectos para las Sociedades Portuarias de Cartagena, como siempre tu y yo hemos hablado.

“Pero si por el contrario, no podemos garantizar estos objetivos, nuestro original Acuerdo no podríamos realizarlo en un plazo inmediato predeterminado.”

A esta carta respondió el señor Gabriel Echavarría el 9 de junio del mismo año expresando (folio 34 del Cuaderno de Pruebas No 2):

"Sin embargo, es conveniente aclarar que si el acuerdo sobre el subcontrato de los remolcadores fuese parte integral del contrato de venta de las acciones de la SPRC, este hecho hubiese quedado acordado e incluido en ese mismo contrato. En todo caso, esto no cambia para nada mi intención, y el acuerdo de caballeros que hicimos sobre buscar una alianza en el negocio de remolcadores para la bahía de Cartagena".

Por otra parte el señor Gabriel Echavarría en declaración a este tribunal expresó:

"Fueron dos negocios que coincidieron en el tiempo, en el sentido de que estábamos hablando de todos los negocios en la bahía, que cuando se sienta a negociar con un amigo, tiende a hablar muchas otras cosas y resultó que había esa oportunidad para nosotros, entonces acordamos que buscaríamos una alianza, pero esa alianza estaba muy lejos de formarse, es decir, mi carta a él fue muy clara y las cartas que nos cruzamos, buscamos durante mucho tiempo la fórmula porque entregar un avión o un buque o un remolcador es una cosa muy delicada, eso no se podía hacer en 2 o 3 días y además la sociedad que era la dueña o es la dueña de los remolcadores no es la misma sociedad que está negociando la compra de las acciones en ese momento, ni la administración de esa sociedad participó en esas negociaciones nuestras de las acciones".

"Entonces qué pasaba? Que ni Saverio había hablado con su gente, ni yo había hablado con mi gente, entonces no podíamos hacerlos como un contrato, estábamos muy lejos de hacerlo como un contrato, entonces dijimos vamos a ver cómo nos ponemos de acuerdo, yo le di tres opciones muy claras en mi carta, que teníamos un acuerdo de caballeros, que trataríamos de trabajar juntos hacia el futuro y el fruto de esto fue el acuerdo que se firmó, pero fue incluso con un partícipe que ni siquiera existía en el momento en que hicimos el negocio de las acciones, que fue Intertuc...".

El doctor Rafael Gama Quijano manifestó en su declaración:

"Bueno, es que en eso vale la pena aclarar esto, es muy pertinente su pregunta, por una razón, la operación de la venta de las acciones que se presumía por ambas partes iba a ser aceptada por la Sociedad Portuaria que se reunía el 15 o el 16 o el 17 de febrero dos días después, no daba tregua para esperar la segunda parte de la negociación de los remolcadores que podía durar dos meses, o tres meses o cuatro meses o cinco meses o lo que ha transcurrido desde entonces que ya son cuatro o cinco años y no se hizo nada pero como el interés era inmediato de parte de los Echavarría, para tomar mayoría en la Asamblea de Accionistas que tenía lugar dos días después, entonces naturalmente hubo inmediatamente lo más urgente que era el traspaso de las acciones dentro de una confianza tremenda que había entre ellos. Y después con tiempo un mes o dos meses o tres meses perfeccionamos la otra parte que era el negocio de los remolcadores es que la venta de un remolcador aunque yo no soy naviero, requiere mirar el remolcador, hacerle los avalúos de los técnicos como están las máquinas, como está la capacidad de las bodegas qué reparaciones hay que hacer, cuáles son las posibilidades de poder trabajar eso en determinada área, una cantidad de cosas y de acuerdo con eso, fijar, es que ahí nunca se habló de que era una venta sino una operación que podía ser un arriendo haber cuánto valía el arriendo eso demoraba mucho tiempo, tanto tiempo que han transcurrido cuatro o cinco años y no se ha hecho la operación".

De lo anterior resulta para el tribunal que inicialmente como parte del acuerdo celebrado entre las partes, se incluyó la cesión de la explotación de unos remolcadores. Ahora bien, dada la urgencia de realizar la operación sobre las acciones emitidas por la SPRC, las partes convinieron en celebrar el contrato de promesa y prenda, en el cual no incluyeron referencia específica a las eventuales obligaciones existentes en relación con los remolcadores, pues según se desprende de la prueba aportada, no existía el tiempo para definir los términos de dicho acuerdo.

A este respecto conviene recordar que la doctrina ha discutido cuál es el alcance de los documentos que se elaboran al celebrar un contrato. En tal sentido algunos autores consideran que la documentación es siempre un acto declarativo. Otros sostienen que cuando el documento corresponde exactamente al contrato anterior, el acto de documentación tiene carácter puramente declarativo. Por el contrario cuando lo modifica en algún sentido es un nuevo contrato. Finalmente, un tercer grupo concluye que la documentación siempre es un nuevo contrato, aun cuando si coincide con el anterior tendría carácter de negocio declarativo o de contrato de fijación¹³. Desde este punto de vista a la luz del derecho colombiano, considera el tribunal que cuando las partes se limitan a reproducir por escrito el acuerdo verbal al que han llegado, las mismas no tienen la intención de celebrar un nuevo contrato; por el contrario, cuando el texto del acuerdo escrito no coincide con el acuerdo verbal hay que aceptar con la doctrina que las partes han querido modificar su acuerdo verbal, salvo que se acredite una simulación o que a pesar de limitar el documento a ciertos aspectos, se incluyen otros en el negocio jurídico que no se expresan. En el presente caso, a falta de prueba de que las partes quisieron mantener el vínculo entre la compraventa y el acuerdo sobre los remolcadores, debe concluirse que las partes quisieron independizarlos, pues el acuerdo escrito no recogió estipulaciones relativas a los remolcadores ni condicionó la venta a un acuerdo sobre los mismos. Así mismo, en el Otrosí que posteriormente firmaron las partes tampoco se hizo referencia a los remolcadores.

La separación entre los dos negocios se confirma si se observa que la intención de las partes era que la transferencia de las acciones se hiciera a la mayor brevedad, por lo cual podría suceder que la Asamblea de Accionistas de la SPRC, que se realizaría pocos días después de la celebración del contrato, autorizara que se hiciera la transferencia. En tal caso, se formalizaría la cesión, aun cuando todavía no se hubiese llegado a un acuerdo sobre los remolcadores.

¹³ Luis Diez Picazo. Derecho Civil Patrimonial. Civitas, Madrid, 1996, t. I, p. 260.

Por lo demás, las propias partes decidieron hacer referencia al pacto sobre los remolcadores como un Acuerdo de Caballeros. En el derecho comparado se ha discutido cuál es el alcance de los pactos de caballeros. Así, por ejemplo, a menudo se indica que cuando las partes celebran un acuerdo de caballeros han querido excluir los efectos jurídicos de dicho acto y confiar su cumplimiento a la posibilidad de otro tipo de sanciones sociales. Así mismo se expresa que en la medida en que dichos acuerdos se pueden cumplir voluntariamente y de ellos surgen consecuencias jurídicas, puede considerarse que crean obligaciones naturales¹⁴. Otros sugieren que el alcance de los acuerdos de caballeros debe determinarse de acuerdo con la intención de las partes, pues si bien tales pactos en el orden de las relaciones familiares o de amistad pueden estar desprovisto de efectos, cuando se celebran en otras materias, las partes pueden no buscar eludir la obligatoriedad de tales acuerdos, sino que pretenden situarse en un plano distinto al estrictamente jurídico, lo cual no impide que el ordenamiento les reconozca carácter obligatorio¹⁵, en la medida en que obviamente se reúnan los requisitos previstos por el mismo.

