

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

**BALCLIN INVESTMENTS S.L., ALTRA INVERSIONES LTDA, MAURICIO CAMARGO
MEJIA Y DARIO DURAN ECHEVERRI**

CONTRA

**JAIRO ANDRES GUTIERREZ ROBAYO, JIMENA GROSS MEJIA, CARLOS ANDRES
TORRES ROBAYO, NELSON ANDRES BELTRAN ALGARRA Y MONSERRAT GROSS
MEJIA**

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C. catorce (14) de septiembre de dos mil once (2011)

El Tribunal de Arbitramento conformado para dirimir las controversias jurídicas suscitadas entre **BALCLIN INVESTMENTS S.L., ALTRA INVERSIONES LTDA, MAURICIO CAMARGO MEJIA Y DARIO DURAN ECHEVERRI** de un lado, y **JAIRO ANDRES GUTIERREZ ROBAYO, JIMENA GROSS MEJIA, CARLOS ANDRES TORRES ROBAYO, NELSON ANDRES BELTRAN ALGARRA Y MONSERRAT GROSS MEJIA**, en razón y con ocasión de la ejecución del contrato de compraventa de acciones que dio origen a la *litis*, profiere, en derecho, el presente laudo arbitral, después de haber surtido en su integridad todas las etapas procesales previstas en el Decreto 2279 de 1989, la Ley 23 de 1991, la Ley 446 de 1998, el Decreto 1818 de 1998 y en el Código de Procedimiento Civil.

1. Antecedentes

1.1. Partes y representantes.

1.1.1. La parte convocante está conformada por las siguientes personas:

1.1.1.1 La sociedad BALCLIN INVESTMENTS S.L., sociedad española, con domicilio en Paseo de Gracia 21, 4º 1ª, 08007, Barcelona, España, constituida el 8 de septiembre de 2006, por el Notario de Barcelona D. Vicente Pons Llácer, bajo el número 3262 del Protocolo e inscrita en el Registro Mercantil de Barcelona, al tomo 38938 folio 12, hoja B-332601, inscripción 1ª con CIF B-64316151, representada legalmente por **GERARD GARCIA –GASSULL ROVIRA**, español, mayor de edad, vecino de 08007 – Barcelona, Paseo de Gracia 21, 4º 1ª, con D.N.I. No. 33.918.245-F, representante de la sociedad AMICORP DE ESPAÑA, S.L. Sociedad Unipersonal, administradora de Balclin Investmets S.L.

1.1.1.2 La sociedad ALTRA INVERSIONES S.A.S., sociedad comercial, con domicilio en Bogotá, constituida por Escritura Pública número 6198 otorgada el 24 de octubre de 2005 en la Notaría Sexta de Bogotá, con matrícula mercantil número 01440253, representada legalmente por el señor DARÍO DURAN ECHEVERRI, mayor de edad, con domicilio en Bogotá D.C., identificado con la cédula de ciudadanía número 79.397.873 de Bogotá. En el año 2010 cambió su nombre de Altra Inversiones Ltda. a Altra Inversiones S.A.S.

1.1.1.3 El señor MAURICIO CAMARGO MEJIA, mayor de edad, con domicilio en Bogotá D.C., identificado con la cédula de ciudadanía número 79.397.863 de Bogotá.

1.1.1.4 El señor DARIO DURAN ECHEVERRI, mayor de edad, con domicilio en Bogotá D.C., identificado con la cédula de ciudadanía número 79.397.873 de Bogotá.

1.1.2. La parte convocada está integrada por las siguiente personas naturales:

1.1.2.1. JAIRO ANDRES GUTIERREZ ROBAYO, mayor de edad, con domicilio en Bogotá D.C., identificado con la cédula de ciudadanía número 80.541.720 de Zipaquirá.

1.1.2.2. JIMENA GROSS MEJIA, mayor de edad, con domicilio en Bogotá D.C., identificada con la cédula de ciudadanía número 30.394.872 de Manizales.

1.1.2.3. CARLOS ANDRES TORRES ROBAYO, mayor de edad, con domicilio en Bogotá D.C., identificado con la cédula de ciudadanía número 79.789.196 de Bogotá.

1.1.2.4. NELSON ANDRES BELTRAN ALGARRA, mayor de edad, con domicilio en Bogotá D.C., identificado con la cédula de ciudadanía número 11.349.881 de Bogotá.

1.1.2.5. MONTSERRAT GROSS MEJIA, mayor de edad, con domicilio en Bogotá D.C., identificado con la cédula de ciudadanía número 30.337.500 de Manizales.

1.2. La cláusula compromisoria.

El pacto arbitral se funda en la cláusula compromisoria, que está contenida en la cláusula 10.2 del Contrato de Compraventa de Acciones suscrito entre las partes el 27 de julio de 2010, cuyo texto es el siguiente:

“10.2. Arbitraje. En el supuesto de que las partes no puedan alcanzar acuerdo alguno en el plazo a que se refiere el párrafo anterior, el Conflicto se resolverá mediante arbitraje, en un Tribunal conformado por tres (3) árbitros designados de común acuerdo o, en su defecto, por sorteo efectuado de la lista A del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. El Tribunal funcionará en Bogotá, y proferirá su laudo en derecho con apoyo en la ley colombiana.”

1.3. Convocatoria del Tribunal, designación de los árbitros, etapa introductoria del proceso, integración e instalación.

1.3.1. El 9 de julio de 2010, los aquí convocantes presentaron ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá,

convocatoria y demanda arbitral en escrito digital y anexos que fueron debidamente radicados en el centro de arbitraje.

1.3.2. Recibida la demanda, e informadas las partes sobre la iniciación del trámite, mediante cruce de correspondencia debidamente documentada las partes de común acuerdo designaron como árbitros principales a los doctores ERNESTO RENGIFO GARCIA, JORGE CUBIDES CAMACHO Y CARLOS GUSTAVO ARRIETA PADILLA¹

La designación fue comunicada por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá a los árbitros designados, y, en tiempo en su orden, aceptada por los doctores RENGIFO, ARRIETA Y CUBIDES.

De esa manera quedó legalmente integrado el Tribunal por los doctores ERNESTO RENGIFO GARCIA, JORGE CUBIDES CAMACHO Y CARLOS GUSTAVO ARRIETA PADILLA, sin que la integración del Tribunal o su constitución hubiera sido controvertida por las partes.

1.3.3. La audiencia de instalación del Tribunal se llevó a cabo el 31 de agosto de 2010, en la que entre otros puntos se designó como presidente al Doctor RENGIFO GARCIA, se declaró legalmente instalado el Tribunal, se designó secretario al Doctor JORGE SANMARTIN JIMENEZ, se fijó la sede de la secretaría y se reconoció personería a los apoderados de las partes; en esta misma audiencia se requirió al convocante para que estimara y juramentara la cuantía de la demanda conforme al artículo 10 de la ley 1395 de 2010

El secretario se posesionó en su cargo ante el Tribunal en pleno en audiencia de 8 de septiembre de 2010

¹ Folios 125 a 144 cuaderno principal No 1.

1.3.4. Presentada en término la estimación requerida a la parte convocante, se admitió la demanda arbitral mediante auto No 2 de 8 de septiembre de 2010; contra esta providencia, proferida en audiencia y notificada en estrados, la apoderada de los convocados interpuso recurso de reposición alegando la falta de la debida prueba de la existencia y representación de la empresa BALCLIN INVESTMENTS S.L.; del recurso se corrió traslado a los convocantes y revisado el expediente el Tribunal desató el recurso mediante el Auto No 3, proferido en la misma audiencia, confirmando la providencia recurrida.

1.3.5. Admitida la demanda, el mismo día de la audiencia se hizo entrega a la apoderada de la parte convocada, copia íntegra de la demanda, sus anexos y el escrito de juramento estimatorio.²

1.3.6. El 22 de septiembre de 2010, en término, la apoderada de los convocados contestó la demanda arbitral aportando pruebas anexas a la misma; de este escrito y sus anexos se corrió traslado a la parte convocante la cual dentro del término guardó silencio.

1.3.7. El 21 de octubre de 2010, en la quinta audiencia del Tribunal, se fijaron los honorarios y gastos del Tribunal mediante Auto No 5. y se fijó fecha para la audiencia de conciliación para el 17 de noviembre de 2010; las partes, de común acuerdo pidieron la modificación de esta fecha, solicitud que fue aceptada por el Tribunal, reprogramando la conciliación para el 30 de noviembre de 2010.

1.3.8. La totalidad de los gastos y honorarios decretados fueron pagados por la parte convocante; a solicitud de la convocante se expidió la certificación de pago conforme el artículo 144 del Decreto 1818 de 1998.³, certificación que según ha manifestado el apoderado de la convocante en sus alegatos de conclusión no surtió el merito ejecutivo ante el juez ordinario del conocimiento, circunstancia que

² Folio 198 cuaderno principal No 1

³ Folio 328 cuaderno principal No 1.

ha pedido se tenga en cuenta al momento de proferir el presente laudo en el evento de una eventual liquidación de costas.

2. Desarrollo del proceso, primera audiencia de trámite, etapa probatoria y alegaciones finales.

2.1. El 30 de noviembre de 2010, conforme lo programado y según consta en Acta No 7 del plenario, se llevó a cabo la audiencia de conciliación del proceso arbitral, y fracasada esta, se procedió en la misma audiencia a dar inicio a la primera audiencia de trámite, en la que luego de dar lectura al pacto arbitral y a las cuestiones sometidas a arbitraje, el Tribunal, mediante Auto No. 9, asumió competencia para conocer y resolver, en derecho, las diferencias sometidas a su conocimiento.

En esa misma oportunidad, siguiendo el trámite previsto en la ley, mediante Auto No 10 el Tribunal decretó las pruebas solicitadas por las partes en los escritos de demanda y contestación a la misma, y así mismo, de oficio, decretó unos puntos adicionales al dictamen pericial a ser rendido por contador experto contable, prueba pedida por la convocada, y decretada por el Tribunal para la cual se designó como perito al Doctor HORACIO AYALA VELA.

Respecto tanto de la declaratoria de competencia, como del decreto de pruebas las partes no formularon recurso u objeción alguna.

2.2. La etapa probatoria se desarrolló de la siguiente manera:

2.2.1. El Tribunal ordenó tener como pruebas documentales los documentos enunciados y aportados con la demanda y la contestación a la misma. Igualmente conforme las normas procesales los documentos aportados al Tribunal por los testigos LAURA LONDOÑO y RICARDO ROJAS (a nombre de LUIS A BOADA) , y aportados por estos y los cuales en su oportunidad fueron

debidamente trasladados e incorporados al expediente y hacen parte de la cauda documental del presente proceso.

2.2.2. El 14 de diciembre de 2010, en la octava audiencia del tribunal, tomó posesión el perito designado a quien se le fijó término para rendir su dictamen, pericia que se desarrollo como se detalla:

2.2.2.1. El dictamen fue rendido el 21 de febrero de 2011 y recibido por el Tribunal ese mismo día; mediante Auto No 16 proferido en la audiencia del 25 de febrero de 2011, se corrió traslado del dictamen a las partes por el término de ley; dentro del término de traslado la parte convocante formuló solicitud de aclaración y complementación del dictamen pericial.

2.2.2.2. El Tribunal ordenó al perito, mediante Auto No 19 proferido en la audiencia de 9 de marzo de 2011, resolver las aclaraciones pedidas, aclaraciones que fueron rendidas por el perito el 23 de marzo de 2011, y trasladadas a las partes en audiencia de 28 de abril de 2011, mediante Auto No 23.

2.2.2.3. Respecto del dictamen y sus aclaraciones, la parte convocante formuló objeción por error grave, objeción de la cual se corrió traslado a la convocada en los términos de ley. Mediante Auto No 26 de 23 de mayo, el tribunal trasladó por tres (3) días, al señor perito el escrito de objeción por error grave y la contestación al mismo hecha por la convocada.

2.2.2.4. El perito presentó documento en el término concedido por el Tribunal, documento que fue a su vez trasladado a las partes mediante Auto No 27 del 31 de mayo de 2011. Dentro del término de traslado, la convocante ratifica su inconformidad con el dictamen, su aclaración y el escrito del perito, y solicita que se siga adelante con el trámite de la objeción formulada por error grave.

2.2.2.5. Mediante Auto No 28 proferido en audiencia de 8 de junio de 2011 el Tribunal se pronunció respecto de las pruebas pedidas para sustentar la objeción por error grave formulada al dictamen, sus aclaraciones y complementaciones,

limitándolas a las pruebas documentales y testimonios ya obrantes al proceso, suficientes para resolver el error que se desata más adelante en este Laudo Arbitral.

2.2.3. Se practicaron en audiencia y siempre con presencia de los apoderados de las partes, los testimonios de MONICA JIMENEZ RUIZ, LAURA LONDOÑO, MAURICIO SERNA MELENDEZ, DEYCI ADRIANA MURCIA, RAUL TORO, GLORIA INES SANTANA, ORLANDO MAYOR DOMINGUEZ, CAMILO ROMERO, RICARDO ROJAS, PIEDAD MERCEDES RODRIGUEZ DE BERNAL, LUIS F. BOADA y JIMMY FERNANDO PARRA. Respecto de los testimonios decretados de MAURICIO ZISA, ANDREA ALMANZA, CARLOS FELIPE HERNANDEZ estos fueron desistidos por los solicitantes de la prueba, sin objeción por su contraparte y aceptados por el Tribunal dichos desistimientos.

2.2.4. Conforme se había decretado, se practicaron las declaraciones de parte de los convocantes DARIO DURAN ECHEVERRI Y MAURICIO CAMARGO MEJIA.

La totalidad de las transcripciones correspondientes a los testimonios y declaraciones se incorporaron al expediente, luego de haber sido puestas en conocimiento de las partes en virtud de lo previsto por el artículo 109 del Código de Procedimiento Civil.

2.2.5. Se exhibieron los documentos solicitados por las partes y decretados por el Tribunal a cargo de la compañía TRANSPORTES REFRIGERADOS DE COLOMBIA, TRC S.A. Practicadas las exhibiciones mediante el traslado de los documentos a la sede del Tribunal, y conformes los solicitantes de las pruebas con su práctica, las partes desistieron de la inspección judicial a la sede de la empresa referida, desistimiento que fue aceptado por el Tribunal.

2.2.6. El 8 de Julio de 2011, concluida la instrucción del proceso, en audiencia y mediante Auto No. 36 se declaró cerrada la etapa probatoria y se citó

a audiencia de ALEGATOS DE CONCLUSIÓN, para el 10 de agosto de 2011, a las 10 de la mañana.

2.3. En la audiencia de alegatos de conclusión, el 10 de agosto de 2011, las partes los presentaron ratificando la convocante sus pretensiones y la convocada sus excepciones. Cada parte adjuntó un resumen escrito de sus alegaciones que fue incorporado al expediente

3. Término de duración del proceso.

El término de duración del presente proceso es de seis meses, por mandato del artículo 103 del Decreto 2651 de 1991, ante la ausencia de manifestación en contrario de las partes. Su cómputo se inicia a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite, es decir, el 30 de noviembre de 2010, con lo cual el término de seis meses previsto en la ley vencería el 30 de mayo de 2011; sin embargo a dicho término deben adicionarse los siguientes días durante los cuales el proceso estuvo suspendido por solicitud expresa de los apoderados de las partes:

Auto que la decretó	Fechas que comprende la suspensión	Días calendario suspendidos
No 11 de 14 de diciembre de 2010	Entre el 15 de diciembre de 2010 y 23 de enero de 2011	17
No 12 de 24 de enero de 2011	Entre el 24 y el 31 de enero de 2011.	8
No 15 de 9 de febrero de 2011	Entre el 11 y el 24 de febrero de 2011.	14
No 17 de 25 de febrero de 2011	Entre el 26 de febrero y el 3 de marzo de 2011.	6
No 20 de 9 de marzo	Entre el 15 y el 28 de marzo de 2011.	14

de 2011		
No 22 de 11 de abril de 2011	Entre el 12 y 27 de abril de 2011	16
No 24 de 28 de abril de 2011	Entre el 29 de abril y 4 de mayo de 2011	6
No 31 de 16 de junio de 2011	Entre el 17 de junio y el 9 de agosto de 2011	43
No 32 de 10 de agosto de 2011	Entre el 11 de agosto y 13 de septiembre de 2011	34
TOTAL		158

En consecuencia, el término vence el 4 de noviembre de 2011 y, por lo mismo, el presente laudo se profiere dentro del término legal.

4. La controversia.

El Tribunal con el fin de guardar la fidelidad debida procede a transcribir las pretensiones de la demanda, los hechos que soportan las mismas así como a relacionar las excepciones de mérito propuestas contra la misma, en la forma en que fueron planteadas por las partes.

4.1. Pretensiones de la demanda.

Fueron enunciadas así, literalmente por los convocantes:

Primera: *Que se declare que los vendedores JAIRO ANDRES GUITERREZ ROBAYO, JIMENA GROSS MEJÍA, NELSON ANDRES BELTRAN ALGARRA Y MONTSERRAT GROSS MEJÍA incumplieron el contrato de Compraventa de Acciones de la sociedad Transportes Refrigerados de Colombia TRC S.A. celebrada el 27 de julio de 2007.*

Segunda: *Que como consecuencia de lo anterior, se condene a JAIRO ANDRES GUTIERREZ ROBAYO, JIMENA GROSS MEJÍA, NELSON ANDRES BELTRAN ALGARRA Y MONTSERRAT GROSS MEJÍA a indemnizar a BALCLIN*

INVESTMENTS S.L., ALTRA INVERSIONES S.A.S; MAURICIO CAMARGO MEJÍA y DARIO DURAN ECHEVERRI, todos los perjuicios que les fueron causados con ocasión o como consecuencia del incumplimiento del Contrato de Compraventa de TRC S.A. tanto por concepto de daño emergente como de lucro cesante y en la cuantía que se demuestre dentro del proceso.

Dichos perjuicios podrán tasarse teniendo en cuenta, de una parte el valor en el que ha debido ajustarse la contabilidad de TRC, por cuenta de los desfases encontrados en sus estados financieros y, de otra, los valores reclamados y no atendidos por los vendedores, según se relaciona a continuación:

1. Por los desfases e inexactitudes en la contabilidad de TRC con corte a 30 de junio de 2007:

1.1. En relación con las cuentas del Activo:

a) La cuenta PUC 13050501 “Clientes – Clientes Nacionales” en lugar de tener un saldo como cuenta a favor de la sociedad de \$1.82.8.035.959.00, su verdadero valor asciende a \$1.500.754.339.00. Esto implica que TRC se vió avocada a realizar en contra de sus intereses un ajuste en cuantía de \$327.281.620.00, de los cuales \$318.015.309.00 corresponden a cartera de difícil recaudo originada principalmente en la inexistencia de soportes.

b) La cuenta PUC 13300501 “Anticipo Llantas” en lugar de tener un saldo como cuenta a favor de TRC de \$12.185.341.00, su verdadero valor asciende a \$5.507.942.00. Esto implica que TRC realizara un ajuste por castigo en cuantía de \$6.677.399.

c) La cuenta PUC 13300502 “Anticipos por Combustible” en lugar de tener un saldo como cuenta a favor de TRC de \$144.118.709, su verdadero valor asciende a \$118.709.133. Esto implica que TRC debió realizar un ajuste en cuantía de \$25.597.273, de los cuales \$11.797.273, corresponden al necesario castigo de una cuenta por cobrar por ese valor al supuesto cliente TRC de Colombia.

d) La cuenta PUC 13301001 “Anticipo a Transportadores”, en lugar de tener un saldo como cuenta a favor de TRC de \$333.593.417, sus verdaderos valor asciende a \$256.588.683.00 Esto implica que TRC debió realizar un ajuste por cuantía de \$77.004.734, de los cuales \$61.940.000. corresponde al necesario castigo de una cuenta por cobrar por ese valor al supuesto cliente TRC de Colombia.

e) La cuenta PUC 13301002 “Anticipo a Terceros”, en lugar de tener un saldo como cuenta a favor de TRC de \$24.677.588, su verdadero valor es 0. Esto implica que TRC debió realizar un ajuste por castigo en cuantía de \$24.677.588.

f) La cuenta PUC13600501 “Reclamaciones Seguros a Transportadores” en lugar de tener un saldo como cuenta a favor de TRC de \$30.000.000, su verdadero valor es de 0. Esto implica que TRC debió realizar un ajuste por castigo en cuantía de \$30.000.000.

g) La cuenta PUC 13802001 "Cuentas por Cobrar a Terceros" en lugar de tener un saldo como cuenta a favor de TRC de \$59.038.987, su verdadero valor asciende a \$13.026.907, Esto implica que TRC debió realizar un ajuste por castigo en cuantía de \$46.012.080

1.2 En relación con las cuentas del Pasivo.

a) La cuenta PUC 2335401 "Transportes Fletes y Acarreos", en lugar de tener un saldo como cuenta a cargo de TRC de \$999.949.614, su verdadero valor asciende a \$1.322.785.888, Esto implica que TRC debió realizar un ajuste por mayor valor de este pasivo en cuantía de \$322.836.275.

b) La cuenta PUC 28150501 "Ingreso recibido para terceros", en lugar de tener un sueldo como cuenta a cargar de TRC de \$(2.223.440), su verdadero valor asciende a \$5.366.809, Esto implica que TRC debió realizar un ajuste por mayor valor de este pasivo en cuantía de \$7.590.249

En forma consolidada los ajustes necesarios en los estados financieros de TRC que se han generado con ocasión de las inexactitudes y alteraciones de los mismos asciende a la suma de \$849.102.547.

2. Por concepto de reclamaciones anteriores no atendidas por los vendedores:

Reclamación	Valor	Fecha de reclamación inicial
Cummins de los Andes	\$1.548.790	11 de feb 2008
Ramiro Vargas	\$1.217.994	20 de feb 2008
Activos Inexistentes	\$56.122.179	11 de feb 2008
Cartera no recuperable	\$16.303.092	11 de feb 2008
Total	\$75.192.055	

3. Por concepto de lucro cesante, el perjuicio podrá tasarse teniendo en cuenta los intereses de mora a la tasa máxima permitida por la ley, causados sobre las sumas que integran el daño emergente, desde el incumplimiento alegado hasta la fecha en que se verifique el pago. En forma subsidiaria podrá tasarse teniendo en cuenta los intereses corrientes causados desde el incumplimiento hasta que se verifique el pago. Por último, y en subsidio de la condena al pago de intereses de mora, o de intereses corrientes, se solicita la condena al pago de la actualización de las sumas que integran el daño emergente irrogado a mi mandante causada durante el mismo período mencionado.

Tercera: Que en caso de oposición se condene a JAIRO ANDRES GUTIERREZ ROBAYO, JIMENA GROSS MEJIA, CARLOS ANDRES TORRES ROBAYO, NELSON ANDRES BELTRAN ALGARRA y MONTSERRAT GROS MEJÍA al pago de las costas y agencias en derecho causadas dentro del presente proceso."

4.2. Hechos que sirven de sustento a las pretensiones de la demanda.

Son los siguientes tomados de la demanda y del resumen hecho por la convocante en sus alegatos de conclusión; se transcriben los hechos centrales y relevantes al proceso, sin transcribir las consideraciones probatorias, haciendo expreso que la calificación de algunos de los hechos corresponde al propio relato del convocante:

“El presente proceso se ha originado en los hechos que se resumen a continuación:

- *El 12 de abril de 2007, Altra Investmets Inc. y Transportes Refrigerados de Colombia S.A. (en adelante TRC), suscribieron un documento que denominaron “Acuerdo de Entendimiento Proyecto Nieve”, en el cual se plasmaron los lineamientos de un negocio que proyectaban desarrollar encaminado a consolidar un oferente de servicios logísticos a nivel nacional para productos refrigerados y congelados.*
- *En dicho acuerdo quedó establecido que Altra Investmets Inc. había adquirido el control de la compañía Colfrigos S.A., empresa líder en el almacenamiento en frío y manejo de productos perecederos en el país, para luego integrarla con TRC, compañía que sería la encargada de llevar a cabo el transporte y distribución de productos en todo el territorio nacional.*
- *Finalmente, el proyecto no se llevó a cabo en las condiciones previstas inicialmente en el Acuerdo del 12 de abril de 2007, pues los titulares de las acciones de TRC no permanecieron como socios del proyecto, en una proporción minoritaria, como se hizo referencia en dicho Acuerdo, sino que vendieron la totalidad de su participación accionaria.*
- *En tales condiciones el 27 de julio de 2007 se suscribió un Contrato de Compraventa de Acciones de la sociedad TRC, entre todos los socios de TRC como vendedores, quienes integran la parte demandada en este proceso, y*

Balclín Investments S.L, Altra Inversiones Ltda., (hoy Altra Inversiones S.A.S.), Darío Durán Echeverri y Mauricio Camargo Mejía, como compradores, quienes integran la parte demandante en este proceso arbitral, (en adelante el Contrato).

- *Para celebrar el negocio mencionado en el hecho anterior, los compradores tuvieron en cuenta los estados financieros con corte a junio de 2007, enviados para tal efecto vía correo electrónico por TRC el día 18 de julio de 2007, por la contadora de TRC Mónica Jiménez a Laura Londoño, funcionaria de Altra Inversiones S.A.S. (...)*

- *En la cláusula 3.1. del Contrato de Compraventa de Acciones se pactó como precio de venta de las acciones la suma de cinco mil trescientos millones de pesos (\$5.300.000.000.00) lo que equivale a la suma de ciento treinta y dos mil quinientos pesos (\$132.500.00) por acción.*

- *En la cláusula 5.1. del Contrato de Compraventa de Acciones se pactó lo siguiente: “LOS VENDEDORES reconocen expresamente que LOS COMPRADORES adquieren las Acciones de la Sociedad en atención a todas las declaraciones y garantías realizadas por LOS VENDEDORES y que se encuentran incluidas en el Anexo I, el cual forma parte del presente Contrato (en adelante, las “Declaraciones y Garantías”). Las Declaraciones y Garantías constituyen un elemento esencial del Contrato, y causa determinante de su celebración.”*

- *En el Anexo I, “Declaraciones y Garantías”, se incluyó un capítulo sobre “Estados Financieros” en el que, entre otras cosas, Los Vendedores expresamente declararon y garantizaron:*

“8.1. Los estados financieros de TRC, son completos, precisos, reflejan la imagen fiel de la situación patrimonial, financiera y de explotación de TRC y de sus resultados en las fechas y durante los períodos indicados, y han sido elaborados de conformidad con las normas legales y con base en los Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados en Colombia.

8.2 TRC no ha asumido obligaciones ni responsabilidades (efectivas ni contingentes) de ningún tipo, que no estén debidamente reflejadas o que no hayan sido debidamente provisionadas en los Estados Financieros.

"8.3....

8.4. Los Estados Financieros no contienen ninguna declaración incorrecta ni omiten ningún hecho que pueda inducir a error sobre la situación patrimonial, financiera o de resultados, de TRC.

8.5 Han sido correctamente aplicadas las normas y Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados en Colombia sobre provisión para deudas perdidas o de dudoso recaudo.

"8.6 ..."

- *En el mismo documento, se incluyó un capítulo sobre "Cuentas a cobrar y obligaciones para con terceros", en el que Los Vendedores declararon y garantizaron en forma expresa:*

"9.1. Todas las cuentas a cobrar u otros créditos de TRC son legítimos y cobrables en su monto total, salvo aquellos para los que TRC ha constituido las oportunas provisiones o reservas contables en los Estados Financieros y en la cuantía de tales provisiones y reservas."

- *En el documento "Declaraciones y Garantías" también se incluyó un capítulo sobre "Bienes, equipos y demás mobiliario" en el que Los Vendedores declararon y garantizaron ante Los Compradores:*

"15.1 TRC es la efectiva y verdadera propietaria de los equipos, instalaciones y demás propiedades que figuran como activos fijos en los Estados Financieros y conserva todos los bienes en condiciones adecuadas de funcionamiento, mantenimiento y seguridad, salvo el deterioro normal por el uso en el curso ordinario de la actividad, sin que existan hipotecas, prendas, privilegios u otros gravámenes, derechos o intereses de terceros que no se hayan señalado en el presente Contrato".

"15.2 Todos los activos de naturaleza mueble de TRC han recibido una adecuada conservación y mantenimiento, disponiéndose en todo momento de un material en perfecto estado para la realización de dichas actividades, salvo por el normal desgaste y deterioro derivado del uso en el curso ordinario de la actividad."

- En el documento de “Declaraciones y Garantías” adicionalmente se incluyó un capítulo sobre “Sistemas Informáticos”, en el que los Vendedores expresamente afirmaron:

“30.1 Los sistemas informáticos de TRC se han venido manteniendo y conservando de forma satisfactoria, y tienen capacidad operativa suficiente para lo que requiere la actividad TRC en la forma en que se desarrolla en la actualidad.”

- Por su parte en el Contrato de Compraventa de Acciones (en adelante el Contrato) se estipuló, en el Capítulo Sexto sobre “INDEMNIZACIÓN” lo siguiente:

“6.1. Responsabilidad de los Vendedores y de los Compradores por las Declaraciones y las Garantías: LOS VENDEDORES son responsables frente a LOS COMPRADORES de las Declaraciones y Garantías a las que se refiere el Capítulo Quinto anterior, en relación con la sociedad TRC, así como de los demás compromisos y obligaciones asumidos por virtud de este Contrato, y se obligan, sin perjuicio de cualesquiera otros derechos o acciones de LOS COMPRADORES derivados de la Ley o del presente Contrato, a indemnizar o mantener indemne a LOS COMPRADORES, de conformidad con lo dispuesto en el Capítulo Séptimo, frente a cualesquiera gastos (inclusive costas judiciales y razonables honorarios de abogados), daños y perjuicios sufridos por LOS COMPRADORES o por la Sociedad TRC, que tengan por causa circunstancias que constituyan una inexactitud, incorrección, falta de veracidad o incumplimiento de cualquiera de las Declaraciones y Garantías.”

- En el numeral 6.3 del mismo capítulo del mismo Contrato de Compraventa de Acciones, se pactó:

“6.3. Procesos previos de investigación de la Sociedad llevados a cabo por el Comprador

“Los derechos que confiere a LOS COMPRADORES el presente capítulo no resultarán afectados por ninguna investigación o Due Diligence que hayan llevado a cabo ellos mismos, sus asesores o representantes, ni por el hecho de que LOS VENDEDORES tuvieran, o no, conocimiento del hecho o circunstancia que genere el derecho de LOS COMPRADORES a ser indemnizados.”

- Adicionalmente, en el Capítulo Séptimo del Contrato de Compraventa de Acciones, titulado “Procedimiento de reclamación”, se estipuló:

“7.1. Reclamaciones: Cuando LOS COMPRADORES entendieran que se ha producido cualquiera de las circunstancias que dan o pudiesen dar origen a una obligación de indemnización por parte de LOS VENDEDORES lo notificarán, indicando los hechos en los que se fundamenta la reclamación y el monto de ésta, si fuera posible estimarlo, para que, en el plazo máximo de quince (15) días calendario desde la referida notificación (i) dispongan lo adecuado para subsanar la inexactitud, incorrección, falta de veracidad, o incumplimiento y reparar los daños y perjuicios que ello haya causado o, (ii) se opongan de forma total o parcial a la reclamación efectuada por LOS COMPRADORES. Vencido este plazo sin que LOS VENDEDORES hayan manifestado su oposición al respecto, las partes convienen expresamente en asignarle a este silencio el sentido de aceptación de la reclamación. En este último evento el monto reclamado prestará mérito ejecutivo, con el límite de quinientos millones de pesos (\$500.000.000.00) antes establecido, con la presentación de una copia idónea de la reclamación debidamente recibida y de este Contrato.”

- Con posterioridad a la celebración del Contrato de Compraventa de Acciones, los compradores presentaron a los vendedores reclamaciones de diversa índole, algunas de las cuales fueron aceptadas por éstos y otras rechazadas.

- Tales reclamaciones tuvieron origen en que desde que la nueva administración de TRC tomó el control de la compañía, empezó a advertir sucesivamente inconsistencias en los estados financieros recibidos de los vendedores. A fin de establecer la magnitud y el valor de la distorsión existente en los estados financieros de TRC entregados por Los Vendedores, la nueva administración de la empresa contrató, el 1º de abril de 2009, a la firma de auditores Luis A. Boada y Cía. para que llevara a cabo una auditoría detallada sobre los balances recibidos, la contabilidad sistematizada, los soportes y los libros oficiales, con corte a 30 de junio de 2007.

- Inicialmente se pactó en el contrato de auditoría celebrado con Luis A. Boada y Cía., que el trabajo a realizar se llevaría a cabo en nueve semanas, término que debió ser ampliado posteriormente, de manera que durante cinco

meses, de abril a agosto de 2009, funcionarios de Luis A. Boada y Cía. se dedicaron a revisar en forma detallada la contabilidad de TRC con corte a 30 de junio de 2007, junto con sus respectivos soportes.