En todo caso, el hecho de que se haya celebrado un Acuerdo de Caballeros en relación con los remolcadores muestra que para las partes dicho negocio, o no era jurídicamente obligatorio, o se situaba en un plano distinto al de la compraventa, lo que confirma la separación que existía entre ellos.

Por lo anterior las circunstancias que se presentaron en relación con la negociación de los remolcadores no son relevantes para efectos del cumplimiento del contrato de promesa y prenda, ni puede tener los efectos que pretende COREMAR en la indeterminación del precio, ni este punto se encuentra en las pretensiones de COREMAR, asuntos sobre los que ya pronunció el tribunal al estudiar su demanda.

IV. LA EXISTENCIA DE UNA CONDICION Y EL PLAZO DE DOS AÑOS PARA FORMALIZAR LA CESIÓN.

El apoderado de COREMAR afirma que de las cláusulas primera y sexta del contrato celebrado por las partes se infiere, a su juicio, la existencia de una condición que debía cumplirse en un término de dos años y que consistía en la

¹⁴ F. Willem Grosheide II.A.1 THE GENTLEMAN'S AGREEMENT IN LEGAL THEORY AND IN MODERN PRACTICE – THE DUTCH CIVIL LAW PERSPECTIVE. En F. Willem Grosheide/Ewoud Hondius ed., International Contract Law: Articles on Various Aspects of Transnational Contract Law, Molengrafica Series 2003, Intersentia (2004) 41-67. Publicado en [http:// www.library.uu.nl/publarchief/jb/congres](http://www.library.uu.nl/publarchief/jb/congres).

¹⁵ Alex Weill, Francois Terré. Droit Civil, Les Obligations. Dalloz, Paris, 1980, No- 31.

autorización para formalizar la cesión. Si dicha condición no se cumplió en el plazo pactado la misma falló, por lo cual no surgió la obligación de transferir las acciones. Agrega, además, que como quiera que el acreedor prendario instruyó a COREMAR de no salir a vender a terceros, desapareció el deber correlativo de ofrecer en venta, quedando limitado el objeto de la obligación del vendedor al cumplimiento efectivo de la tradición, sujeta a que se pudiera formalizar la cesión, con el riesgo propio del fallecimiento de la condición.

Por el contrario, el apoderado de ROSALES sostiene que la común intención de las partes fue realizar una compraventa en firme de acciones, cuyos simples efectos de oponibilidad frente a terceros quedaron sujetos a que se obtuviera el levantamiento del derecho de preferencia. Por consiguiente, no existió la voluntad de pactar una condición suspensiva. Además, la mención del plazo no tenía ni tuvo nunca el sentido de marcar un extremo temporal para entender por fallida una condición. Agrega que la comunicación enviada por ROSALES de no adelantar el ofrecimiento en venta de las acciones, no tiene el alcance que pretende COREMAR, y por el contrario, COREMAR se negó a otorgar facultades a ROSALES en el momento en que se quiso poner en práctica el mecanismo de la cláusula sexta, lo que en la práctica significa haber incumplido el contrato celebrado.

Desde este punto de vista observa el tribunal que en las cláusulas primera y sexta las partes estipularon:

“EL PIGNORANTE se compromete para con el ACREEDOR PRENDARIO a formalizar la cesión de 145.428 acciones de su propiedad que tiene en la Sociedad Portuaria Regional de Cartagena tan pronto como sea permitido ante dicha sociedad protocolizar la mencionada cesión, para cuyo efecto EL PIGNORANTE se compromete a hacer todas las gestiones ante la “SPRC” y sus accionistas para lograr el propósito buscado”.

“Si dentro del plazo de dos (2) años contados a partir de la firma de este contrato no se ha podido cumplir con la obligación de formalizar la cesión de 145.428 acciones de su propiedad, EL PIGNORANTE, salvo que el ACREEDOR PRENDARIO le indique lo contrario, iniciará el proceso de venta de las acciones pignoradas al precio mínimo de la cesión prometida en este contrato. Si las acciones se venden a un comprador diferente del ACREEDOR PRENDARIO, el PIGNORANTE transferirá al ACREEDOR PRENDARIO, el mismo día en que los reciba, los fondos producto de la venta de las acciones. Si las acciones se transfieren al ACRREDOR PRENDARIO ya se entenderán pagadas conforme a este contrato”.

Para precisar la naturaleza y alcance de estas estipulaciones es necesario precisar la noción de condición.

A este respecto, lo primero que debe observarse es que, como lo anota el apoderado de COREMAR, la condición es una modalidad de la obligación. Para

que exista una condición es necesario que las partes hayan querido subordinar el nacimiento o extinción de su obligación a un evento futuro e incierto. En este sentido la doctrina¹⁶ expresa que la condición puede inferirse de las circunstancias "siempre y cuando se compruebe que la voluntad de las partes era subordinar la eficacia jurídica del acto a la concurrencia de un suceso futuro" e incierto, por supuesto. Es por ello que igualmente se señala¹⁷ que cuando "a lo que aspiran las partes es a que la prestación se lleve a cabo a todo trance, aunque el suceso no se produzca, el crédito no tendrá carácter de condicional, y lo aplazado será sencillamente su vencimiento". Igualmente la doctrina afirma que la condición "no puede ser el efecto esencial" del contrato"¹⁸ y que, por ello, el objeto de la obligación no puede ser la condición, por lo que si se vende un mueble sujeto a que un tercero lo construya, se vende una cosa futura y no se hace un contrato condicional¹⁹.

A lo anterior vale la pena agregar que la Corte Suprema de Justicia ha señalado²⁰ que los elementos constitutivos de la obligación condicional son: "1) La necesidad de un acontecimiento futuro e incierto; 2) la sujeción de la obligación a este acontecimiento, y 3) el carácter voluntario, o sea, convencional de esta dependencia. El acontecimiento futuro e incierto no puede consistir en una obligación sino en un hecho. La sujeción de una obligación a otra no constituye ese acontecimiento fáctico".

Así las cosas, la mera circunstancia de que aquello a lo que se refiere la obligación pueda verse afectado por un hecho futuro no significa que exista una condición, cuando precisamente el deudor se ha obligado a realizar las actividades necesarias para que se produzca tal hecho; incluso el hecho futuro asociado con la voluntad del deudor puede coincidir con el cumplimiento de la obligación. Ello resulta del Código Civil que en su artículo 1507 consagra la promesa por otro. En efecto, cuando se promete el hecho de un tercero el promitente debe realizar todos los actos necesarios para que el tercero ratifique. Por ello si este último no lo hace, quien prometió el hecho ajeno no queda liberado, sino que deberá pagar los perjuicios. Igualmente cuando se vende una cosa ajena, el vendedor se obliga a realizar las actividades necesarias para

¹⁶ Por ejemplo, Andreas, Von Tuhr, Tratado de las obligaciones. Reus, Madrid, 1934, t. II, p. 214.