- En el mes de septiembre de 2009, Luis A. Boada y Cía. presentó un informe final, en el cual se advirtieron las puntuales y graves inconsistencias en la contabilidad de TRC con corte a 30 de junio de 2007.

- En efecto, uno de los más graves hallazgos de la auditoría de Luis A Boada y Cía. correspondió a advertir notorias diferencias entre el Balance Inicial de Compra y el Balance que arroja el software de contabilidad.

- Es decir que para hacer la negociación, los vendedores presentaron a los compradores un balance que no correspondía al que efectivamente se encontraba en el software de contabilidad de TRC.

- También la auditoría de Luis A. Boada y Cía. concluyó que, contrariando elementales normas de contabilidad, dentro del sistema contable de TRC existían registros con terceros que tienen dos o más NITS, o terceros sin datos de identificación.

- Adicionalmente, se evidenció en la citada auditoría, una práctica llevada a cabo por TRC, con anterioridad a la venta de acciones, opuesta a elementales normas de contabilidad, consistente en registrar bajo su propio NIT (804.010.418) todas aquellas operaciones con terceros no identificados, sin dejar en el detalle de la cuenta afectada un concepto claro y sin dejar soportes que respaldaran tales operaciones.

- Como consecuencia de los graves hallazgos derivados de la auditoría de Luis A. Boada y Cía. los compradores enviaron a los vendedores una comunicación el 23 de septiembre de 2009, en la que se les informó acerca de los resultados de aquélla y se reclamó el pago de la suma de ochocientos cuarenta y nueve millones ciento dos mil quinientos cuarenta y siete pesos (\$849.102.547),

como consecuencia de las inexactitudes y alteraciones que aparecían en los mismos, con corte a 30 de junio de 2007.

- A la reclamación del 23 de septiembre de 2009 se adjuntaron los anexos en los que se reflejaban las inconsistencias encontradas.

- En la misma comunicación se reiteró la solicitud de pago de las reclamaciones formuladas en comunicaciones anteriores y no atendidas por los siguientes conceptos:

Reclamación	Valor	Fecha de reclamación inicial
Cummins de los Andes	\$1.548.790	11 de feb. 2008
Ramiro Vargas	\$1.217.994	20 de feb. 2008
Activos Inexistentes	\$56.122.179	11 de feb. 2008
Cartera no recuperable	\$16.303.092	11 de feb. 2008
Total	\$75.192.055	

- El valor total reclamado en la comunicación de fecha 23 de septiembre de 2009 ascendió a la suma de novecientos veinticuatro millones doscientos noventa y cuatro mil seiscientos dos pesos (\$924.294.602) y se advirtió que el límite del valor indemnizable pactado en el contrato no aplica, por haber entregado los vendedores información contable que no correspondía con la que reposaba en el sistema de TRC, ni a la realidad de la empresa.

- El 30 de septiembre de 2009, los vendedores dieron respuesta a la comunicación de fecha 23 de septiembre de 2009 enviada por los compradores y solicitaron que les fuera enviado el informe de auditoría de Luis A Boada y Cía., para pronunciarse sobre la reclamación formulada.

- El 8 de octubre de 2009, atendiendo a la solicitud formulada por los vendedores, los compradores les remitieron copia completa del informe de Luis A. Boada.

- Mediante comunicación del 21 de octubre de 2009, los vendedores se pronunciaron sobre la reclamación de fecha 8 de octubre de 2009, oponiéndose a ella.

- *Por virtud de la comunicación de fecha 6 de noviembre de 2009, los compradores manifestaron a los vendedores que, en vista del rechazo expresado en la comunicación del 21 de octubre de 2009 a la reclamación formulada por aquéllos, era evidente la existencia de un conflicto, que daba lugar al inicio de la etapa de arreglo directo pactada en la cláusula 10.1 del Contrato de Compraventa de Acciones, para cuyo trámite se indicó los negociadores escogidos.*
- *Mediante comunicación de fecha 18 de noviembre de 2009, los vendedores comunicaron la designación de Raúl Toro y de Diana Jiménez Montes, como negociadores en la etapa de arreglo directo.*
- *Luego de varios acercamientos entre los negociadores designados por las partes, no fue posible llegar a un acuerdo, lo cual quedó evidenciado en la comunicación enviada vía correo electrónico por Laura Londoño, de Altra Investmets a Jairo Gutiérrez, el 9 de abril de 2010, en la que se anunció la iniciación de este trámite arbitral.*
- *En vista de que los vendedores se negaron a atender la reclamación formulada por los compradores, y como consecuencia de las inexactitudes y alteraciones que aparecían en los estados financieros de TRC, con corte a 30 de junio de 2007, detectadas en la auditoría de Luis A Boada y Cía. fue necesario castigar la contabilidad de TRC en la suma de ochocientos cuarenta y nueve millones ciento dos mil quinientos cuarenta y siete pesos (\$849.102.547), de conformidad con lo establecido en dicha auditoría. Adicionalmente, se castigó la suma de setenta y cinco millones ciento noventa y dos mil cincuenta y cinco pesos (\$75.192.055), correspondiente a los valores reclamados y no atendidos por los vendedores, para un valor total de novecientos veinticuatro millones doscientos noventa y cuatro mil seiscientos dos pesos (\$924.294.602).*
- *A través de la presente acción se pretende que se condene a los demandados al pago de la suma antes mencionada, que corresponde al perjuicio derivado del incumplimiento del contrato de compraventa de acciones de la*

sociedad TRC, particularmente, de las declaraciones y garantías relacionadas con la exactitud de los estados financieros y la idoneidad y veracidad del software contable.”

Así quedan expuestos los hechos de la demanda que han dado origen al presente litigio.

4.3. Excepciones de mérito propuestas contra la demanda en la contestación de la misma.

Fueron enunciadas así:

“PROPOSICION DE EXCEPCIONES

“1. DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS POR VIOLACION AL PRINCIPIO DE BUENA FE

“2. EXCEPCION DE CONTRATO CUMPLIDO Y/O PRESCRIPCION DE LA ACCION REDHIBITORIA.

“3. AUSENCIA DEL PERJUICIO RECLAMADO.

“4. EXCEPCIÓN SOBRE LA INTERPRETACION DEL CONTRATO.”

5. Presupuestos procesales.

Previo al análisis del fondo de la controversia, el Tribunal pone de presente que el proceso reúne los presupuestos procesales, requeridos para permitir la expedición de pronunciamiento de mérito.

5.1. De conformidad con el certificado de existencia y representación legal que obra en el proceso, las convocantes, personas naturales de un lado y empresas nacionales y extranjeras son personas jurídicas legalmente constituidas y quienes actúan por conducto de apoderados debidamente constituidos y reconocidos como tales. Asimismo, la convocada, está integrada por personas naturales quienes

actúan por conducto de apoderada debidamente constituida y reconocida como tal.

5.2. La demanda reúne los requisitos legales, cumpliendo a cabalidad con la demanda en forma.

5.3. El Tribunal constató, en la oportunidad procesal correspondiente que:

- Había sido designado e instalado en debida forma;
- Las partes eran capaces y estaban debidamente representadas;
- La demandante oportunamente consignó las sumas que le correspondían, tanto por concepto de gastos como por concepto de honorarios y, como se explicó en los antecedentes, consignó las sumas correspondientes a su contraparte convocada.

5.4. Las controversias planteadas eran susceptibles de transacción y las partes tenían capacidad para transigir respecto de las mismas. Así mismo, tales controversias se encuentran cobijadas por la Cláusula Compromisoria pactada por las partes, la cual reúne todos los requisitos de validez, tal y como se expuso en el Auto No 9 del 30 de noviembre de 2010, validez que no ha sido objetada por ninguna de las partes de este juicio.

5.5. Por último, el proceso y práctica de pruebas se adelantó en todas sus fases con observancia de las normas procesales establecidas al efecto y con pleno respeto de los derechos de defensa y de contradicción de las partes.

6. Consideraciones del Tribunal.

Como estudio previo se desata la objeción por error grave, para delante, resuelta la objeción entrar a estudiar los hechos probados frente a pretensiones y excepciones propuestas.

6.1. De la objeción por error grave al dictamen pericial.

Respecto del objetivo y alcance legal de la llamada *objeción por error grave*, se recapitula brevemente la historia de la figura procesal: antes del primero de junio de 1990, cuando entró en vigencia el Decreto Extraordinario 2289 de 1989, que modificó parcialmente el Código Procedimiento Civil, el numeral cuarto del artículo 238 del señalado Código establecía que un dictamen pericial podía ser objetado por las partes cuando cualquiera de ellas se percatara de la existencia de “un error grave”. El mencionado Decreto precisó que el error grave, además, debía ser “*determinante de las conclusiones a que hubieran llegado los peritos o porque el error se haya originado en éstas.*”

No cabe duda que la intención del legislador era establecer un criterio mucho más estricto para que una equivocación del perito pudiera ser considerada como un error grave. No puede tratarse, entonces, tan solo de un error en que incurra el perito; éste debe ser, además, *grave y determinante* de las conclusiones, o que el error se haya originado en ellas. De acuerdo con lo anterior, el error debe ser evidente, ostensible y notorio.

En los términos de una muy mencionada jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia, los errores graves “*no pueden hacerse consistir en las apreciaciones, inferencias, juicios o deducciones que los expertos saquen, una vez considerada recta y cabalmente la cosa examinada. Cuando la tacha por error grave se proyecta sobre el proceso intelectual del perito, para refutar simplemente sus razonamientos y sus conclusiones, no se está interpretando ni aplicando correctamente la norma legal y por lo mismo es inadmisibile para al juzgador, que al considerarla entraría en un balance o contraposición de un criterio a otro criterio, de un razonamiento a otro razonamiento, de una tesis a otra (...)*” Auto de septiembre 8 de 1993. Expediente 3446. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

Revisando la solicitud de la parte convocante, contenida en memorial de mayo 9 de 2011, ésta endilga al dictamen rendido los siguientes defectos que califica como constitutivos de error grave:

1. *Pretermisión de las normas de contabilidad generalmente aceptadas y falta de exactitud en las respuestas.,(y enumera las que considera inexactas),”*
2. *Ausencia de seguimiento final a las cuentas examinadas, falta de detalle en las respuestas....,(y enumera las que considera inexactas),”*
3. *Insalvable inconsecuencia en las conclusiones respecto de los hallazgos contables*
4. *Imprecisión en el reporte de movimientos contables.*
5. *Respuestas incompletas.*

Visto el dictamen, sus aclaraciones y complementaciones, el Tribunal observa que el perito fue particularmente cuidadoso en responder totalmente los cuestionarios que se le realizaron, teniendo como fundamento de sus respuestas el análisis de la realidad contable y los registros contables del software Novasoft, así como de la información suministrada por la propia TRC, con todos los defectos y limitaciones que dicha realidad arrojó, adicionada a las dificultades de extracción de información del sistema Novasoft, hechos y dificultades que el propio dictamen pone de relieve. El dictamen y sus aclaraciones y complementaciones son concisos y basan sus conclusiones en la realidad encontrada, aplicando la ciencia contable y las normas de contabilidad de manera rigurosa, sin entrar en escenarios especulativos y mucho menos haciendo una calificación exorbitante de los hallazgos contables.

El Tribunal considera que el estilo concreto de las respuestas del perito y el contenido de las mismas no solo no son erróneos, ni provienen de observaciones erróneas ni llegan a conclusiones erróneas; por el contrario son moderadas y objetivas, cumpliendo a cabalidad con el propósito de un dictamen pericial cual es, con riguroso fundamento en la realidad, responder un cuestionario aplicando

de manera razonada un conocimiento o ciencia; en el caso concreto la aplicación y confrontación de los hallazgos contables con el Decreto 2349 de 1993 es razonada y se reitera, obedece con precisión a lo hallado y preguntado.

Como punto adicional, se pone de relieve que el objetante, en sus alegatos de conclusión utiliza y cita el dictamen pericial del Doctor Ayala, como importante herramienta de argumentación y valoración de sus pretensiones; y lo cita no en una, ni dos, sino en muchas ocasiones, hasta el punto que es sustento principal de muchas de sus alegaciones. Si en realidad existiera un error grave en el dictamen, sus aclaraciones y complementaciones ¿cómo podría usarlo el propio objetante como fuente de información y prueba de sus pedidos?

De esta manera en la parte resolutive del laudo, se declarará infundada y no probada la objeción formulada por el convocante.

6.2. La negociación. El origen del precio del contrato.

Obra en el acervo probatorio el Acuerdo de Entendimiento “Proyecto Nieve” que fue suscrito el 12 de abril de 2007 por representantes de Altra Investments Inc. y Transportes Refrigerados de Colombia S.A. (TRC) y tuvo por objeto consolidar diversas ofertas en el mercado de alimentos congelados y refrigerados a través de la integración operativa de Colfrigos S.A. y la misma TRC. Si bien este Acuerdo de Entendimiento no tuvo el desarrollo inicialmente previsto, algunas de sus cláusulas ilustran y son antecedentes de la negociación celebrada el 27 de julio de 2007 entre los accionistas de TRC como vendedores de sus acciones en esta empresa y Balclin Investments S.L. y Altra Inversiones Ltda como compradores de las mismas.

El punto Tercero del apartado Antecedentes, de esta última negociación, se refiere a que las partes *“han venido adelantando negociaciones para la eventual compraventa de las Acciones, sujeta al resultado de un ejercicio de Debida*

Diligencia consistente en la inspección comercial, legal, técnica, contable, tributaria, ambiental, financiera y administrativa de la Sociedad (“due diligence”) realizado por conducto de los profesionales designado por el Comprador”

En el punto Cuarto del mismo apartado se hace constar que los vendedores “consintieron en adelantar las negociaciones previstas para la compraventa de las Acciones y, al efecto, facilitaron la información necesaria para adelantar el Due Diligence”.

El origen del precio fue entonces un ejercicio de *due diligence* que estuvo a cargo de la firma Grant Thornton Ulloa Garzón, designada al efecto por los compradores. Inicialmente la valoración arrojó la cifra de \$6.457,6 millones, que fue la ofrecida por los vendedores, frente a la cual los compradores propusieron la cantidad de \$4.800 millones, para cerrar finalmente en la suma de \$5.300 millones⁴

Entre los componentes del precio figuró igualmente el cálculo del Ebitda, método que busca mostrar el resultado neto del negocio y que si bien le resta importancia a las partidas del balance propiamente tal para centrarse en el estado de resultados de la empresa (sin impuestos, intereses, depreciaciones y amortizaciones) no excluye, antes bien, prescribe, sumar los activos disponibles y las inversiones, y restar los pasivos externos. Así, el Ebitda debió mostrar el valor del negocio puro, al cual deberían agregarse o restarse los activos o los pasivos no operativos.

No obstante, ni el proceso de Debida Diligencia ni el cálculo del Ebitda fueron factores que las partes tomaron en forma exacta o precisa para determinar el precio. El precio final, fruto además de negociación, como se acaba de anotar, quedó plasmado en el Capítulo tercero del contrato en la cifra fija de los \$5.300 millones.

⁴ Página 28 de la contestación de la demanda

6.3. El desarrollo de la Debida Diligencia

En su alegato conclusivo los apoderados de los convocantes manifiestan que “el estudio realizado por Grant Thornton no pretendió realizar un análisis exhaustivo de toda la contabilidad de TRC” y en apoyo de su tesis traen la falta de información de la firma sobre varias de las cuentas que fueron castigadas con posterioridad a la negociación. Al efecto citan apartes del propio estudio de Grant Thornton, del testimonio rendido por Jimmy Parra, quien como funcionario de esta firma tuvo a su cargo el estudio, y del dictamen del perito Horacio Ayala. El limitado alcance del estudio, aunado a la ausencia de informes sobre las cuentas que fueron castigadas, lleva a los apoderados a afirmar que *“son prueba más que suficiente para evidenciar que los Compradores no tuvieron oportunidad de conocer la magnitud de los desfases ni la irregularidad de los asientos contables al momento de contratar, de suerte que jamás pudieron ni convalidarlos ni aceptarlos”*⁵.

En varias partes del alegato los apoderados de los convocantes mencionan los casos en que a su juicio hay responsabilidad de los vendedores por no haber informado o manifestado en tiempo, ni a los compradores ni a Grant Thornton en su tarea de *due diligence*, la existencia, el mayor valor o el estado de ciertos pasivos. Algunos de éstos, sobre los cuales los apoderados hacen en su alegato detenido análisis, son: *“un alto porcentaje de la cartera carecía de soportes para ser cobrada o tenía un largo período de vencimiento”*⁶, la existencia de facturas, saldos de facturas y cheques devueltos con vencimientos desde el año 2004⁷, la cuenta de Anticipo Llantas con saldos provenientes de transacciones realizadas con 3 años o más contados hacia atrás respecto de junio de 2007⁸, reclamaciones de seguros sin seguimiento efectivo⁹, varias cuentas por cobrar con vencimiento

⁵ Página 84 del Alegato de Conclusión de los demandantes

⁶ Página 25 del Alegato de Conclusión

⁷ Página 55 *Ibidem*

⁸ Página 58 *Ibidem*

⁹ Página 63 *Ibidem*

de más de 360 días o pasivos con signo contrario¹⁰ y numerosas cuentas por cobrar a cargo de la propia TRC¹¹. Reiterado a lo largo del proceso fue además el desfase existente entre el software utilizado por TRC y los registros contables, desfase que si bien fue advertido por Grant Thornton en la *due diligence* no se determinó en su magnitud¹².

El Tribunal entiende bien la diferencia entre un proceso de Debida Diligencia y una auditoría, y más todavía entre una Debida Diligencia sobre el estado general de un negocio y una auditoría de sus cuentas. Pero en el caso *sub lite* le resulta extraño que no se hubiere profundizado en la Debida Diligencia por lo menos en algunas de las cuentas mencionadas o en la divergencia existente entre el software y los registros contables, conocidas al tiempo de la realización del cometido. Como atrás se dijo, la Debida Diligencia se contrató para “*la inspección comercial, legal, técnica, contable, tributaria, ambiental, financiera y administrativa de la Sociedad*” y en el conjunto de esos escenarios, estima el Tribunal, el contable debe figurar en primer lugar porque a la postre toda la realidad de una empresa termina reflejada en sus estados financieros. Con solo haber acudido a las cuentas y subcuentas del balance, sin necesidad de ir al detalle, se habrían detectado las anomalías e inconsistencias comentadas. Pero aún si hubiere sido necesario ir al detalle, era tarea que ha debido quedar claramente contratada con la firma que realizó la Debida Diligencia, como lo hizo más tarde la sociedad Luis A. Boada y Cía en su labor de auditoría. Es que una Debida Diligencia tiene que comprender la revisión de los procedimientos, transacciones, provisiones o impuestos, pero especialmente los registros contables en orden precisamente a establecer que la sociedad emplea la diligencia a que está obligada. Sin embargo no ocurrió así. La Debida Diligencia se refirió a aspectos diferentes al contable, con las consecuencias previsibles, como se lee en el dictamen del perito Horacio Ayala: “*como se aprecia de las manifestaciones de la firma que realizó el trabajo de Debida Diligencia, éste se limitó a la revisión de los aspectos específicamente*

¹⁰ Páginas 64 y siguientes del Alegato

¹¹ Página 67 y 82 *Ibidem*

¹² Página 85 *Ibidem*

contratados, en materias laborales, impositivas, administrativas y financieras, en cuanto se refieren a las operaciones registradas en la contabilidad de TRC. Por consiguiente, como resultado del trabajo realizado pudieron haberse detectado inconsistencias o errores en las cuentas revisadas, pero no en las demás, ni en el conjunto de la contabilidad, en la medida que los auditores contratados advierten que no garantizan que los procedimientos efectuados fueron suficientes para el propósito principal del trabajo ni para cualquiera otro” (se subraya).

De lo expuesto el Tribunal deduce cierta laxitud en la actitud de los compradores, que desdibuja su propia afirmación de que en la *due diligence* no tuvieron oportunidad de conocer la magnitud de los desfases ni la irregularidad de los asientos contables al momento de contratar.

A propósito del mismo asunto, la apoderada de los convocados manifestó en su alegato de conclusión como fundamento de su excepción de ir contra los actos propios: “...*si la parte convocante teniendo conocimiento de las irregularidades en la contabilidad de TRC en 2007 no hizo reclamo alguno y, por el contrario, procedió a celebrar el contrato de compraventa sin tener siquiera dichos hallazgos en consideración para fijar el precio a pagar, no puede ahora, tres años después de haber renunciado a realizar cualquier tipo de reclamación, venir contra sus propios actos alegando que solo tuvo conocimiento de las inconsistencias en 2010 y demandar a mis representados pretendiendo la indemnización de perjuicios inexistentes, que en todo caso fueron de su conocimiento en la etapa precontractual*”. Y más adelante dijo: “...*la conducta de la parte compradora, que conociendo el verdadero estado de TRC quiso determinar el valor a pagar por la misma, sin considerar el patrimonio de la empresa con anterioridad a 2007, le generó a la parte que represento una confianza legítima...*”

El Tribunal anotó ya que la actuación de los compradores al tiempo de la *due diligence* adoleció de cierta despreocupación por indagar la real situación de balance de TRC. Estima sin embargo que no se da propiamente la figura de ir

contra los actos propios porque no se trata de actuaciones contrarias o divergentes entre sí de los compradores, quienes habrían tenido en todo momento el mismo interés de pagar por la empresa que adquirirían el valor preciso acordado, ni se trata de circunstancias que pudieren calificarse de similares porque una ocurrió al tiempo de perfeccionarse la compraventa, sin una auditoría detallada, y la otra dos años más tarde, precisamente después de la auditoría detallada. Sin estas dos características no podría configurarse el *venire contra factum proprium*. Tampoco podría constituirse la confianza legítima porque muy pronto después de la negociación los compradores hicieron las primeras reclamaciones¹³, algunas de las cuales fueron inclusive pagadas por los vendedores, y la idea, si la hubo, de haber celebrado el contrato sin consideración al patrimonio sino solamente a la generación del flujo de fondos, fue de muy corta duración.

Debe agregarse ahora que las partes consagraron en su contrato detalladas reglas de garantía, de indemnización, e inclusive de limitación a esa indemnización, para los eventos de falta de veracidad de las declaraciones, o de inexactitudes, incorrecciones o incumplimientos -como los que se analizan en esta providencia- todo lo cual afianza la naturaleza de la negociación como una compraventa de acciones por la cual se determinó y se pagó un precio fijo.

Con detenimiento se reguló en el contrato este aspecto de la negociación, tanto para las obligaciones y cargas asumidas por los compradores como especialmente para las de los vendedores. Como se anotó líneas atrás, éstos se obligaron a “indemnizar o mantener indemne” a los compradores frente a cualquier daño o perjuicio ocasionado por su incumplimiento, hasta por el 100% del mismo, y distinguieron los diferentes perjuicios que podrían sufrir los compradores, bien respecto de incumplimientos que afecten a las acciones negociadas, bien en cuanto a reclamaciones de terceros o al incumplimiento de las demás Declaraciones y Garantías, como se ilustra en los párrafos siguientes, todo lo cual implica, por una parte la valoración en sumas precisas del perjuicio por el

¹³ Ver los hechos números 19, 20 y 21 de la demanda, aceptados por la convocada en cuanto a la existencia

incumplimiento, y por otra su comparación con el precio acordado por la negociación.

Se incluyó además en el contrato una cláusula en virtud de la cual los derechos de los compradores a eventuales indemnizaciones “no resultarán afectados por ninguna investigación o Due Dilligence que hayan llevado a cabo ellos mismos, sus asesores o representantes, ni por el hecho de que LOS VENDEDORES tuvieran, o no, conocimiento del hecho o circunstancia que genere el derecho de LOS COMPRADORES a ser indemnizados”. Lo así acordado da independencia a cualquier reclamación, y no puede ligarse, ni explicarse, ni excusarse por razón de procesos de *due dilligence* ni porque fuera conocida o desconocida por los responsables.

A estas estrictas reglas se agregó la limitación de la indemnización, por la cual “en cualquier caso, el límite máximo de indemnización que pagarán LOS VENDEDORES a LOS COMPRADORES es la suma de quinientos millones de pesos (\$500.000.000)”.

No cabe pues duda alguna al Tribunal sobre que las garantías y eventuales indemnizaciones deben expresarse en cantidades ciertas, que son independientes de los procesos y análisis que pudieron hacerse sobre la negociación, y que tienen un límite de \$500 millones.

Sin perjuicio de lo que más adelante dirá sobre este punto, se refiere ahora el Tribunal a la obligación mencionada a cargo de los vendedores, de cumplir las declaraciones y garantías. Está contenida en el punto 5.1 del contrato en los siguientes términos: “*Declaraciones y Garantías de los Vendedores*. LOS VENDEDORES reconocen expresamente que LOS COMPRADORES adquieren las Acciones de la Sociedad en atención a todas las declaraciones y garantías realizadas por LOS VENDEDORES y que se encuentran incluidas en el Anexo I, el

de las reclamaciones, en los cuales se aprecia que éstas se iniciaron en los últimos meses de 2007

cual forma parte del presente Contrato. Las Declaraciones y Garantías constituyen un elemento esencial del Contrato y causa determinante de su celebración”.

Y en este Anexo I, para solo citar los casos que más interesan al proceso, se aseveró inequívocamente:

“Sobre los estados financieros:

8.1 Los estados financieros de TRC, son completos, precisos, reflejan la imagen fiel de la situación patrimonial, financiera y de explotación de TRC y de sus resultados en las fechas y durante los períodos indicados, y han sido elaborados de conformidad con las normas legales y con base en los Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados en Colombia.

8.2 TRC no ha asumido obligaciones ni responsabilidades (efectivas ni contingentes) de ningún tipo, que no estén debidamente reflejadas o que no hayan sido debidamente provisionadas en los Estados Financieros.

8.4 Los Estados Financieros no contienen ninguna declaración incorrecta ni omiten ningún hecho que pueda inducir a error sobre la situación patrimonial, financiera o de resultados, de TRC.

8.5 Han sido correctamente aplicadas las normas y Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados en Colombia sobre provisión para deudas perdidas o de dudoso recaudo.

Sobre las cuentas por cobrar:

9.1 Todas las cuentas a cobrar u otros créditos de TRC son legítimos y cobrables en su monto total, salvo aquellos para los que TRC ha constituido las oportunas provisiones o reservas contables en los Estados Financieros y en la cuantía de tales provisiones y reservas.

9.2 TRC se encuentra al día en el pago de cualesquiera cantidades referentes a sus obligaciones, contratos y licencias, ha cumplido sus obligaciones relativas a dichos contratos y licencias y no les consta que las contrapartes de dichos contratos estén en situación de incumplimiento de los mismos.

Sobre pasivos ocultos:

11.1 TRC no tiene ningún pasivo oculto o contingente, cualquiera que sea su naturaleza, incluidos, entre otros, avales, garantías, pasivos fiscales o cualquier otro contrato o compromiso con tercero del que pudiera derivarse una disminución

patrimonial o de resultados, ni ninguna otra responsabilidad respecto de litigios, y que no aparezca debidamente contabilizada en los Estados Financieros.

Sobre libros oficiales

12.1 Los libros oficiales de contabilidad, mercantiles y los demás registros necesarios para realizar las actividades comerciales están al día y se llevan de conformidad con todas las leyes aplicables y son fiel reflejo de las actividades y de los extremos que en ellos deben figurar. TRC cumple y lo ha hecho en el pasado, de forma y manera completa y puntual, todas las obligaciones contables y de registro previstas en el Código de Comercio, la Ley tributaria y en cualquier otra norma de aplicación obligatoria.

Sobre seguros

22.3 TRC no ha actuado u omitido actuación alguna que pudiera resultar en menoscabado de las pólizas de seguro contratadas, y no existen motivos que pudieran provocar el rechazo del siniestro por las compañías aseguradoras y ninguna de las pólizas podrá ser resuelta por las compañías aseguradoras debido a incumplimientos o circunstancias producidas con anterioridad a la fecha del presente Contrato.

Sobre sistemas informáticos:

30.1 Los sistemas informáticos de TRC se han venido manteniendo y conservando de forma satisfactoria, y tienen capacidad operativa suficiente para lo que requiere la actividad TRC en la forma en que se desarrolla en la actualidad.

30.2 TRC tiene en funcionamiento planes de recuperación en caso de desastre, que son adecuados y suficientes para asegurar que los sistemas informáticos pueden reemplazarse o sustituirse sin interrupción substancial de su negocio.

30.5 TRC cuenta con procedimientos adecuados para garantizar la seguridad interna y externa de los sistemas informáticos, inclusive procedimientos para la realización de copias de seguridad y archivo, dentro y fuera del emplazamiento, de programas de computador y datos.”

Como se evidenció a lo largo de la instrucción del proceso, y en particular con el dictamen pericial y las declaraciones de Piedad Mercedes Rodríguez de Bernal y Gloria Santana, TRC no dio el cumplimiento debido a muchas de las obligaciones adquiridas, o no correspondió en la realidad con las situaciones que aseguró tener

o mantener. Hay entonces un incumplimiento, que en el caso presente adquiere relieve especial en atención a que las partes en forma expresa dieron a las declaraciones y garantías del Anexo I el valor de ser “elemento esencial del Contrato y causa determinante de su celebración”; entra a continuación el Tribunal a estudiar detenidamente la naturaleza y alcance de estas estipulaciones contractuales.

6.4. Garantías e Indemnizaciones.

Tal como se explicó en el acápite anterior, en el Anexo I del Contrato de Compraventa de Acciones, denominado “*DECLARACIONES Y GARANTÍAS*”, las Partes incorporaron como parte del contrato una serie de afirmaciones del vendedor o de TRC relacionadas con la capacidad del primero, la titularidad de las acciones, la inexistencia de gravámenes y la estructura del capital de TRC, así como unas manifestaciones muy precisas con respecto, entre otras cosas, a los estados financieros de TRC (numerales 8.1 a 8.6), y en particular en lo atinente a cuentas por cobrar (numerales 9.1 y 9.1), cambios en la situación financiera (numeral 10.1), pasivos ocultos (numeral 11.1), libros oficiales (numerales 12.1 a 12.4) y bienes y equipos (numerales 15.1 a 15.3).

En desarrollo de lo anterior, en la cláusula 5.1 del Contrato las Partes estipularon que “*LOS VENDEDORES reconocen expresamente que LOS COMPRADORES adquieren las acciones de la Sociedad en atención a todas las declaraciones y garantías realizadas por LOS VENDEDORES y que se encuentran incluidas en el Anexo I, el cual forma parte del presente Contrato (en adelante las “Declaraciones y Garantías”). Las Declaraciones y Garantías constituyen un elemento esencial del Contrato, y causa determinante para su celebración*”.

Tanto en la demanda como en los alegatos de conclusión presentados por los convocantes, se afirma que lo manifestado por los vendedores en las “Declaraciones y Garantías” no resultó ser cierto ni exacto, motivo por el cual

éstos últimos incumplieron parte esencial de las obligaciones a su cargo derivadas del Contrato de Compraventa de Acciones. Dicho incumplimiento les ocasionó un perjuicio a los convocantes, que ellos explican alegando que *“como consecuencia de las inexactitudes y alteraciones que aparecían en los estados financieros de TRC, con corte a 30 de junio de 2007, detectados en la auditoría de Luis A Boada y Cía. fue necesario castigar la contabilidad de TRC en la suma de ochocientos cuarenta y nueve millones ciento dos mil quinientos cuarenta y siete pesos (\$849.102.547), de conformidad con lo establecido en dicha auditoría. Adicionalmente, se castigó la suma de setenta y cinco millones ciento noventa y dos mil cincuenta y cinco pesos (\$75.192.055), correspondiente a los valores reclamados y no atendidos por los vendedores, para un valor total de novecientos veinticuatro millones doscientos noventa y cuatro mil seiscientos dos pesos (\$924.294.602)”*.

En sus alegatos de conclusión, los convocados sostuvieron que *“se encuentra que gran parte de las sumas que ahora reclama la parte convocante son consecuencia de los hallazgos de la debida diligencia realizada en 2007 por la firma Grant Thornton Ulloa Garzón, la cual, si bien no tuvo el mismo detalle que el trabajo realizado por Luis A. Boada, esto obedece a que la última, a diferencia de la primera, fue una auditoria que tuvo por objeto el análisis de la razonabilidad y la pertinencia de la contabilidad de TRC. No obstante, la debida diligencia constituyó un claro referente que dejó en evidencia, sino en todas, gran parte de las irregularidades ahora aludidas por la parte convocante al haber advertido, con la debida diligencia, tan grandes irregularidades en la contabilidad de TRC pudo haber ampliado el objeto de la misma para poder determinar con claridad el alcance de las inconsistencias, lo cual en ningún momento fue su interés, toda vez que, como ya se ha precisado, su intención principal era determinar la capacidad de TRC de producir flujo de caja”*.