¹⁷ Von Tuhr, op. cit. p. 215.

¹⁸ Philippe Malaurie. Les Obligations . Regimen General. Cujas, París, 2001, p. 125.

¹⁹ Traite Elementaire de Droit Civil de Marcel Planiol, completé par George Ripert y Jean Boulanger. LGDJ, París, 1949, t. II, p. 460.

²⁰ Sentencia del 31 de mayo de 1938. G. J. tomo 46, p. 573.

transferir la cosa, las cuales pueden consistir en adquirirla del verdadero dueño u obtener que éste transfiera la cosa directamente al comprador. Por consiguiente, el hecho de que finalmente el verdadero dueño no venda su cosa ni la transfiera al comprador, determina que el vendedor ha incumplido el contrato y por ello se encuentra obligado a indemnizar los perjuicios (artículo 907 del Código de Comercio).

Desde este punto de vista, si se examina el texto del contrato celebrado, encuentra el tribunal que las partes no pactaron una condición, pues lo que se pactó es que el vendedor debía “formalizar la cesión de 145.428 acciones de su propiedad que tiene en la SPRC tan pronto como sea permitido” y además debía realizar todas las actuaciones para obtener que se pudiera protocolizar la cesión de las acciones. Por lo demás, del texto del contrato no se desprende que las partes hubieran entendido que la autorización requerida constituyera una condición que determinara que en caso de que no se impartieran las autorizaciones por parte de la sociedad emisora no existiría la obligación. A este respecto es pertinente recordar que como se deduce de los documentos a los que ya se ha hecho referencia y de las declaraciones rendidas en el proceso, las partes querían celebrar una venta en firme y claramente desecharon la posibilidad de que el contrato de compraventa pudiera verse privado de efectos por la existencia de arras o de un pacto de retroventa (documento del 11 de febrero del 2000 enviado por el señor Rafael Gama, al señor Gabriel Echevarría, folio 20 del cuaderno de pruebas No 2²¹ y Ayuda de Memoria firmada por Rafael Gama en la que se da cuenta de la entrevista realizada el día 11 de febrero a las 10.00 a.m. con los señores Gabriel Echavarría Obregón, Cayetano Rodríguez y Rafael Gama Quijano, folios 37 a 39 de cuaderno de Pruebas No 1²²). Igualmente, las partes pactaron que si no era posible formalizar la cesión en un determinado plazo se acudiría a un procedimiento alternativo que consistía en vender las acciones a un tercero por cuenta de ROSALES.

Bajo esta perspectiva, para el tribunal es claro que el plazo previsto para formalizar la cesión no es un plazo para el cumplimiento de una condición, sino un

²¹ “El señor Minervini ha sido muy enfático en no considerar otras modalidades como las de arras, pacto de retroventa, etc, por consideraciones de diverso orden, entre ellas, la de que con anterioridad él realizó ventas de esta misma naturaleza, que después sin ningún problema fueron objeto de traspaso, con las autorizaciones debidas”.

²² “Mis comentarios serían los siguientes ... c- Sobre la figura de las arras y el término para perfeccionar la operación de dos años, quedo claro que si se llega a disolver la negociación es a pedido del vendedor de las acciones y en este caso el valor recibido originalmente, o sea el ciento por ciento se le reintegraría al vendedor de las acciones más la suma de las arras pactadas...”

plazo para cumplir una obligación que se concretaba en la realización de todas las actuaciones necesarias para formalizar la cesión.

A este respecto el testigo Gabriel Echavarría manifestó:

“Nosotros considerábamos que el levantamiento del derecho de preferencia podría ocurrir en los dos años, entonces por eso acordamos que en los primeros dos años era probable que él iba a poder cumplir con eso”.

Por su parte, la representante legal de ROSALES expresó:

“Preguntado: Podría Indicarle al tribunal si lo conoce el motivo o la razón que dio pie para que se estableciera en este contrato un plazo de dos años?

Contestó: Pensábamos que era más que suficiente para que la asamblea de la sociedad portuaria aceptara el levantamiento del derecho de preferencia dado que había por esa época un movimiento bastante fuerte de acciones, esa no fue la única transacción que se hizo por esos días, sino que se hicieron bastantes otras transacciones entre distintos accionistas en donde hubo movimientos de acciones que quedaban todas pignoradas y sujetas a que se pudiera levantar el derecho de preferencia, entonces la idea era en un plazo máximo de dos años tenemos que haber levantado el derecho de preferencia, pero pensando que hubiera una negativa total a que se levantara el derecho de preferencia por parte de la asamblea de la sociedad portuaria el doctor Antonio Sandoval quien era en esa época el representante legal de Coremar nos dio una carta en la cual autoriza a la sociedad portuaria a poner en oferta el 4% del total de las acciones que tenía Coremar S. A. en esa época creo que era limitada, al precio mínimo igual al que nosotros le habíamos pagado a Coremar por las acciones. El derecho de preferencia siempre se consideró como la única dificultad para poder perfeccionar la operación”.

En esta medida las partes querían establecer un plazo que ellas consideraron razonable para lograr formalizar la cesión. Ahora bien, cabe preguntar si en virtud de tal estipulación se modificaba la obligación de COREMAR de transferir las acciones, sustituyéndola por una obligación distinta. Desde este punto de vista debe observar el Tribunal que la cláusula contractual prevé la obligación para COREMAR de vender las acciones “salvo que el ACREEDOR PRENDARIO le indique lo contrario”. Lo anterior implica, por consiguiente, que si bien en principio COREMAR debía vender las acciones, ROSALES podía dar una instrucción en contrario, esto es, en el sentido de no vender las acciones.

Ahora bien, las partes no determinaron cuál era la consecuencia de la instrucción de no vender las acciones. Tampoco se acreditó en el proceso la existencia de una voluntad común de las partes para esta eventualidad. Por consiguiente, se trata de un evento en el que existe un vacío en el contrato que debe el juez proceder a integrar.

Si bien en algún momento se ha acudido a la interpretación (denominada integradora) para llenar los vacíos del contrato, la verdad es que la interpretación busca, ante todo, escrutar para establecer la voluntad común de las partes, y por ello cuando dicha voluntad común no existe no es posible acudir a la interpretación del contrato, sino a su integración.

En los eventos en que las partes no han regulado determinados aspectos, puede suceder que tales hipótesis lo hayan sido por la ley. Pero cuando la ley no lo establece es necesario determinar cómo debe procederse. A este respecto, el artículo 1621 del Código Civil dispone que "Las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen", lo cual permite llenar los vacíos de las partes a través de los usos. Sin embargo, el criterio fundamental de integración está contenido en los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio que consagran, con algunas diferencias, el principio de que los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella, según el Código Civil, o a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley la costumbre o la equidad natural.