Los convocantes pretenden, según lo manifiestan en la demanda instaurada, que el Tribunal condene a los demandados al pago de la suma de novecientos

veinticuatro millones doscientos noventa y cuatro mil seiscientos dos pesos (\$924.294.602) que tuvieron que castigar, porque consideran que dicha suma corresponde al perjuicio derivado del incumplimiento del contrato de compraventa de acciones, *“particularmente, de las declaraciones y garantías relacionadas con la exactitud de los estados financieros y la idoneidad y veracidad del software contable”*.

Presentado así el debate según lo expuesto por los demandantes en sus diferentes actuaciones, le corresponde a este Tribunal determinar, a la luz de las normas aplicables, de lo pactado por las Partes y de lo alegado y probado en el proceso, si las declaraciones y garantías contenidas dentro del contrato de compraventa de acciones y en el Anexo I fueron inexactas, incorrectas o faltaron a la veracidad, y si el incumplimiento de dichas declaraciones y garantías ocasionaron o no unos daños y perjuicios a los demandantes.

Para resolver este interrogante el Tribunal seguirá el siguiente orden: (i) explicará el alcance general de las cláusulas denominadas “Declaraciones y Garantías” y su naturaleza jurídica a la luz del derecho colombiano y las consecuencias de las declaraciones y garantías hechas por las Partes en el ámbito contractual; (ii) analizará la naturaleza y el alcance general de las cláusulas limitativas de la responsabilidad y sus consecuencias y, como consecuencia de los dos puntos anteriores (iii) se pronunciará con respecto a la pretensión segunda de la demanda.

6.4.1. De las cláusulas denominadas “Declaraciones y Garantías”

Las cláusulas de “Representations and Warranties”, o Declaraciones y Garantías, tienen un su origen en el derecho anglosajón, en el que se consideraban como cláusulas accesorias a la forma del contrato principal. Ellas adquirieron el carácter de vinculantes con ocasión del desarrollo de la doctrina jurisprudencial del *caveat emptor*¹⁴, de la cual el caso más ilustrativo es el famoso “Chandelor v. Lopus”,

¹⁴ En español: “Cuidado por el comprador”.

fallado por la Corte de Asuntos Económicos¹⁵ inglesa en el año de 1887¹⁶. La Corte manifestó que la simple afirmación del vendedor de que la cosa vendida era una piedra bezoar (que era la materia de la controversia), sin garantizar que así lo fuera, no era suficiente para que prosperara la acción. Incluso, dijo la Corte, así el vendedor tuviera conocimiento de que no se trataba de una piedra de tales características, esto no era sustancial; pues todo persona al vender una cosa afirmará que su cosa es buena, o dirá que el caballo que vende es sano, pero si no ha garantizado tal cosa, la acción no prosperará.¹⁷ El resultado fue la creación en el cuerpo del contrato de una “*warranty*”, es decir, de una garantía con la cual nacía una obligación a cargo de quién la constituía. En el derecho inglés, esta teoría fue acogida en el “*English Sale of Goods Act*” de 1893 y en el derecho estadounidense ha sido aceptada por varias jurisdicciones¹⁸.

El derecho estadounidense recogió buena parte de esta tradición contractual y la convirtió en derecho positivo en el Código Uniforme de Comercio – Ventas o “*Uniform Commercial Code-Sales*”, particularmente en el acápite sobre ventas, aplicable en general a transacciones comerciales diferentes a las puramente financieras. Reza así el Código Comercial Uniforme:

“§ 2-313. *Express Warranties by Affirmation, Promise, Description, Sample.*

(...)

(2) *Express warranties by the seller to the immediate buyer are created as follows:*

¹⁵ En Inglaterra a esta Corte se le denomina “*Exchequer of Pleas*” o “*Court of Exchequer*”. Era una de las tres cortes reales de Inglaterra, junto con las llamadas “*Court of King’s Bench*” y la “*Court of Common Pleas*”.

¹⁶ *Court of Exchequer* fallando *Chandelor v. Lopus* (1887) .

¹⁷ “*the bare affirmation that it was a bezar-stone, without warranting it to be so, is no cause of action: and although he knew it to be no bezar-stone, it is not material; for every one in selling his wares will affirm that his wares are good, or the horse which he sells is sound; yet if he does not warrant them to be so, it is no cause of action, and the warranty ought to be made at the same time of the sale*”. Tomado de: William Long. *Warranty I: A Brief History, a Glance Deep into the Common Law*. 2007.

¹⁸ *Sanderson v. Trump Mfg. Co.*, 180 Ind. 197, 102 N. E. 2 (1913); *Naumberg v. Young*, 44 N. J. L. 331, 43 Am. Rep. 380 (1832); *Hurley-Maon Co. v. Stebbins*, 104 Wash. 171, 140 Pac. 381 (1914).

(a) Any affirmation of fact or promise made by the seller which relates to the goods and becomes part of the basis of the bargain creates an express warranty that the goods shall conform to the affirmation or promise.

(...)

(3) It is not necessary to the creation of an express warranty that the seller use formal words such as "warrant" or "guarantee" or that the seller have a specific intention to make a warranty, but an affirmation merely of the value of the goods or a statement purporting to be merely the seller's opinion or commendation of the goods does not create a warranty."

Como salta a la vista, la norma antes citada hace una importante diferenciación entre las afirmaciones que se relacionan con lo vendido, las que constituyen parte de la causa esencial de un contrato, y las simples opiniones del vendedor en relación con el bien vendido, las que no tienen tanta relevancia. Partiendo de lo anterior, la doctrina norteamericana especializada ha señalado que cuando una de las Partes hace una afirmación que conduce en todo o en parte a la celebración de un negocio jurídico, es apenas razonable concluir que dicha parte ha aceptado asumir responsabilidad por la afirmación manifestada¹⁹. De allí se deriva la regla de que la parte manifestante de una representación debe siempre garantizar su veracidad y responder por las consecuencias que se deriven de la falta de ella²⁰. En términos generales, la doctrina ha entendido que *“los “Representations” corresponden a las afirmaciones que formulan las partes acerca de supuestos de hecho para la celebración del contrato, al paso que las “Warranties” constituyen promesas de que los hechos son o serán verdaderos al momento de la celebración o cierre del negocio.”*²¹

¹⁹ *“Now in this case we think that the parties must have intended this statement to be a term of the contract because it is only reasonable to conclude that the party making the statement intended to accept responsibility for it”* P.S. Atiyah, "Law of Contract", Clarendon Law Series p. 180. Cita tomada del Laudo del 5 Mayo de 2005. Corporación Financiera Colombiana S.A. v. Invercolsa S.A en liquidación y otros.

²⁰ *“Where a representation is a contractual term the law imposes strict liability on the party responsible, which means that a party is taken to warrant the truth of a contractual statement”* P.S. Atiyah, Ob cit, P. 401. Cita tomada del Laudo del 5 Mayo de 2005. Corporación Financiera Colombiana S.A. v. Invercolsa S.A en liquidación y otros.

²¹ Laudo del 5 Mayo 2005. Corporación Financiera Colombiana S.A. v. Invercolsa S.A en liquidación y otros.

La cláusula de “*Representations and Warranties*” o Declaraciones y Garantías es cada vez más usual en los contratos que se celebran en Colombia. Por esa razón, existe ya un amplio desarrollo jurisprudencial, principalmente arbitral, que ha reconocido su validez y alcance, partiendo de la premisa de que ellas no son más que un resultado de la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad privada. La jurisprudencia arbitral ha sostenido que su incumplimiento puede dar lugar a los perjuicios que se ocasionen, según las partes lo hayan acordado o garantizado; así, por ejemplo, en un laudo del año 2005 un Tribunal convocado para dirimir unas controversias entre la Corporación Financiera Colombiana S.A. e Invercolsa S.A en liquidación y otros, se manifestó: “...para hacer relevante la cláusula de “*Representations and Warranties*”, las partes convienen que los perjuicios derivados de su incumplimiento deben ser indemnizados de conformidad con la garantía convenida o la cláusula de indemnidad estipulada. Así, por ejemplo, para que el comprador en este tipo de negocios quede garantizado frente al incumplimiento de la declaración del vendedor (“*representation*”) acerca de que el balance de la empresa a una fecha cierta se ajusta integralmente a los principios y normas de contabilidad, se conviene que cualquier inexactitud al respecto y que cause un deterioro patrimonial al comprador, como por ejemplo, por la inexistencia de activos, la misma será cubierta por la garantía del contrato”²².

En igual forma, en un Laudo del año 2006, proferido por un Tribunal de Arbitramento disputado entre Bancolombia y Jaime Gilinski Bacal, los árbitros sostuvieron que “las anteriores “*declaraciones y garantías*” se traducen, en el marco de lo pactado para eventos de su desatención, en el régimen indemnizatorio de que da cuenta la cláusula novena del mismo contrato, en virtud de la cual “Los promitentes vendedores se obligan a indemnizar al promitente comprador por los conceptos que se establecen a continuación”, conceptos que

²² Laudo del 5 Mayo de 2005. Corporación Financiera Colombiana S.A. v. Invercolsa S.A en liquidación y otros.

incluyen una previsión genérica por razón de “Inexactitudes” respecto de tales “declaraciones y garantías” (ord. 9.1), y desarrollos específicos en cuanto a “Pasivos ocultos” (ord. 9.2), “Impuestos” (ord. 9.3), “Cartera” (ord. 9.4) y “Otros activos” (ord. 9.5). La indemnidad convenida habría de hacerse efectiva conforme a los “Procedimientos” para ese propósito estipulados (ord. 9.7), y dentro de los límites cuantitativos y temporales también definidos por los contratantes (ord. 9.8).”²³

En el derecho colombiano, el régimen de las “declaraciones y garantías” es de corte eminentemente convencional²⁴, pues no existe una norma positiva dentro del ordenamiento que las regule directamente. No obstante, existen en nuestros códigos varias disposiciones que les sirven de fundamento, como son, principalmente, el artículo 1602 del Código Civil, que dispone que el contrato válidamente celebrado “*es una ley para los contratantes*”, o el 1603 del mismo estatuto, del cual se desprende que los derechos y obligaciones nacidos de un contrato se radican, como regla general, en la esfera patrimonial de quienes intervienen como parte en su celebración, en la medida en que los contratos 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 la ley pertenecen a ella*”²⁵, o el artículo 871 del Código de Comercio, en el que se reiteran los principio anteriores y se dice que los contratos obligan “*no solo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.*”

En ese sentido, el Tribunal considera que las declaraciones y garantías tienen una connotación particular dentro del derecho colombiano de las obligaciones pues, vistas de manera aislada, estas no comportan un vínculo jurídico obligacional propiamente dicho que implique por sí solo una prestación de dar, hacer o no

²³ Laudo del 30 Marzo de 2006. Bancolombia S.A. v. Jaime Gilinski Bacal.

²⁴ Concordante con: Código Civil - Artículo 1602. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

²⁵ Laudo de julio 5 de 2005. Sebastián Quintero Ardila v. Colsanitas

hacer. Ellas son, como en su momento lo sostuvo la doctrina estadounidense mencionada, estipulaciones accesorias a las obligaciones principales, que se relacionan con y son consecuencia del deber precontractual de información y constituyen como tal, manifestaciones o compromisos de quien efectúa las declaraciones y garantías sobre hechos cuya veracidad puede ser elemento esencial o causa determinante de un negocio. Sin embargo, aún a pesar de ser accesorias, en tanto son fundamento de las obligaciones principales consagradas en el contrato, su incumplimiento puede entenderse como un incumplimiento del mismo y un desconocimiento de las causas que llevaron a su celebración, que da lugar a generar las consecuencias jurídicas derivadas de cualquier incumplimiento contractual.

Las declaraciones y garantías también están relacionadas con el consentimiento y pueden ser elementos fundamentales para el mismo; por ello, una inexactitud o una falsedad en ellas puede dar lugar a que se presente un vicio del consentimiento en cabeza de la parte afectada por tal inexactitud o falsedad. No sobra recordar que nuestro ordenamiento positivo exige que la manifestación de voluntad de quien contrata sea consciente y libre, esto es, que no esté afectada por irregularidades de aquellas que genéricamente son denominadas en la ley y en la doctrina como vicios del consentimiento, conceptos estos que fueron precisados por la Corte Constitucional cuando explicó: *“La fuerza o violencia es la presión física o moral que se ejerce sobre una persona para obtener su consentimiento, la cual infunde miedo o temor en la misma. El dolo es toda especie de artificio para engañar a otro sujeto del negocio jurídico y que induce o provoca un error en él. El error, por su parte, consiste en la falta de correspondencia entre la representación mental del sujeto y la realidad, es decir, en el conocimiento no verdadero o falso de la realidad. Se distingue de la ignorancia, en cuanto ésta consiste en la ausencia de conocimiento...”*²⁶ Empero, la ocurrencia de vicios del consentimiento no da necesariamente lugar a incumplimientos contractuales propiamente dichos, sino a la existencia de

²⁶ Sentencia C-993 de 2006 M.P.: Jaime Araujo Rentería

nulidades relativas que, como cualquier nulidad relativa, debe ser alegada por las partes (artículo 1743 del Código Civil).

En ninguna etapa del proceso los demandantes han solicitado a este Tribunal declarar la nulidad relativa del contrato como consecuencia de un vicio en el consentimiento producido por error. Por el contrario, la controversia que ellos han planteado al Tribunal es una típica controversia fundamentada en un incumplimiento del Contrato de Venta de Acciones, tal como se deriva de las pretensiones formuladas y de lo dicho en los alegatos de conclusión de los convocantes: “[l]a acción instaurada a través de este proceso es de responsabilidad contractual, como se advierte fácilmente de las pretensiones de la demanda. Es bien conocido que los presupuestos de la responsabilidad contractual son tres: la existencia de un contrato válido, el incumplimiento de una o varias obligaciones originadas en tal contrato y el perjuicio derivado del incumplimiento”.

En razón de la acción instaurada por el demandante, a este Tribunal le corresponde determinar el efecto jurídico que tiene la manifestación de unas declaraciones y garantías, y en caso de que estas hayan faltado a la verdad, si esta situación podría resultar en un incumplimiento susceptible de generar una indemnización de perjuicios. Para tal efecto es necesario partir de lo pactado por las Partes en el Contrato de Compraventa de Acciones suscrito entre ellas, en el que estipularon lo siguiente:

“5.1. Declaraciones y Garantías de los Vendedores

LOS VENDEDORES reconocen expresamente que LOS COMPRADORES adquieren las Acciones de la Sociedad en atención a todas las declaraciones y garantías realizadas por LOS VENDEDORES y que se encuentran incluidas en el Anexo I, el cual forma parte del presente Contrato (en adelante las “Declaraciones y Garantías”). Las Declaraciones y Garantías constituyen un elemento esencial del Contrato, y causa determinante para su celebración”.

De la simple lectura de la cláusula transcrita se desprende que las Partes ataron la responsabilidad de los vendedores a la veracidad de las Declaraciones y Garantías expresadas en el Anexo 1, de tal forma en que si alguna de estas manifestaciones contuviera una exactitud, incorrección, falta de veracidad o incumplimiento, la parte incumplida tendría que responder por los daños y perjuicios ocasionados. En ese sentido, en la cláusula 6.1. del Contrato, ellas convinieron que:

“6.1. Responsabilidad de los Vendedores y de los Compradores por las Declaraciones y las Garantías

LOS VENDEDORES son responsables frente a LOS COMPRADORES de las Declaraciones y Garantías a las que se refiere el Capítulo Quinto anterior, en relación con la sociedad TRC, así como de los demás compromisos y obligaciones asumidos por virtud de este Contrato, y se obligan, sin perjuicio de cualesquiera otros derechos o acciones de LOS COMPRADORES derivados de la Ley o del presente Contrato, a indemnizar o mantener indemne a LOS COMPRADORES, de conformidad con lo dispuesto en el Capítulo Séptimo, frente a cualesquiera gastos (inclusive costas judiciales y razonables honorarios de abogados), daños y perjuicios sufridos por LOS COMPRADORES o por la Sociedad TRC, que tengan por causa circunstancias que constituyan una inexactitud, incorrección, falta de veracidad o incumplimiento de cualquiera de las Declaraciones y Garantías.”

Salta a la vista que las Partes expresamente pactaron que cualquier perjuicio derivado de una inexactitud, falta de veracidad o incumplimiento de las declaraciones y garantías estipuladas en el mencionado Anexo daría lugar a “*indemnizar o mantener indemne*” a la Parte afectada, lo cual, en palabras de las Partes, implicaba el pago de cualesquiera gastos, daños o perjuicio sufridos por dicha Parte afectada que tuviera su origen en tales inexactitudes, faltas de veracidad o incumplimiento.

A lo largo del proceso quedó demostrado que las declaraciones y garantías expresadas por los Vendedores en el Anexo 1 del Contrato de Compraventa de Acciones no eran ciertas en lo atinente a estados financieros en general, y particularmente en lo concerniente a ciertos activos y pasivos de TRC a 30 de junio de 2007. Tales inexactitudes se refirieron específicamente a las cuentas (i) Clientes – Clientes Nacionales, en la que había inexactitudes por valor de \$318.015.309.00, (ii) Anticipo Llantas, en la que había inexactitudes por valor de \$6.677.399.00, (iii) Anticipos Combustibles, en la que se presentaron inexactitudes por \$11.797.273.00, (iv) Anticipo Transportadores, en la que existieron inexactitudes por \$61.940.000.00, (v) Anticipo Terceros, en el que las inexactitudes ascendieron a \$ \$24.677.588, (vi) Reclamaciones de Seguros y Reclamaciones de Seguros a Transportadores, en las que las inexactitudes fueron de \$30.000.000 y \$19.556.374.00, respectivamente, (vii) Cuentas por Cobrar a Terceros, en las que las inexactitudes ascendieron a \$46.012.080.00, (viii) Transportes Fletes y Acarreos, en la que la inexactitud fue de \$322.836.275.00 e (ix) Ingresos para Terceros, en la que la inexactitud fue de \$7.590.249.00., todo lo cual asciende a un gran total de inexactitudes por \$849.102.547.00 por dichas cuentas. De ese total, \$518.676.023 corresponden a cuentas del activo, y \$330.426.524 a cuentas del pasivo. Dentro de la misma línea, en el proceso quedó demostrado que existieron otras inexactitudes por valor total de \$75.192.055 que fueron motivo de una reclamación previa presentada por los demandantes a los demandados con fecha del 23 de septiembre de 2009, la cual no fue atendida por los demandados.

La existencia de las inexactitudes antes mencionadas se desprende del experticio elaborado por la firma de auditoría Luis A. Boada y Compañía, aportado por la parte demandante, que obra a folios 50 a 142 del Cuaderno No. 1, del testimonio rendidos por la testigo Gloria Inés Santana González, que obra a folios 56 a 65 del Cuaderno de Pruebas No. 3, de los documentos aportados en desarrollo de la exhibición ordenada por el Tribunal (folios 118 a 209 cuaderno de pruebas no 3) y de varias de las respuestas dadas por el perito en el dictamen pericial y sus aclaraciones (cuaderno de pruebas No 2 folios 1 a 34 y 50 a 101).

En lo atinente a éste último punto, el Tribunal considera importante poner de presente algunas de las respuestas más representativas obtenidas durante la práctica de la prueba pericial. Así, por ejemplo, al analizar las cuentas de anticipos, reclamaciones y deudores varios (cuentas 1330, 1360, y 1380) el perito expresó:

“a. Se presentan inconsistencias en los saldos finales al cierre del 31 de diciembre de 2006 (fecha base para determinar el saldo final al 30 de junio de 2007), en vista de que hay valores negativos en los saldos de algunos de los terceros que conforman las cuentas analizadas.

Esta situación no es normal y va en contra de lo establecido en los principios de contabilidad generalmente aceptados en Colombia, ya que los saldos evidenciados son de naturaleza contraria a la clase de cuenta que representan (activos).

(...)

Con base en esta información, se puede determinar que los saldos al cierre del 30 de junio de 2007 incluyen información inconsistente proveniente del año 2006, la cual provee seguridad de que se haya reflejado en la contabilidad una adecuada situación financiera de la Compañía, en particular sobre las cuentas en mención” (páginas 12 y 13 del dictamen pericial)

Al analizar las cuentas del pasivo, transporte fletes, acarreos y anticipos recibidos para terceros (cuentas 2335 y 2815), el experto señaló:

“Al igual que con las cuentas del activo, las del pasivo presentan saldos iniciales no regulares (negativos), los cuales afectan la presentación de las cifras al cierre del 30 de junio de 2007.

(...)

La existencia de saldos opuestos a la naturaleza de la cuenta puede ser un hecho accidental y transitorio dentro de la contabilidad, pero no es común y frecuente si la contabilidad se maneja adecuadamente. En el presente caso se observa que los valores contrarios se presentan con frecuencia y son muy significativos.” (páginas 14 y 15 del dictamen pericial).

Para el Tribunal es claro que tales inexactitudes constituyeron incumplimientos de las declaraciones y garantías expresadas en el Contrato y en el Anexo 1 del mismo, incumplimientos que causaron un perjuicio a los compradores, puesto que TRC se vio obligada a ajustar las cuentas mencionadas en los montos antes expresados, ajustes que implicaron reducir los activos de la sociedad en la suma total de \$518.676.023, e incrementar sus pasivos en la suma total de \$330.426.524, lo que generó por estos conceptos un daño a la sociedad, reflejado en los menores activos y mayores pasivos, que sumados ascienden a un total de \$849.102.547. Además de lo anterior, TRC tuvo también que realizar los ajustes derivados de la reclamación por inconsistencias presentadas en septiembre de 2009 por un valor de \$75.192.055, lo que incrementó el valor total de los ajustes o castigos a la suma de \$924.294.602, todo lo cual se demuestra con el ya mencionado testimonio de la Dra. Santana y con las notas contables aportadas en la exhibición de documentos que obra a folios 118 a 209 del cuaderno de pruebas No 3 del expediente. Todo este perjuicio es indemnizable a la luz de lo convenido por las Partes en la Cláusula 6.1 del Contrato de Compraventa de Acciones y, en consecuencia, los vendedores deberían pagar dicho valor a los Compradores a título de indemnización de perjuicios derivada del incumplimiento de las obligaciones a su cargo consagradas en el Contrato y en el Anexo 1 del mismo.

6.4.2. Las Cláusulas Limitativas de Responsabilidad.

La ley prevé la posibilidad de que las Partes modifiquen los criterios de determinación de responsabilidad establecidos en el artículo 1616 del Código Civil y que estas establezcan límites cuantitativos a la responsabilidad contractual que

a ellas correspondería. Así lo ha reconocido la jurisprudencia nacional desde hace tiempo. En cuanto a lo primero, es decir, a la posibilidad de que las partes modifiquen los criterios de responsabilidad establecidos en el Código Civil, la Corte Constitucional fue muy clara al sostener que *“en el marco de la autonomía de la voluntad que rige las relaciones contractuales, los contratantes pueden acoger o modificar en las estipulaciones los parámetros de responsabilidad previstos en el artículo 1616. Así lo prevé su inciso final: “Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas”. Con fundamento en esta cláusula los contratantes pueden prever una intensificación o reducción de los estándares de responsabilidad del deudor, toda vez que la norma protege intereses privados”*²⁷; en cuanto a lo segundo, es decir, a la posibilidad de que las partes limiten cuantitativamente los perjuicios indemnizables, la Corte Suprema de Justicia, al estudiar una cláusula limitativa de la responsabilidad pactada por una empresa dedicada a la prestación de servicios de seguridad manifestó que *“[d]e los textos anteriores se deduce que, tal como lo afirma el recurrente, la compañía de vigilancia demandada y la Sociedad Tracey y Cía. S.A. expresamente pactaron una limitación cuantitativa para los casos en que por responsabilidad legal atribuida a los vigilantes empleados por la sociedad contratista se presentara un hurto, como el que sucedió; acuerdo de voluntades que liga a las partes contratantes, por cuanto así está estipulado en el cuerpo del contrato suscrito entre ellas y que por serlo resulta ser la ley que rige la relación contractual que con él se originó.”*²⁸

En el caso que nos ocupa, las Partes incorporaron al Contrato unas cláusulas que tenían como objeto limitar la responsabilidad de los Vendedores en ciertos eventos. Dicen así las estipulaciones mencionadas:

“6.1.1 En cualquier caso de perjuicio causado directamente a LOS COMPRADORES, la indemnización ascenderá al 100% del gasto, daño o

²⁷ Sentencia C-1008/10, M.P. Dr. Luís Ernesto Vargas Silva.

perjuicio causado. En el evento en que el gasto o perjuicio sea causado a la Sociedad TRC, los vendedores reconocerán como indemnización a favor de LOS COMPRADORES el 100% del respectivo gasto daño o perjuicio.

Se entenderán como perjuicios causados directamente a LOS COMPRADORES los siguientes:

- *Los derivados de una inexactitud, incorrección, falta de veracidad o incumplimiento de las Declaración y Garantías referentes a la capacidad, titularidad, inexistencia de cargas o gravámenes o derechos de terceros que afecten a las Acciones.*
- *Los supuestos en que exista una reclamación de terceros dirigida contra el Comprador que traiga causa de una inexactitud, incorrección, falta de veracidad o incumplimiento de las Declaración y Garantías.*

En sentido contrario, toda reclamación de terceros dirigida contra la Sociedad TRC o todo daño, perjuicio o gasto sufrido por la Sociedad en razón de lo pactado en el apartado 6.1.1. no tendrá la consideración de daños directos de LOS COMPRADORES.

En cualquier caso, el límite máximo de indemnización que pagarán LOS VENDEDORES a LOS COMPRADORES es la suma de quinientos millones de pesos (\$500.000.000,00) cuyo pago será garantizado a través de un pagaré con fecha de vencimiento en blanco y con carta de instrucciones, que expedirá el Vendedor JAIRO GUTIÉRREZ a favor del Comprador, Balcin el cual será devuelto al Vendedor, una vez haya transcurrido el

²⁸ Corte Suprema De Justicia, Sala De Casación Civil, Magistrado Ponente: Manuel Ardila Velásquez, Bogotá,

término de prescripción de las acciones legales que pudieren iniciarse por terceros o empleados en contra de TRC o de LOS COMPRADORES, con causa en hechos o conductas anteriores a la fecha del presente contrato.”

Dentro de la misma línea anterior, en la cláusula 6.6 de Contrato de Compraventa de Acciones las partes acordaron:

“6.6. Limitación de la responsabilidad de los Vendedores

La obligación indemnizatoria derivada de la inexactitud, falta de veracidad, incorrección y/o incumplimiento de las Declaraciones y Garantías (i) referidas a capacidad, titularidad, inexistencia de cargas o gravámenes u otros derechos relativos a las Acciones, o (ii) relacionadas con los propios Vendedores, en su calidad de socios, trabajadores o prestadores de servicios, o con los familiares de LOS VENDEDORES o entidades en las que tenga cualquier tipo de interés, directo o indirecto, no estará sujeta a limitación alguna. La responsabilidad máxima de LOS VENDEDORES derivada de la inexactitud, falta de veracidad, incorrección y/o incumplimiento de las restantes Declaraciones y Garantías no será superior al monto total y conjunto de quinientos millones de pesos (\$500.000.000,00)”

Del texto de las cláusulas transcritas se desprende sin duda que al menos en lo atinente a perjuicios derivados de inexactitudes, falta de veracidad, incorrecciones o incumplimientos en materia de declaraciones y garantías diferentes a las relacionadas en los numerales (i) y (ii) de la cláusula 6.6, las Partes optaron por limitar la eventual responsabilidad de los vendedores a un máximo de Quinientos Millones de Pesos (\$500.000.000). Ello se observa claramente en la regla general consagrada en el inciso tercero de la cláusula 6.1.1, en la que se establece que *“En cualquier caso, el límite máximo de indemnización que pagarán LOS*

D. C., Sentencia del veinticinco (25) de agosto de dos mil (2000).

VENDEDORES a LOS COMPRADORES es la suma de quinientos millones de pesos (\$500.000.000,00)”, así como de lo dispuesto en la frase final de la cláusula 6.6, en la que las Partes convinieron expresamente que: La responsabilidad máxima de LOS VENDEDORES derivada de la inexactitud, falta de veracidad, incorrección y/o incumplimiento de las restantes Declaraciones y Garantías no será superior al monto total y conjunto de quinientos millones de pesos (\$500.000.000,00)”.

Los demandantes han sostenido que la limitación consagrada en los artículos mencionados no es aplicable en el caso analizado. A su juicio, las inconsistencias que se encontraron en la contabilidad de TRC son de tal magnitud y relevancia, que indican la presencia de dolo en la actuación de los demandados. Consideran que aquí procede aplicar lo dispuesto en el Artículo 1522 del Código Civil, según el cual la condonación del dolo futuro no vale, motivo por el cual – según ellos - se ha de entender que en tanto existió dolo de parte de los vendedores, no es dable aplicar la limitación consagrada en las cláusulas 6.1.1 y 6.6 antes mencionadas, pues en tal evento se estaría condonando un dolo futuro.

El artículo 63 del Código Civil define el dolo como *“...la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.”* La Corte Suprema de Justicia ha señalado que *“[l]as voces utilizadas por la ley (Art. 63 C.C.) para definir el dolo concuerdan con la noción doctrinaria que lo sitúa y destaca en cualquier pretensión de alcanzar un resultado contrario al derecho, caracterizada por la conciencia de quebrantar una obligación o de vulnerar un interés jurídico ajeno; el dolo se constituye pues, por la intención maliciosa, al paso que la culpa, según el mismo precepto y la concepción universal acerca de ella, se configura sobre la falta de diligencia o de cuidado, la imprevisión, la negligencia, la imprudencia.”*²⁹

La legislación y la jurisprudencia señalan, como regla general, que de comprobarse dolo por parte del deudor, este deberá responder por todos los

²⁹ Corte Suprema de Justicia, T. LXVI, pag.356

perjuicios derivados de su incumplimiento, independientemente de que se hayan previsto los perjuicios al momento de la celebración del contrato. Sin embargo, el artículo 1516 del Código Civil señala también, en forma por demás perentoria, que *“El dolo no se presume sino en los casos especialmente previstos por la ley. En los demás debe probarse.”*

Del acervo probatorio que reposa en el expediente, este Tribunal no puede concluir con certeza que los vendedores demandados hayan actuado con dolo. Por el contrario, el Tribunal considera que el hecho de que éstos hubieran aceptado la realización de un proceso de Debida Diligencia previo a la venta de las acciones de TRC, independientemente de que se trate de una práctica común en este tipo de negociaciones, pone de presente la voluntad de colaboración y apertura de los vendedores, aún en presencia de falencias en sus procedimientos y prácticas contables. A juicio del Tribunal la sola existencia del proceso mencionado descarta el dolo, pues considera que en este caso no podría hablarse de la existencia de una intención maliciosa de engañar o de entregar información inexacta, menos aún cuando del contenido del *due diligence* se desprende que en él se identificaron muchas de las irregularidades en la contabilidad de TRC que dieron lugar a las inconsistencias en las declaraciones y garantías y, posteriormente, a los castigos realizados.

Por ello el Tribunal considera que la aplicación de las limitaciones cuantitativas de responsabilidad que se derivan de las cláusulas 6.1.1 y 6.6. no implican en el caso *sub judice* una condonación de dolo futuro, sino apenas una restricción anticipada de los perjuicios previsibles convenida por las dos Partes. Dentro de la misma línea, el Tribunal considera que el hecho de que en la cláusula 6.3 del Contrato se haya manifestado que los derechos de los compradores *“no resultarán afectados”* por las investigaciones o por el *due diligence* hecho por ellos mismos o que dichas investigación o *due diligence* no afectarían el *“...derecho de los Compradores a ser indemnizados”*, no tiene incidencia sobre el análisis expresado, puesto que la existencia de una limitación cuantitativa de la

responsabilidad que se origina en un acuerdo de voluntades no implica, precisamente por tener su origen en un acuerdo de voluntades sobre derechos patrimoniales renunciables, un desconocimiento o afectación de los derechos de una de ellas.

6.4.3. Pretensión Segunda y Aplicación de la Limitación de Perjuicios

Como se explicó en aparte anterior de este laudo, los perjuicios ocasionados a los compradores por cuenta de los castigos a los estados financieros de TRC ascendieron a la suma total de \$924.294.602, castigos que se concretaron mediante el ajuste de diferentes cuentas del activo y el pasivo, cada una de distinto valor, todas las cuales sumaron la cantidad antes mencionada (\$924.294.602), tal como consta en los documentos aportados en desarrollo de la exhibición decretada por el Tribunal que obran a folios 118 a 203 del cuaderno 3 de pruebas . Por tal motivo, el Tribunal tendría que condenar a los vendedores al pago de ésta última suma, por cuenta, precisamente, de los perjuicios derivados de la inexactitud, falta de veracidad, incorrección e incumplimientos de las declaraciones y garantías en lo atinente a los estados financieros. Empero, como acaba de explicarse, en la Cláusula 6.6. las Partes estipularon que “[/]a responsabilidad máxima de LOS VENDEDORES derivada de la inexactitud, falta de veracidad, incorrección y/o incumplimiento de las restantes Declaraciones y Garantías no será superior al monto total y conjunto de quinientos millones de pesos (\$500.000.000,00)”.