A este respecto es pertinente recordar que en virtud del principio de la buena fe cada contratante debe observar una conducta leal, lo que se traduce en una actitud de cooperación encaminada a cumplir de modo positivo la expectativa de la otra parte y, en particular, a hacer todo cuanto sea necesario para asegurar a la otra el resultado útil de la prestación²³. En este sentido también se ha dicho²⁴ que como obligación de salvaguardia, la buena fe implica el deber de cada parte de proteger la utilidad de la otra en los límites en los cuales no implique un sacrificio apreciable a su cargo o, para los seguidores del análisis económico del derecho, la de disuadir el comportamiento oportunista de las partes²⁵. Lo anterior implica, por consiguiente, que además de las obligaciones que se hayan expresamente pactado, los contratantes deben realizar todas aquellas actividades adicionales que sean necesarias para lograr el resultado pretendido por el contrato, siempre y cuando, ello no implique sacrificios desproporcionados.

²³ Emilio Betti, Teoría General de las Obligaciones, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969,t. I, p.102.

²⁴ Massimo Bianca, La Nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale, Rivista di Diritto Civile. CEDAM, Padova, 1983, p. 206.

²⁵ Posner, Richard A. El análisis económico del derecho. Fondo de Cultura Económica, México, p. 93.

Así mismo se ha discutido si para llenar los vacíos en un contrato el juez debe buscar lo que las partes habrían acordado si lo hubieran previsto o si puede ir más allá y determinar lo que haría una persona imparcial²⁶. La jurisprudencia alemana ha señalado que cuando un contrato presenta vacíos el juez debe llenarlos a la luz de la buena fe, determinando aquello que deba ser una consecuencia imperativa del conjunto que ha sido convenido, de suerte que sin ese complemento el resultado sería contrario al contenido del contrato²⁷. Agrega la jurisprudencia que el vacío siempre debe llenarse en el sentido del contrato, con el fin de lograr realizar su finalidad, y para ese efecto el juez debe determinar como habrían las partes resuelto el punto litigioso no regulado, teniendo en cuenta los intereses recíprocos y el conjunto de circunstancias del negocio, todo ello según el postulado de la buena fe²⁸.

En el presente caso, en la medida en que las partes no determinaron cuáles serían las consecuencias de la instrucción de ROSALES de no vender, le corresponde al tribunal determinarlas teniendo en cuenta el principio de la buena fe. Si el objeto del contrato era adquirir unas acciones emitidas por la SPRC, para lo que debía cumplirse el trámite del derecho de preferencia y, por otro lado, que cuando ello no fuere posible, que se vendieran para obtener su producto, es claro para el tribunal que la facultad de indicar que no se vendieran las acciones no podía implicar que terminara el contrato, sobre todo cuando las partes se habían referido a una adquisición definitiva, que no se sujetaba a la existencia de arras o pactos como el de retroventa y que, adicionalmente, no previeron que, en tal caso, procedieran restituciones mutuas. La terminación del contrato no sería congruente con la finalidad del mismo ni con las circunstancias que rodearon su celebración y ejecución.

Así las cosas, si se tiene en cuenta la finalidad del contrato, la instrucción de no vender que el contrato permitía dar a ROSALES, debía entenderse en el sentido de procurar lograr la finalidad original del contrato, esto es, que se formalizara la cesión de las acciones, para utilizar la expresión empleada por las partes.

Vale la pena, por otra parte advertir, frente al argumento de COREMAR -en el sentido de que si la obligación de hacer tradición no estaba sujeta a plazo era tanto como afirmar que la principal obligación del vendedor, la de hacer la

²⁶ Alex Weill. Francois Terre. Droit Civile. Les Obligations. Dalloz, París, 1980, No- 368.

²⁷ Beatrice Jaluzot. Le bonne foi dans les contrats. Etude Comparative en Droit Francais, Allemand et Japonnais. LGDJ, Dalloz, 2001, París, p. 443.

²⁸ Ibídem, página 445

tradición, era indeterminada-, que una cosa es la determinación del objeto de la obligación y otra bien distinta el plazo para cumplirla.

Cuando la obligación no está sujeta a plazo, la misma es pura y simple y debe cumplirse inmediatamente y puede suceder que el acreedor no lo exija inmediatamente o le conceda los denominados plazos de gracia al deudor, sin que ello implique que la obligación sea indeterminada.

Ahora bien, cabe preguntarse si el análisis al que se ha hecho referencia se ve modificado por razón del otrosi firmado el 25 de enero de 2002, en el cual se expresa (folio 24 del Cuaderno de Pruebas No 1 y folio 17 con 2):

"CONSIDERANDO que hasta la fecha de hoy no se ha logrado perfeccionar el Contrato de Promesa y Prenda de la referencia por renuencia expresa de la Sociedad Portuaria Regional de Cartagena a protocolizar la cesión de las acciones, según consta en varias comunicaciones de la misma, y en respuesta a las reiteradas solicitudes hechas por escrito en tal sentido, por el pignorante, Coremar Ltda., ACUERDAN, mediante el presente OTROSI, prorrogar el Contrato de Promesa y Prenda ya mencionado, por un término adicional de dos (2) años a partir del 16 de Febrero del año 2002, en que vence, hasta el 16 de Febrero del año 2004."

Si de conformidad con el contrato original, el plazo previsto por las partes tenía por objeto que COREMAR realizara las gestiones necesarias para formalizar la cesión, es claro que al prorrogar el plazo previsto en el contrato, lo que las partes quisieron fue extender en dos años mas el término previsto para formalizar la cesión y, por consiguiente, durante dicho plazo COREMAR debía realizar las gestiones necesarias para obtener el levantamiento del derecho de preferencia. Igualmente las partes entendieron que durante ese plazo se mantenían vigentes las obligaciones que se habían asumido de asegurar un puesto suplente en la Junta Directiva para el señor Minervini y de otorgar a ROSALES la posibilidad de representar la totalidad de las acciones que figuraban en cabeza de COREMAR.

En efecto en comunicación enviada el 24 de enero de 2002 (folio 44 del Cuaderno de Pruebas No 2) por el señor Echavarría al Señor Minervini se expresó:

"Apreciado Saverio:

En relación con mi carta de la referencia y el OTROSI, que con fecha hemos firmado entre Coremar Ltda. y Rosales S. A. para la prórroga de dos años adicionales, entre el 16 de febrero del 2002 y el 16 de febrero del 2004, me permito manifestarte que igualmente el compromiso a que hace referencia la primera parte de mi comunicación aludida, en el sentido de reservarte un puesto en la Junta Directiva de la SPRC como suplente, continuará vigente por este nuevo período de 2 años que inicia el 16 de febrero de 2002.

“De otro lado, como también ya lo hemos convenido, por tu parte me seguirás otorgando los poderes para el total de las acciones de Coremar Ltda., para las Asambleas de aquella sociedad, además de las que están pignoradas a nuestro favor, durante el mismo periodo adicional a que se está haciendo referencia.....”