En tales condiciones, teniendo en cuenta que las Partes optaron libremente por limitar el monto de la responsabilidad de los vendedores derivada de las inexactitudes en las declaraciones y garantías en casos como el que es materia de análisis, el Tribunal no condenará a los vendedores al pago de la suma de \$924.294.602, sino a pagar la suma máxima establecida en la cláusula 6.6 del Contrato de Compraventa de Acciones. De igual manera, teniendo en cuenta que las Partes convinieron que la responsabilidad máxima no sería superior a un

monto “*total y conjunto*” de quinientos millones de pesos, el Tribunal considera que no es del caso condenar al pago de perjuicios de la manera como lo solicitan los demandantes en su segunda pretensión, es decir, tasándolos cuenta por cuenta, “...*teniendo en cuenta de una parte el valor en el que ha debido ajustarse la contabilidad de TRC por cuenta de los desfases encontrados en sus estados financieros y, de la otra, los valores reclamados y no atendidos por los vendedores, según se relaciona a continuación...*”, sino procede condenar de manera total y conjunta al pago de quinientos millones de pesos (\$500.000.000), los que incluyen los perjuicios causados por las inexactitudes en todas las cuentas relacionadas por los demandantes en su segunda pretensión y por los castigos que TRC tuvo que hacer en todas ellas.

6.5. Manifestación sobre las excepciones de fondo:

Procede el Tribunal a realizar su pronunciamiento sobre las excepciones de mérito planteadas en el proceso, así:

6.5.1. Respecto de la excepción nominada “*Doctrina de los actos propios por violación al principio de buena fe*”

La regla según la cual “Nadie puede cambiar su designio o conducta anterior en perjuicio de otro” está fundada en la buena fe e impone un deber jurídico de respeto y sometimiento a una situación jurídica creada anteriormente por la conducta del mismo sujeto, evitando así la agresión a un interés ajeno y el daño consiguiente. “*A nadie es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta, cuando esa conducta, interpretada objetivamente según la ley, las buenas costumbres o la buena fe, justifica la conclusión de que no hará valer el derecho, o cuando el ejercicio posterior choque contra la ley, las buenas costumbres o la buena fe*”³⁰.

³⁰ Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp y Martin Wolf, “Tratado de derecho civil”, Barcelona, Bosch, 1950, pág. 495.

A quien se comporta, intencionalmente o no, de modo tal que una persona razonable pueda suponer que un determinado estado de cosas existe y obra sobre la base de dicha deducción, le está cerrada la posibilidad de negarlo. O mejor: *“pues no concilia con la buena fe que uno de los contratantes actúe de forma tal que contraría su conducta precedente, desconociendo los actos o aseveraciones que haya realizado, los silencios u omisiones que hayan hecho creer que actuará de determinada manera, al punto que la contraparte haya adecuado su conducta contando con ello”*³¹. *Venire contra factum proprium* en materia comercial es asumir un comportamiento diferente al asumido en precedencia con respecto del otro contratante. En fin, no concilia con la buena fe que uno de los contratantes actúe de forma tal que contraría su conducta precedente.

El Tribunal desestima esta excepción en la medida en que en esta actuación la doctrina de los actos propios no se configuró porque, en esencia, incluso antes de la demanda que dio inicio al presente trámite los demandantes ya habían puesto de presente algunas inconsistencias y habían realizado reclamaciones, las cuales, algunas de ellas, habían sido atendidas por los demandados. No se ve, además, ningún cambio inopinado de conducta en los demandantes que haya afectado la regla de la buena fe, o una conducta intempestiva o contradictoria que haya afectado la coherencia de comportamiento de los demandantes en desmedro de los demandados.

Si bien hubo cierta pasividad en la verificación de la realidad financiera de la compañía adquirida por los demandantes, ello no comporta la violación de la regla de actuar contra los actos propios (confianza legítima) con el argumento de que como los compradores conocieron de las inconsistencias contables o financieras es contradictorio formular una demanda arbitral con posterioridad a la compraventa de acciones de TRC, acontecida el 27 de julio de 2007.

³¹ Martha Lucía Neme, *Venire contra factum proprium*, en *“Estudios de derecho civil, obligaciones y contratos”*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, t. III, 2003, pág. 32.

Aquí, pues, no se observa que con la celebración del contrato de compraventa de acciones del 27 de julio de 2007, pese a las inconsistencias encontradas, o con la formulación de la presente reclamación, se viole o se desconozca la regla del *venire contra factum proprium no valet*. En otras palabras, no se aprecia que el ejercicio de esta acción resulte contradictorio respecto de una conducta anterior de los demandantes o que de su parte exista una extralimitación en el ejercicio de sus propios derechos.

Por lo anteriormente expuesto, esta excepción no es acogida por el Tribunal.

6.5.2. Respetto de la excepción nominada “excepción de contrato cumplido y/o prescripción de la acción redhibitoria”.

En la contestación de la demanda principal la convocada fundamenta esta excepción de la siguiente manera: hace un recuento de como las partes fijaron precio para después concluir que entre ellas se celebró un contrato de compraventa, “conforme al cual la parte que represento transfirió la totalidad de las acciones sobre la sociedad TRANSPORTES REFRIGERADOS DE COLOMBIA S.A.”. Así las cosas, los vendedores cumplieron con sus obligaciones nacidas de dicho contrato de acuerdo con el artículo 1880 del Código Civil, es decir, cumplió la obligación principal mediante la entrega de los títulos de las acciones y la entrega material de la empresa en el mes de julio de 2007, esto es, “*hace más de tres años*”.

Respetto de la obligación accesoria de salir el vendedor al saneamiento de la cosa vendida señaló: “*Tal como lo determina el legislador, no existe obligación de los vendedores para salir al saneamiento de la venta, por vicios redhibitorios, en virtud del contrato celebrado, si como en efecto ocurre, las diferencias existentes y que hoy reclaman los compradores sobre el balance de compra 2007, los registros contables y el software de la sociedad, fueron plenamente conocidos por los mismos antes de la celebración del contrato*”. Y frente a la prescripción de la

acción agregó: *“De la misma forma, en gracia de discusión, si la parte compradora insiste [...], en que los vendedores incurrieron en inexactitudes, incorrección, falta de veracidad o incumplimientos respecto del contrato celebrado, ha operado por ministerio de la ley [la] prescripción de la acción redhibitoria”* y cita para el efecto el artículo 1923 del Código Civil.

Durante la práctica de las pruebas, la demandada por supuesto dirigió sus esfuerzos a demostrar que los compradores tenían conocimiento de las inconsistencias planteadas en la demanda, pero curiosamente el tema de los vicios redhibitorios no fue referido por ninguno de los testigos y sobre ellos y su prescripción no se menciona nada en los alegatos de conclusión.

La demandante sobre esta excepción manifestó en sus alegatos finales lo que sigue: *“En su propuesta defensiva pasa por alto la Convocada que la presente acción no tiene su origen en un reclamo por la falta de entrega de la cosa ni por una supuesta falta al deber de saneamiento por evicción. La presente acción [...] tiene su fundamento en el frontal incumplimiento de las obligaciones contraídas por los vendedores en el contrato de compraventa celebrado y, particularmente, en el anexo de Declaraciones y Garantías que expresamente las Partes aceptaron tener como ‘elemento esencial del contrato, y causa determinante de su celebración’”*.

En punto de la prescripción indicó: *“En lo que hace referencia a la prescripción de la acción redhibitoria, también comete grave yerro jurídico la parte convocada pues, [...], dicha acción no es la que se ejerce en el presente caso, donde no se pretende ni la rescisión de la compraventa ni la rebaja proporcional del precio, sino una indemnización de perjuicios de tipo compensatorio derivado del incumplimiento contractual de los vendedores”*.

El Tribunal pues destaca pues que la prescripción alegada hace referencia a la acción por vicios redhibitorios la cual en efecto prescribe en seis meses respecto

de las cosas muebles y un año respecto de los bienes raíces de conformidad con el artículo 1923 del Código Civil.

Esta excepción no se declara probada por cuanto quedó demostrado el incumplimiento de la demandada respecto del anexo de las declaraciones y garantías y es claro, además, que la prescripción no opera dado que la acción incoada no es una acción por vicios en la cosa entregada, sino una acción por incumplimiento contractual.

Se recuerda que las partes previeron que *“Las Declaraciones y Garantías constituyen un elemento esencial del contrato, y causa determinante de su celebración”* y cuando existe incumplimiento de un elemento esencial y determinante, la acción no es inevitablemente la redhibitoria, sino la acción por incumplimiento contractual cuyo término de prescripción es el general, esto es, 10 años.

Aquí no se discute que la entrega haya sido defectuosa, sino el incumplimiento de una parte esencial y determinante del acuerdo de 27 de julio de 2007, tal como lo previeron las partes.

Para la Corte Suprema de Justicia la acción redhibitoria es diversa de la de los vicios del consentimiento acerca del objeto, de la resolución del contrato, de la de garantía de buen funcionamiento y de la de garantía mínima presunta derivada de las relaciones de consumo. La acción redhibitoria o *quantum minoris* exige un contrato existente y válido y la revelación de vicios o defectos de la cosa vendida con posterioridad a su entrega; pero además para la Corte dicha acción no excluye la acción de resolución por incumplimiento: *“Desde luego, la preexistencia de los vicios y su conocimiento posterior a la entrega por el comprador, comporta un incumplimiento de la obligación de entregar la cosa sana y completa, cuya consecuencia es el saneamiento redhibitorio, o sea, la resolución o la reducción del precio y, en su caso, con indemnización de perjuicios, pero si el vicio o defecto*

*es de tal magnitud, gravedad e importancia que inutilice absolutamente la cosa según su destinación funcional, natural o negocial, estrictu sensu, asimilase “naturalísticamente en realidad a una falta total de entrega” dando paso a la acción resolutoria general*³².

En este caso en donde ha habido un incumplimiento de un elemento o parte esencial y determinante del vínculo, por supuesto la acción es la de incumplimiento contractual (y no redhibitoria) y su régimen de prescripción es el ordinario, esto es, de diez años, contados a partir del momento de su celebración.

Las anteriores razones llevan al Tribunal a no acoger esta excepción.

6.5.3. Respetto de la excepción nominada “ausencia del perjuicio reclamado”.

La demandada arguye como sustento de esta excepción que *“está demostrado el cumplimiento de las obligaciones nacidas de la relación contractual, por parte de mis representados, razón por la cual la pretensión de reparación e indemnización contenida en la demanda está llamada a no prosperar. [...] La afirmación contenida en la demanda de que se tomó la decisión de castigar la contabilidad de TRC en suma de \$849.102.547 y castigar la suma de \$75.192.055 correspondientes a los valores reclamados y no atendidos, para un valor de \$924.294.602, como consecuencia de las inexactitudes y alteraciones que aparecían en los estados financieros de TRC con corte a 30 de junio de 2007 y que fueron detectadas por Luis A. Boada y Cia, falta a la verdad y demuestra que si hay dolo, el mismo sólo puede predicarse de la parte demandante, ya que el costo de oportunidad para reclamar o castigar el precio de la compra, si realmente este hubiese sido el interés de los compradores, frente a los hallazgos encontrados, no es después de tres (3) años de celebrado el contrato sino al momento de la celebración del mismo, ya que las diferencias que hoy reclaman los compradores, ya existían, tal como se acredita con la presente contestación”*.

³² Ibidem, p. 27. En igual sentido, casación civil, sentencia de 14 de enero de 2005, exp. 7524.

Cuestiona además el hecho de que se haya castigado la cartera y que no se haya aportado prueba de la gestión para el cobro de la misma.

Ante lo afirmado en la excepción, el demandante sostiene que *“contiene una expresa confesión de la parte que representa, en cuanto reconoce como existentes para el momento de la compraventa las diferencias en la contabilidad que se reclaman a través del presente proceso. Se equivoca en cambio al pretender deducir la extinción del derecho a reclamar los valores a los que ascienden tales diferencias, por cuenta del transcurso del tiempo, prescripción que no puede predicarse frente a la acción indemnizatoria derivada del incumplimiento del contrato celebrado entre las partes”*.

Y en punto de la cartera castigada sostuvo: *“la cartera que fue materia de la recomendación de castigo por parte de la firma Luis A. Boada y Cia llegó a su obsolescencia antes de la toma de administración por parte de los compradores. [...] cada una de las cuentas que fueron consideradas como incobrables ya tenían esa condición para la época de la negociación, lo que implica que ninguna responsabilidad de gestión puede serle atribuida a los compradores, ni ninguna relación existe frente al debate inane que nos propone la Convocada sobre la imaginaria culpa de los Convocantes en la inexistencia de soportes”*.

En el contrato de compraventa de acciones las partes ante la posibilidad de inexactitudes, inconsistencias o desfases contables previeron lo que sigue:

5.1. “LOS VENDEDORES reconocen expresamente que LOS COMPRADORES adquieren las Acciones de la Sociedad en atención a todas las declaraciones y garantías realizadas por LOS VENDEDORES y que se encuentran incluidas en el Anexo I, el cual forma parte del presente Contrato (en adelante, las “Declaraciones y Garantías”). Las Declaraciones y Garantías constituyen un elemento esencial del Contrato, y causa determinante de su celebración.”

Frente a la confesión sobre la existencia de las inexactitudes, el Tribunal se pregunta, además, ¿por qué las partes prefiguraron en su reglamento contractual como elemento sustancial y determinante el capítulo de las declaraciones y garantías?

No pueden, entonces, los demandados eludir su responsabilidad con el argumento de que a pesar de la existencia de desfases e inexactitudes en la situación financiera de TRC, estas ya eran conocidas por los compradores y, por lo tanto, no existiría ningún perjuicio. El tribunal insiste entonces ¿por qué se acordó la cláusula transcrita? Algún efecto tenía que tener y por supuesto que lo tiene en este proceso.

Ahora bien está probado el perjuicio fruto de los castigos que hubo de realizar la nueva administración ante la comprobación de las inexactitudes³³. Obra en el proceso el estudio de Luis Boada y Cia, intitulado “contrato de auditoría de cuentas, Informe final” de septiembre de 2009, en donde se recomendó castigar las cuentas expuestas en la demanda principal³⁴. Dicho estudio fue puesto a consideración por el Tribunal para que fuese ejercido el respectivo derecho de contradicción en audiencia a propósito³⁵.

La señora Piedad Mercedes Rodríguez de Bernal, Gerente de Auditoría de la firma Luis A Boada y Cia, en su versión afirmó lo que sigue:

³³ A folios 166 del cuaderno de Pruebas No 3 y siguientes del libro auxiliar de contabilidad de TRC se observan las cuentas objeto del castigo producto de las inexactitudes encontradas en la contabilidad. Dichos castigos, en efecto, superan la suma de quinientos millones de pesos. Así por ejemplo, en el folio 166 se observa las cuentas para las aseguradoras por un valor de \$30.000.000 y a folio 167 se encuentra la cuenta a Jairo Andrés Gutiérrez Robayo, por un valor de \$570.239.755,40.

³⁴ Sobre la recomendación del castigo en las cuentas revisadas véanse, entre otros, folios: 89, 91, 93, pero en especial folios 113, 114 y 115 Cuaderno de Pruebas No 1.

³⁵ Folios 91 a 98 del Cuaderno de Pruebas No. 3.

DR. GAMBOA: En ese informe de auditoría la conclusión final a la cual llega es que deben producirse unos castigos, se recomiendan unos ajustes en cuantía de \$422 millones aproximadamente, ¿conoce usted cuál es el fundamento de eso?

SRA. DE BERNAL: Un poco la historia de ese trabajo es que fue un trabajo supremamente arduo, pero lo que se dice aquí fue lo que se vio, se encontró, se revisó y con base en lo que se hizo, se revisó, se verificó con documentos y con soportes, el objetivo de una auditoría es llegar a unos resultados ya sean positivos o negativos, en este caso fueron muy negativos porque los ajustes que se presentan aquí fueron objeto de una revisión bastante exhaustiva para poder estar nosotros seguros de que lo que se está diciendo aquí es real, tuvimos que hacer un trabajo muy exhaustivo y para concluir esto, en los ajustes que se plantean aquí es porque estamos seguros de que son, no fue posible conseguir los soportes para justificar esas cifras que estaban en esas cuentas y por eso se plantearon esos ajustes³⁶.