Por su parte, el señor Saverio Minervini, en comunicación de la misma fecha le expreso al remitente su “... plena conformidad con el alcance y términos” de esa comunicación y agregó:

“Será para mi muy grato, como ha acontecido en los últimos dos años seguir acompañándote como suplente tuyo en la Junta Directiva de la SPRC, durante el período de dos años que se inicia a mediados del próximo mes de Febrero, como ya tuve el gusto de hacerlo en el que finaliza en esa fecha

“De igual modo, las Acciones de Coremar Ltda., junto con las que están pignoradas las seguiré poniendo a tus ordenes para que las representes en las Asambleas de la SPRC para el nuevo período ya mencionado”.

Así las cosas, es evidente que el vencimiento del plazo contenido en el otrosí implicaba que se extinguía la obligación de ROSALES de procurar que el señor Minervini ocupara un puesto suplente en la junta directiva y así mismo, la de otorgar poderes para que las personas que indicara ROSALES representaran la totalidad de las restantes acciones que figuraban en nombre de COREMAR en las asambleas de la SPRC.

Por lo que se refiere a los efectos del vencimiento del plazo en la venta misma de las acciones, se debe observar que el vencimiento del plazo no implicaba que desaparecieran los efectos propios del contrato de compraventa. No. Vencido el plazo, surgía como una alternativa la venta de las acciones a un tercero, circunstancia frente a la que ROSALES podía dar una instrucción contraria, como en efecto ocurrió.

Dicha instrucción contraria no podía interpretarse en el sentido que renunciaba a los derechos derivados del contrato, pues así no se pactó y, como ya se dijo no se infiere del contenido de la comunicación, en la que por lo demás lo que se pretende es prever un plazo adicional para que pueda formalizarse la cesión a cuyo vencimiento se procedería a vender las acciones. A este respecto no sobra recordar el conocido principio de que las renunciaciones no se presumen y por ello el juez no puede deducir una renuncia de términos ambiguos que no tienen claramente este alcance²⁹.

²⁹ Frédérique Dreiffus Netter. Les volontés abdicatives. LGDJ, París, 1985, p. 151

En efecto en la comunicación del veintitrés de enero de 2004 de la Dra. Clemencia Buitrago Lozano, representante legal de ROSALES S. A., al Señor Minervini (folio 28 del Cuaderno de Pruebas No 1) se expresa:

“Dentro de la oportunidad prevista para ello y de conformidad con lo establecido en la cláusula sexta del contrato de promesa y prenda celebrado el 16 de febrero de 2000 entre Coremar LTDA., como pignorante y ROSALES S. A., como acreedor prendario modificado por el OTROSI de 25 de Enero de 2002, me permito indicarle que el plazo convenido para formalizar la cesión a mi favor de las 145.428 acciones de la Sociedad Portuaria Regional de Cartagena se amplía hasta el día 16 de febrero de 2006.

“Considerando la anterior determinación, COREMAR LTDA., no podrá iniciar el proceso de venta previsto en la citada cláusula sexta hasta tanto no se venza el nuevo plazo concedido. Sólo al vencimiento de este nuevo término y siempre que no se le indique nuevamente lo contrario, la sociedad ROSALES S. A., podrá iniciar el susodicho proceso de venta.

“En este mismo orden de ideas la garantía prendaria que a mi favor fue constituida, conserva su vigencia hasta tanto no se logre formalizar, a mi favor, la cesión accionaria convenida”

Es claro que en la medida en que COREMAR se había obligado a adelantar las gestiones para formalizar la cesión durante un plazo de dos años, que fue prorrogado por otros dos, vencido dicho plazo COREMAR no tenía por qué realizar gestiones adicionales, por lo cual si ROSALES decidía instruir a COREMAR en sentido de no vender las acciones, era porque ella misma realizaría las gestiones necesarias para que se pudiera formalizar la cesión. No obstante en tal caso, es claro que COREMAR debía prestar la colaboración necesaria para que pudiera obtenerse la autorización respectiva, a través de la suscripción de los documentos que se requirieran.

Sin embargo, desde otro punto de vista, debe observarse que COREMAR tampoco podría quedar obligada a permanecer indefinidamente en espera de instrucciones de ROSALES, ni tampoco puede aceptarse que habiéndose pactado por las partes un plazo de dos años en el contrato, que después fue prorrogado por otros dos por mutuo acuerdo, dicho plazo pudiera extenderse por voluntad de una sola de las partes. Si las partes contemplaron un plazo de dos años para realizar las gestiones para poder formalizar la cesión de las acciones, es porque consideraron que este era un período razonable durante el cual podía mantenerse la indefinición acerca de la suerte de las acciones, pero transcurrido dicho período el mecanismo a emplear era el de la venta de las acciones a un tercero. Mecanismo este que en desarrollo del artículo vigésimo cuarto de los estatutos conduciría a una solución definitiva, porque o los accionistas ejercen el

derecho de preferencia o el vendedor queda en libertad de vender las acciones a un tercero.

Si ROSALES podía instruir a COREMAR en el sentido de no vender las acciones y este mecanismo, dentro de la finalidad del contrato, tenía como propósito permitir que ROSALES procurara, él mismo, obtener la autorización para la transferencia de las acciones, es claro que tal situación podía llegar a la siguiente asamblea de accionistas de la SPRC, porque en ella podía obtenerse la autorización. Pero cumplido dicho evento no podía mantenerse una situación indefinida y debería operar el mecanismo que las mismas partes previeron para resolver la situación, esto es, la venta a un tercero.

V. EL INCUMPLIMIENTO POR PARTE DE COREMAR.

En primer lugar, debe advertirse que en el presente proceso no se le reprocha a COREMAR no haber realizado las diligencias para obtener el levantamiento del derecho de preferencia dentro del plazo pactado en el contrato, sino la conducta que asumió a partir del vencimiento del plazo pactado.

En efecto, como se señaló en otro aparte de este Laudo, el 23 de enero de 2004 (folio 59 del Cuaderno de Pruebas No 2), la doctora Clemencia Buitrago Lozano, representante legal de ROSALES S. A., manifestó al señor Minervini “que el plazo convenido para formalizar la cesión a mi favor de las 145.428 acciones de la Sociedad Portuaria Regional de Cartagena se amplía hasta el día 16 de febrero de 2006”. Agregó que considerando la anterior determinación “COREMAR LTDA., no podrá iniciar el proceso de venta previsto en la citada cláusula sexta hasta tanto no se venza el nuevo plazo concedido. Sólo al vencimiento de este nuevo término y siempre que no se le indique nuevamente lo contrario, la sociedad ROSALES S. A., podrá iniciar el susodicho proceso de venta”.

A dicha comunicación contestó el representante legal de COREMAR el 1º de febrero de 2004 (folio 61 del Cuaderno de Pruebas No 2), manifestando “que aceptamos su determinación de que no se adelante el proceso de venta previsto en la cláusula sexta del contrato y, de la otra, que no estamos de acuerdo en prorrogar dicho contrato.”

El 27 de enero de 2004, la representante legal de ROSALES envió una nueva comunicación al señor Minervini en la que le solicitaba legalizar la prórroga del contrato de promesa y prenda, y el representante de COREMAR le contestó que no estaban “interesados en extender la vigencia del mencionado convenio”.

Posteriormente por comunicación del 5 de agosto de 2004 (folio 78 del Cuaderno de Pruebas No 2), los abogados de ROSALES entregaron a los de COREMAR un modelo de mandato con el fin de facultar a aquella para adelantar el proceso de venta de 145,428 acciones de la SPRC. COREMAR no firmó el documento señalado y propuso la integración del presente tribunal.

De lo anterior resulta que ROSALES pretendió fijar un plazo de dos años adicionales para formalizar la transferencia de las acciones. Ahora bien, dado que dicho plazo surgía del contrato, y por consiguiente de la voluntad común de los contratantes, el mismo no podía ser prorrogado por la voluntad unilateral de uno sólo de ellos. A este respecto vale la pena observar que la facultad que tenía ROSALES era la de instruir a COREMAR para que no procediera a la venta a terceros, pero ello no le permitía fijar el plazo que considerara conveniente. Por lo demás señala ROSALES que “tenía la libertad de otorgar unilateralmente un nuevo plazo a COREMAR, pues éste plazo solo había sido impuesto en beneficio del deudor”. Sin embargo, es claro para el tribunal que para COREMAR no era indiferente la persistencia de una situación de indefinición frente a las acciones, y el contrato había previsto, por otra parte, la venta a terceros como una fórmula para superar esa situación. Por lo demás la prórroga del plazo le implica otras obligaciones a COREMAR, de acuerdo con el contrato de promesa y prenda. En esta medida considera el tribunal que COREMAR no estaba obligada a aceptar dicha prórroga unilateral.

Sin embargo, observa el tribunal que la negativa de COREMAR a prorrogar el plazo no obedecía a su consideración de que los términos debieran ser distintos, sino a su interpretación de que a partir del vencimiento del plazo, las acciones se mantendrían en cabeza de COREMAR.

Por otro lado, en cuanto a la solicitud de ROSALES de firmar un mandato para agotar el trámite de venta de las acciones ante la asamblea de accionistas, el tribunal estima que son suficientes las siguientes consideraciones:

Contrario a lo que sostiene ROSALES su solicitud no se podía fundar en la cláusula quinta del contrato de promesa y prenda que impone al deudor: “1. Realizar todos los actos y suscribir todos los documentos adicionales que sean requeridos por el ACREEDOR PRENDARIO, o facultar al ACREEDOR para ejercer y hacer efectivos sus derechos y recursos, con el objeto de asegurar la válida constitución y protección de la prenda”. (se subraya)

En efecto, del tenor literal del contrato se desprende que los documentos que debía suscribir COREMAR eran los necesarios para asegurar la válida constitución

y protección de la prenda y es claro que dicho documento de mandato no encaja en esta categoría. Sin embargo, como ha quedado dicho, el tribunal considera que el vencimiento del plazo no ponía fin a las obligaciones de las partes, y si bien a partir de dicho momento se debían vender las acciones a terceros, también podía ROSALES dar la instrucción contraria, lo cual sólo podía interpretarse en el sentido que la misma asumiría la carga de tramitar la venta, pero para hacerlo es evidente que COREMAR, en desarrollo del principio de la buena fe en la ejecución del contrato, debía suscribir los documentos que lo legitimaran para el efecto.

A lo anterior se agrega que tal como fue confirmado por la representante legal en comunicación a este tribunal, COREMAR no respondió a ROSALES el oficio del 24 de febrero de 2.005 que esta le envió (folio 34 del Cuaderno de Pruebas No 1) en donde le informaba que existía “unanimidad de los accionistas de esta sociedad para que dentro del curso de la Asamblea General programada para el próximo sábado se autorice la inscripción en el libro de accionistas y el perfeccionamiento de todas las negociaciones de acciones que a la fecha de la Asamblea estuvieren pendientes de esta formalización”, por lo anterior solicitó le hiciera “llegar debidamente firmadas las cartas de traspaso de las acciones que le adjunto, a fin de que personalmente en mi calidad de representante de Rosales las haga valer en la Asamblea de pasado mañana”.

Por lo expuesto, el tribunal considera que existió un incumplimiento de COREMAR respecto de las prestaciones a su cargo que acaba de reseñarse, derivadas de obligaciones de hacer.

VI. EL CUMPLIMIENTO POR PARTE DE ROSALES DE LA OBLIGACION DE PAGAR EL PRECIO

Por otro lado, debe observarse que en el proceso ha quedado acreditado que ROSALES pagó la totalidad del precio pactado. En efecto, el apoderado de COREMAR reconoció en su alegato de conclusión que la parte del precio que fue pactada en dinero fue pagada por ROSALES. Si bien el mismo hace referencia a la parte del precio en dinero, como ya se vio el tribunal considera que por voluntad de las partes el contrato de compraventa de las acciones se independizó de la negociación de los remolcadores, por lo cual a este respecto no había prestaciones adicionales al pago de la suma de dinero convenida.

Adicionalmente, el representante legal de COREMAR reconoció que la suma que ingresó a la cuenta corriente de esta sociedad y que figura en el extracto

bancario que se exhibió durante el proceso corresponde al “saldo final de la negociación”. A tal efecto al ser preguntada si las “consignaciones por \$998 millones de pesos corresponde al saldo final del precio convenido por Rosales” expresó:

“SRA. CHAVEZ: Le aclaro, no son \$998 mil, son \$898 millones de pesos, sí es el saldo final de la negociación; lo que he verificado es que la negociación total fue por \$2.300.000 dólares, hubo un primer pago que no tengo la certeza de la compañía de registros contables de Coremar, que hayan ingresado, entiendo que se hizo un recibo of... de un primer pago y un segundo pago que se dividió en un pago en dólares en operaciones marítimas internacionales, tal como reza el contrato y tal como quedó en una comunicación que en su momento le envió el señor Minervini a la empresa Rosales S. A. y un saldo en Colombia de \$898 millones que debía consignarse en la cuenta corriente de Coremar S. A., como efectivamente se hizo y como quedó registrado en el documento que aporto.”

De esta manera, está acreditado el cumplimiento del contrato por parte de ROSALES y el incumplimiento del mismo por COREMAR.

Lo anterior tendrá como consecuencia que el tribunal declarará que COREMAR está obligada a suscribir un documento equivalente al que le fue presentado el 8 de agosto de 2004 (folios 79 y 80 del Cuaderno de Pruebas No 2), en el que se le otorgaba un mandato a ROSALES, así como los demás documentos necesarios para que esta última pueda hacer efectivo su derecho a obtener la inscripción como accionista de las acciones compradas o, en su defecto, a hacer suyo el producto de la venta de las acciones a terceros, pues ello es lo que se pactó en el “CONTRATO DE PROMESA Y PRENDA”.

En lo que se refiere al contenido de dichos documentos, es evidente que si el proceso de venta a terceros es una alternativa a la transferencia efectiva de las acciones a ROSALES, y por ello a esta última corresponde la totalidad del precio que se obtenga a través de tal mecanismo, igualmente dicha sociedad debe establecer las condiciones de la venta. En efecto, si bien frente a la sociedad emisora de las acciones y sus accionistas, COREMAR tiene la calidad de titular de tales acciones, lo cierto es que en virtud del contrato de promesa y prenda celebrado entre COREMAR y ROSALES, las consecuencias económicas positivas o negativas de la enajenación de dichas acciones afectará el patrimonio de ROSALES, lo cual implica que si bien dichas acciones no se venden en su nombre, pues no es formalmente su titular, si se enajenan por cuenta suya³⁰. Ahora bien, cuando se trata de una actuación por cuenta ajena, corresponde a aquella

³⁰ Señala Gustavo Minervini, que el núcleo jurídico de la actuación por cuenta ajena consiste “en la desviación del resultado de la actividad de una persona a otra”. (El Mandato, Bosch, Barcelona, 1959, página 11). Así mismo Angelo Luminoso expresa, que el actuar por cuenta de otro tiene por objeto desviar del agente, hacia la persona por cuya cuenta se celebra el negocio, los costos y ventajas de la operación. (Mandato. Commissione. Spedizione. Giuffre, Milano, 1984),

persona por cuya cuenta se actúa fijar las condiciones en que se ha de celebrar el negocio. Es ello lo que ocurre en materia de mandato sin representación.

Así las cosas, el tribunal declarará que ROSALES tiene autonomía para indicar las condiciones de precio y pago en que deben ser ofrecidas las acciones y para, llegado el caso, dar las instrucciones pertinentes para emplear los mecanismos previstos por la ley para el evento en que no haya acuerdo sobre el precio.

VII. EL CONTRATO DE PRENDA.

Si de acuerdo con lo expuesto por el tribunal, el contrato de venta entre ROSALES y COREMAR produce efectos, sin que ello se vea afectado por el cumplimiento del plazo previsto por las partes, así mismo debe concluirse que el contrato de prenda celebrado para garantizar la compraventa sigue vigente, en la medida en que la principal obligación, que consiste en transferir el dominio de las acciones, no se ha cumplido y que como ya se dijo, frente a la necesidad de cumplir el trámite del derecho de preferencia para radicar los derechos sobre las acciones en cabeza del comprador, la prenda, en el presente caso, tenía por propósito “*investir*” al comprador, ROSALES, de las facultades que naturalmente le corresponden al tenedor legítimo de unas acciones nominativas.

El tribunal considera procedente aclarar que en el presente caso no es aplicable el artículo 1203 del Código de Comercio que dispone que “Toda estipulación que, directa o indirectamente, en forma ostensible u oculta, tienda a permitir que el acreedor disponga de la prenda o se la apropie por medios distintos de los previstos en la ley, no producirá efecto alguno”. Tal y como lo declarará el tribunal, en el presente caso el contrato garantizado es una compraventa de acciones del que debe derivarse, por la naturaleza de las cosas, la adquisición de las acciones en cabeza de ROSALES, y es a ello a lo que tienden las estipulaciones contractuales. A lo anterior, vale la pena agregar que la prohibición establecida por el artículo 1203 del estatuto mercantil obedece a los abusos que pueden presentarse porque el acreedor se quede con la cosa empeñada por una fracción de su valor, excluyendo incluso a otros acreedores, o porque realice un proceso de venta para enajenarla en condiciones desfavorables para el deudor. Tales peligros claramente no existen en el presente caso, por cuanto se trata de cumplir el contrato de compraventa.

Por lo anterior se declarará que el contrato de prenda, con los derechos económicos y políticos que se le otorgaron al acreedor, permanecerá vigente hasta que se obtenga la inscripción de ROSALES como titular de 145.428 acciones

emitidas por la SPRC o hasta que culmine el proceso estatutario de venta de dichas acciones.

Por todo lo expuesto, el tribunal declarará la prosperidad de la reconvención de ROSALES y de la primera pretensión de la demanda de COREMAR. Sin embargo, en este último caso, la declaratoria de la celebración o existencia del negocio jurídico a que se refiere la primera pretensión de COREMAR, tendrá los alcances y corresponderá al tipo que dejó establecido el tribunal al analizar tanto la demanda como la reconvención, esto es, a la compraventa de unas determinadas acciones de una sociedad anónima, que no estuvo sometida a condición alguna.

C. LAS EXCEPCIONES.

Por razones que ya resultan evidentes a estas alturas del laudo, al versar la demanda y la reconvención sobre el mismo negocio jurídico y sobre los mismos hechos, solo por cuestiones de orden y de exigencias procesales se mantuvo el análisis separado de ambas peticiones procesales (Demanda y Reconvención), y ese mismo criterio se seguirá para el pronunciamiento que debe hacer el tribunal sobre las excepciones que presentaron las partes.

I. LAS EXCEPCIONES DE ROSALES CONTRA LA DEMANDA.

A términos de lo que obra en su contestación (folios 74 a 87 del Cuaderno Principal No- 1), ROSALES propuso de manera expresa las siguientes excepciones contra la demanda de COREMAR: (i) errónea interpretación del contrato, (ii) vigencia de obligaciones a cargo de COREMAR, (iii) incumplimiento contractual por parte de COREMAR, (iv) desconocimiento del postulado de la buena fe contractual y, (v) ausencia de causas legales o de consentimiento mutuo para invalidar el negocio realizado. Para efectos argumentativos y probatorios COREMAR presentó estas excepciones en dos grupos, las tres primeras en uno y las restantes en otro.

De acuerdo con lo que ha quedado sentado en las Consideraciones que anteceden, el tribunal concluye que todas las excepciones de ROSALES han sido probadas con consecuencias concurrentes a un mismo resultado que es el fracaso de la demanda de COREMAR, salvo en lo que tiene relación con su primera pretensión y con las precisiones que acaba de hacer el tribunal al analizar la reconvención de ROSALES.

En consecuencia, el tribunal declarará probadas, de manera concurrente, todas las excepciones propuestas por ROSALES y su efecto será el rechazo de la demanda de COREMAR, con excepción de la primera pretensión, con los alcances ya precisados.

II. LAS EXCEPCIONES DE COREMAR CONTRA LA RECONVENCIÓN.

En forma expresa –y sin importar el orden original- COREMAR invocó las siguientes excepciones contra la reconvencción de ROSALES: (i) la nulidad o inexistencia del convenio, así como (ii) la “inexistencia de obligaciones pendientes de pago... en torno a las 145.428 acciones pertenecientes al capital de la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE CARTAGENA S. A.”, tal y como puede observarse en la penúltima página de su contestación (folio 26, Cuaderno Principal No- 2).

De conformidad con las conclusiones a las que ha llegado el tribunal en el capítulo inmediatamente anterior, lo cierto y probado es que debe mantenerse en pie el negocio jurídico acordado por las partes el 16 de febrero de 2000 a que se refieren tanto la demanda como la reconvencción, con las connotaciones y alcances ya fijados por el tribunal, y que se encuentran pendientes de ejecución unas determinadas prestaciones a cargo de COREMAR -igualmente precisadas por el tribunal- que deberán ejecutarse de la manera como se disponga en la parte resolutive de esta decisión, lo que resulta suficiente para que no prospere la segunda excepción propuesta por COREMAR contra la reconvencción de ROSALES.

Y con relación a la primera excepción –según el orden que le dio el tribunal a este análisis- denominada por COREMAR “de nulidad o inexistencia” del “CONTRATO DE PROMESA Y PRENDA”, ella tampoco prosperará por las razones ampliamente expuestas en el análisis de la demanda de COREMAR y, especialmente, en el estudio de la reconvencción de ROSALES. En este punto concreto el tribunal deja constancia de haberlo hecho con suficiente detalle para concluir que ha dado plena aplicación al inciso final del artículo 306 del C. de P. C., por lo que no es del caso entrar en justificaciones adicionales. Y sin que se requiera el mismo rigor de la norma que se acaba de citar, lo mismo debe decir el tribunal en cuanto a la excepción de inexistencia de aquel mismo negocio jurídico.

En consecuencia, en la parte resolutive se consignará el rechazo de las excepciones de COREMAR contra la reconvencción de ROSALES.

D. COSTAS.

Las consideraciones que anteceden dan cuenta de la prosperidad de todas excepciones propuestas por ROSALES y, por tanto, del rechazo *in integrum* de la demanda de COREMAR, así como de la prosperidad de las pretensiones de la reconvencción de ROSALES.

En consecuencia, con fundamento en el artículo 392 del C. de P. C relativo a las costas y gastos del proceso, así como a lo ordenado en el artículo 33 del Decreto 2279 de 1989 (artículo 154 del Decreto 1818/98), el tribunal condenará en costas a COREMAR S.A, de acuerdo con la siguiente liquidación, que incluye agencias en derecho equivalentes a los honorarios que le hayan correspondido a un arbitro.

a) Por concepto de honorarios, gastos de funcionamiento del tribunal y protocolización, la totalidad del cincuenta por ciento (50%) asumido por la parte demandada en este proceso así:

-Honorarios de árbitros con IVA	\$ 208.800.000
- Honorarios de la secretaria del Tribunal	\$ 30.000.000
-Gastos de funcionamiento y administración para la Cámara de Comercio, con IVA	\$ 6.791.800
- Gastos de protocolización, registro y otros	\$ 10.000.000
TOTAL	\$ 255.591.800

50% **\$ 127.795.900**

b) Por concepto de agencias en derecho: \$ 60.000.000

Total de las costas que pagará COREMAR S. A.: **\$ 187.795.900**

En consecuencia, se condenará en costas a COREMAR S. A. en la suma de CIENTO OCHENTA Y SIETE MILLONES SETECIENTOS NOVENA Y CINCO MIL NOVECIENTOS PESOS (\$187.795.900).

TERCERA PARTE: DECISION

El tribunal de arbitraje constituido para resolver unas precisas controversias planteadas de manera recíproca (demanda y reconvencción) por la COMPAÑÍA DE REMOLCADORES MARÍTIMOS S. A. -COREMAR S. A. y ROSALES S. A., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, en mérito de lo expuesto,

RESUELVE

Primero.- Declarar probadas las excepciones propuestas por ROSALES S. A. contra la demanda de COREMAR S. A. y, en consecuencia, rechazar las pretensiones segunda a décima de la demanda de COREMAR S. A.

Segundo.- Declarar la prosperidad de la primera, segunda y novena pretensiones de la reconvencción de ROSALES S. A. en los términos expuestos en la parte motiva. En consecuencia, se declara que entre COREMAR S. A. y ROSALES S. A. existe un negocio jurídico suscrito el 16 de febrero de 2000, rotulado “CONTRATO DE PROMESA Y PRENDA”, que no está sometido a condición alguna, cuya naturaleza y alcances corresponden a la compraventa de ciento cuarenta y cinco mil cuatrocientas veintiocho (145.428) acciones de la primera en el capital social de la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE CARTAGENA S. A., en favor de la segunda, cuyo precio fue pagado por ROSALES S. A. a COREMAR S. A. según lo pactado, sin perjuicio de otras prestaciones válidamente convenidas en ese mismo “CONTRATO DE PROMESA Y PRENDA”.

Igualmente prospera la primera pretensión de la demanda de COREMAR S. A. relativa a la celebración del anterior negocio jurídico, pero al que le corresponden la naturaleza y los alcances establecidos en este laudo.

Tercero.- Declarar que COREMAR S. A. incumplió el anterior contrato en la forma indicada en la parte motiva y, en consecuencia, está obligada a ejecutar los actos y a suscribir los documentos encaminados a que ROSALES S. A. haga efectivo su derecho a obtener la inscripción como propietaria de las acciones a que se refiere la anterior declaración o, en su defecto, a hacer suyo el producto de la venta de esas acciones a terceros. Los documentos a que diere lugar esta

declaración serán suscritos por COREMAR S. A. dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la ejecutoria de este laudo.

En consecuencia, prosperan las pretensiones tercera, cuarta y octava de la demanda de reconvención.

Cuarto.- Declarar que ROSALES S. A. tiene autonomía y legitimación para indicar a COREMAR S. A. las condiciones de precio y pago en que deben ser ofrecidas las acciones a que se refieren las anteriores declaraciones y, si fuere necesario, para dar instrucciones encaminadas a la utilización de los medios previstos en la ley para el evento en que no haya acuerdo sobre el precio. En consecuencia, prospera la séptima pretensión de la demanda de reconvención.

Quinto.- Declarar que el contrato a que se refiere la segunda declaración anterior se encuentra vigente y permanecerá vigente hasta que se obtenga la inscripción de ROSALES S. A. como titular de las acciones allí mismo indicadas, o hasta que culmine el proceso estatutario de venta de dichas acciones. Igualmente, ese contrato mantendrá sus efectos, en los términos que se acaba de indicar, respecto del ejercicio de los derechos políticos y económicos otorgados por COREMAR S. A. a ROSALES S. A. derivados de las acciones a que se refiere la segunda declaración anterior. En consecuencia, prosperan las pretensiones quinta y sexta de la demanda de reconvención.

Sexto.- Rechazar, por falta de fundamento, las excepciones de COREMAR S. A. contra las pretensiones de la demanda de reconvención de ROSALES S. A.

Séptimo.- Condenar en costas, que incluyen las agencias en derecho, a COREMAR S. A. de acuerdo con la liquidación efectuada en la parte motiva de este laudo. En consecuencia, COREMAR S. A. deberá pagar a ROSALES S. A., dentro de los cinco días hábiles siguientes a la ejecutoria de este laudo, la suma de CIENTO OCHENTA Y SIETE MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS PESOS (\$187.795.900). La suma indicada devengará intereses moratorios comerciales a la tasa más alta que resultare viable legalmente a partir del vencimiento del término anterior.

Octavo.- Declarar causado el saldo final de los honorarios de los árbitros y de la secretaria. El presidente hará los pagos respectivos.

Noveno.- Disponer que por secretaría se expidan copias auténticas de la presente providencia con destino a las partes y copia simple para los archivos del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Décimo.- Disponer que tan pronto se encuentre en firme esta providencia se protocolice el expediente en una Notaría del Círculo de Bogotá. Se previene a las partes sobre su obligación de suministrar el monto que llegare a faltar, de no ser suficiente la suma consignada para estos efectos.

Esta providencia queda notificada en audiencia.

GILBERTO PEÑA CASTRILLON

Presidente

ALEJANDRO VENEGAS FRANCO

Arbitro

JUAN PABLO CARDENAS MEJIA

Arbitro

EDITH C. CEDIEL CHARRIS

Secretaria