Y frente a la cartera sostuvo lo que sigue:

*DRA. JIMÉNEZ: Más adelante en el folio 57 dice que el inventario de documentos también tuvo un inconveniente, dijo, “**al iniciar el trabajo de auditoría se observó que no existía un archivo organizado completo y confiable para llevar a cabo nuestra labor**”, ¿qué significa que un archivo no es organizado completo y confiable para hacer un trabajo de auditoría?*

SRA. DE BERNAL: Significa que pueden faltar algunos documentos entonces no es confiable.

DRA. JIMÉNEZ: ¿No es confiable el trabajo de auditoría?

SRA. DE BERNAL: No, no es confiable el archivo.

DRA. JIMÉNEZ: ¿Cómo se solventa esta situación presentada en el archivo para que la auditoría pueda llegar a estas conclusiones?

SRA. DE BERNAL: Lo que está en el informe fue lo que se pudo verificar, mirar, documentar, ver soportes, eso fue lo que se pudo hacer y es lo que aparece en el informe, los resultados del informe.

DRA. JIMÉNEZ: ¿La recomendación que hace Luís A Boada con respecto al castigo de cartera es por qué razón?

SRA. DE BERNAL: La mayoría de los casos es porque no se encontraron soportes, desde el punto de vista contable los saldos de las cuentas deben tener un soporte, si no encuentro los soportes sencillamente para mí no existe ese saldo

³⁶ Revés del folio 92, cuaderno de pruebas No. 3.

*porque no puedo verificar ese saldo con un soporte que ese puede ser una factura, un contrato*³⁷.

En la versión de la señora Gloria Inés Santana González, contadora de Colfrigos S.A., ante la pregunta del apoderado de la parte demandante de si sabía si había habido castigos como consecuencia de la auditoría practicada por Luis A. Boada y Cia señaló, *“Sí, después, del análisis del informe se decidió castigar definitivamente para no seguir mostrando en los estados financieros esa cuenta sin ninguna provisión, el castigo se hizo en el año 2010”*. Y sobre la cuantía indicó: *“Sí, se hizo de 924 millones el castigo en el estado de resultados de TRC en el 2010”*³⁸.

Posteriormente, la representante de la parte demandada preguntó:

DRA. JIMÉNEZ: Este tema de castigo cartera, como usted ha firmado en el Tribunal, tiene todos los soportes, esto sería posible deducirlo fiscalmente?

SRA. SANTANA: En eso estamos, tratando poder solicitar como deducción ese castigo lo que se pueda y lo que no pues no podemos ante las autoridades tributarias llegar a solicitar una deducción que no vamos a poder soportar y no vamos a poder...

DRA. JIMÉNEZ: Pero como ustedes hicieron toda la gestión seguramente que van a poder.

*SRA. SANTANA: Muchas de las cuentas incobrables no se originaron en los clientes sino fueron anticipos a transportadores, en este caso no es viable deducirlo*³⁹.

Se observa que la apoderada preguntó por los soportes, pero no cuestionó el hecho del castigo. El Tribunal posteriormente preguntó:

DR. CUBIDES: Esa cuenta fue una de las que fueron objeto de castigo?

*SRA. SANTANA: Sí por supuesto, dentro del castigo total están, porque TRC no le puede cobrar a TRC*⁴⁰.

³⁷ Revés del folio 96, *Ibidem*.

³⁸ Revés del folio 58, Cuaderno de pruebas No. 3.

³⁹ Folio 63, *ibidem*.

⁴⁰ Folio 64 *ibidem*.

Y en el dictamen, o mejor, en las aclaraciones al dictamen inicialmente rendido, pese a las dificultades de comprobación que esgrimió el perito se leen, *inter alia*, las siguientes afirmaciones: “*En razón a que no es posible establecer el origen de la cuenta por cobrar de \$238.831.772 a nombre de TRC y no se tienen los documentos soportes que garanticen el recaudo de la misma, sería adecuado castigar los estados financieros con dicho valor*”⁴¹.

“*En razón a que no es posible establecer el origen de la cuenta por cobrar de \$61.250.455 a nombre de TRC y no se tienen los documentos soportes que garanticen el recaudo de la misma, resultaría adecuado castigar los estados financieros con dicho valor*”⁴².

“*En razón a que no es posible establecer el origen de la cuenta por cobrar de \$5.542.127 a nombre de TRC y no se tienen los documentos soportes que garanticen el recaudo de la misma, resultaría prudente castigar los estados financieros con dicho valor*”⁴³.

Frente a la suma de \$75.192.055, relacionadas con “reclamaciones anteriores no atendidas por los vendedores, el perito señaló: “*Alternativamente, la sociedad puede castigar esta cifra en sus estados financieros, si juzga que su recuperación no es probable, y que en consecuencia no existe un derecho contingente que deba figurar en el balance por el mencionado concepto*”⁴⁴.

Ahora bien, no obstante el monto de las inexactitudes encontradas en la contabilidad de TRC, las partes acordaron limitar la responsabilidad para los vendedores en la suma de quinientos millones de pesos (cláusula 6.6 intitulada “Limitación de la responsabilidad de los vendedores”).

El Tribunal de cualquier manera ha negado la existencia de dolo y consideró que había habido cierta pasividad de parte de los compradores en verificar la real

⁴¹ Folio 69 Cuaderno de Pruebas No. 2.

⁴² Folio 64, ibídem.

⁴³ Folio 65, ibídem.

⁴⁴ Folio 79, ibídem.

situación financiera de la empresa, previo al momento de la adquisición (se recuerda aquí que los vendedores prácticamente “abrieron su casa” para que fuera objeto de inspección por los futuros compradores), y por ello no condenará al valor reclamado en la demanda, sino al del límite que las mismas partes prefiguraron en su reglamento contractual.

De modo que este medio exceptivo no se declara probado, pero se aclara que el perjuicio no se deriva del dolo de los vendedores, como lo pretenden los compradores, aquí demandantes.

No está demás agregar el valor probatorio que como experticia ostenta el estudio de Boada⁴⁵, cuya oportunidad de contradicción fue garantizada por el Tribunal, y que conjuntamente con el dictamen pericial y la prueba documental y testimonial con la cual se aprovisionó este litigio, llevan al Tribunal a reconocer el perjuicio ocasionado a los demandantes, pero eso sí, limitado su resarcimiento al límite de indemnización indicado en la parte final de la cláusula transcrita.

6.5.4. Respetto de la excepción nominada “excepción sobre la interpretación del contrato.”

En el contrato de compraventa de acciones de 27 de julio de 2007, en el capítulo sexto sobre indemnizaciones, las partes previeron los efectos de “los procesos previos de investigación de la sociedad llevados a cabo por el comprador”, en la cláusula 6.3, de la siguiente manera:

“Los derechos que confiere a los compradores el presente capítulo no resultarán afectados por ninguna investigación o Due Diligence que hayan llevado a cabo ellos mismos, sus asesores o representantes, ni por el hecho de que los

⁴⁵ Respecto de la experticia elaborada por Luis A Boada y cía., aportada con la demanda arbitral en el auto de pruebas se lee: “Conforme los artículos 183 del Código de Procedimiento Civil, 10º de la ley 446 de 1998 y 116 del la ley 1395 de 2010, se tiene como prueba, con el valor que legalmente le corresponda, la experticia entregada por la parte convocante anexo con el escrito de demanda rendido por la firma LUIS A BOADA Y CIA”.

vendedores tuvieran, o no, conocimiento del hecho o circunstancia que genere el derecho de los compradores a ser indemnizados”.

La parte demandada reclama que el Tribunal deberá aplicar en especial los artículos 1618 y 1624 del Código Civil *“en razón a que la parte demandante fue quien contrató la realización de la debida diligencia, tanto legal como fiscal y tributaria, y fue quien preparó los contratos y determinó el alcance de sus cláusulas y con la demanda pretende restar valor a los hallazgos encontrados y aceptados, en las auditorías realizadas antes y después de la venta”.* En sus alegatos de conclusión nada mencionó o agregó a lo que sostuvo en su contestación de demanda.

La demandante, frente a esta excepción, a más de cuestionar la técnica en la formulación de este medio exceptivo, insistió en el alcance del “due diligence” adelantado por la firma “Grant Thornton Ulloa Garzón”, conocido por los vendedores, y con el cual *“se acreditó que se trató de un examen sobre algunas cuentas, no todas, y que no se pretendió un estudio profundo y detallado de la situación financiera de la empresa, sino simplemente establecer su situación general y particularmente la parte operativa. Precisamente por ser tal el alcance contratado, en dicha auditoría no se evidenció el valor del desfase entre la realidad de la empresa y lo registrado en los estados financieros de la compañía”.* Agregó además que no hay lugar a aplicar el artículo 1624 del Código Civil en la medida en que no hay ninguna estipulación ambigua que deba interpretarse en favor del deudor.

Este medio exceptivo no se encontró probado porque no existe ambigüedad en la cláusula y además porque su inclusión en el contenido contractual no fue el resultado de una imposición unilateral, despótica o abusiva de los compradores a los vendedores.

Para el Tribunal la estipulación de garantías e indemnizaciones con la limitación en que fue acordada, cubre de una parte el descuido del comprador en no mirar con mayor profundidad la realidad contable, económica o financiera de TRC y por parte de los vendedores, la información faltante, inexactitud contable, desfase, o cualquier otra omisión de los vendedores.

El Código Civil, en los artículos 1618, 1620, 1622, 1624, se refiere respectivamente a la interpretación de los contratos, por “*Prevalencia de la intención*”, “*Interpretación Lógica*”, “*Interpretación Sistemática*”, “*Interpretación a favor del deudor*”. Con base en estos criterios, el Tribunal encuentra que la cláusula 6.3 del contrato de compraventa de acciones es válida y, por consiguiente, llamada a desplegar todos sus efectos, de la manera como quedó acordada por las partes.

Así pues, este medio exceptivo no fue acogido por el Tribunal porque no resultó probado.

6.6. La liquidación del perjuicio y su actualización.

Resueltas las pretensiones declarativas y las excepciones a las mismas, y establecido que el contrato de compraventa de acciones de 27 de julio de 2007, celebrado entre las partes, fue incumplido conforme lo pedido y probado, procede el Tribunal a liquidar el perjuicio, así:

6.6.1. La actualización de las sumas pedidas y la constitución en mora del vendedor.

El capítulo séptimo del contrato referido estableció un procedimiento de reclamo y respuesta, con un plazo máximo de 15 días para recibir respuesta de los reclamos, sin estipular en ningún momento un plazo cierto entre las partes para que el comprador constituyera en mora al vendedor.

Según se desprende del texto del contrato, de la demanda y su contestación, en varias ocasiones los compradores requirieron a los vendedores para cubrir las inexactitudes halladas, y los vendedores aceptaron algunas de esas reclamaciones, y se opusieron a otras, siempre dentro del término que fijaba el propio contrato, llegando finalmente a diferencias irreconciliables respecto de la causa y cuantía de las reclamaciones que es precisamente el centro del conflicto que ha originado el presente trámite.

De allí que es claro, que no existía, ni se haya pactado un plazo para la constitución automática en mora del deudor (en este caso el vendedor) ante las reclamaciones del acreedor (comprador).

Como es sabido la constitución de un deudor en mora, tiene un expreso tratamiento en el artículo 1608 del Código Civil cuando expresa:

ARTICULO 1608. MORA DEL DEUDOR. El deudor está en mora:

1o.) Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora.

2o.) Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla.

3o.) En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor. (Subrayado fuera del texto)

La anterior norma se armoniza con el artículo 90 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil cuando expresa:

La notificación del auto admisorio de la demanda en procesos contenciosos de conocimiento produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor, cuando la ley lo exija para tal fin, si no se hubiere efectuado antes.

En consecuencia, la constitución en mora de los aquí convocados se produjo con la notificación en estrados y con expresa manifestación de notificación por parte de la apoderada de los convocados⁴⁶, del auto admisorio de la demanda proferido en la audiencia del 8 de septiembre de 2010.

Es pues a partir de esa fecha, que como consecuencia legal de la mora, se concederán, conforme se ha pedido los máximos intereses moratorios permitidos por la ley, autorizados por el artículo 65 de la Ley 45 de 1990 que reformó el artículo 883 del Código de Comercio, norma según la cual *“en las obligaciones mercantiles de carácter dinerario el deudor estará obligado a pagar intereses en caso de mora y a partir de ella”*, en tasa que, según el artículo 884 del código de Comercio, reformado por el artículo 111 de la ley 510 de 1999 equivale a *“una y media veces el bancario corriente”* cuando las partes no hubieren estipulado interés moratorio, como es aquí en este caso.

Ha quedado establecido que las inexactitudes y castigos hechos a la contabilidad de TRC, superan los 500 millones de pesos, y conforme con la cláusula 7.1 del contrato, la suma máxima a reconocer está limitada por ese techo de 500 millones de pesos, suma que se actualizará desde la fecha de la firma del contrato hasta el día anterior a la notificación del auto admisorio de la demanda, con base en los índices de precios al consumidor.

Sobre la corrección monetaria, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido:

“Incorre, pues, en desacierto la censura, en cuanto en términos absolutos asevera que el pago de obligaciones dinerarias corregidas monetariamente obedece a la necesidad de resarcir un perjuicio y que, subsecuentemente, mientras el deudor no sea constituido en mora no hay lugar a tal reconocimiento, porque ésta –la mora-, es el presupuesto ineludible de toda indemnización. El desatino que al recurrente se le atribuye radica en que, como viene de exponerse, el fundamento de la corrección monetaria no puede ubicarse en la urgencia de reparar un daño emergente, sino en obediencia, insístese, a principios más elevados como el

⁴⁶ Folio 191 y ss del cuaderno principal No 1

de la inequidad, el de la plenitud del pago o el de la preservación de la reciprocidad en los contratos bilaterales. De ninguna manera, en fin, es dable inferir que en asuntos como el de esta especie, el reajuste de la condena en proporción a la depreciación del signo monetario constituya un perjuicio más que deba ser reparado, puesto que, reiterase aun a riesgo de fatigar, la pérdida del poder adquisitivo del dinero no afecta la estructura intrínseca del daño, sino su cuantía, de modo que la corrección tiene por finalidad la reparación integral, no la de indemnizar un perjuicio más; amén que, en ese mismo orden de ideas, tampoco puede verse en ello una sanción por un acto contrario al ordenamiento legal.”(Sentencia número 042 de 9 de septiembre de 1999, no publicada aún oficialmente).”⁴⁷

6.6.2. Liquidación.

Conforme lo explicado se tiene:

ACTUALIZACIÓN CON IPC		
CAPITAL	500.000.000	IPC ACUM.
FECHA INICIAL	27/07/2007	91,87*
FECHA FINAL	07/09/2010	104,45**
FACTOR DE AJUSTE		0,136932622
ACTUALIZACIÓN		68.466.311
VALOR ACTUALIZADO		568.466.311
* Acumulado al 30 de Junio de 2007		
** Acumulado al 30 de Septiembre de 2010		
Series de empalme publicadas mensualmente por el DANE		

Así, a 7 de septiembre de 2010, la suma pactada de quinientos millones de pesos equivalía a QUINIENTOS SESENTA Y OCHO MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS ONCE PESOS (\$568´466.311).

Y conforme se explico, a esta suma se deben adicionar los intereses moratorios causados a la fecha de este laudo:

Capital	\$ 568.466.311
---------	----------------

DESDE	HASTA	CRÉDITO DE			Interés	Interés	Interés
-------	-------	------------	--	--	---------	---------	---------

⁴⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia de 14 de Febrero de 2005, Magistrado Ponente Cesar Julio Valencia Copete Expediente 7095

		CONSUMO Y ORDINARIO	Días	Moratorio	diario	periódico %	periódico \$
08-sep-10	30-sep-10	14,94%	22	22,41%	0,06%	1,37%	\$ 7.785.146
01-oct-10	31-dic-10	14,21%	90	21,32%	0,06%	5,33%	\$ 30.292.149
01-ene-11	31-mar-11	15,61%	90	23,42%	0,07%	5,85%	\$ 33.276.597
01-abr-11	30-jun-11	17,69%	90	26,54%	0,07%	6,63%	\$ 37.710.634
01-jul-11	14-sep-11	18,63%	74	27,95%	0,08%	5,74%	\$ 32.654.126
TOTAL INTERESES							\$ 141.718.651

7. Las costas y su liquidación.

Las costas están constituidas tanto por las expensas, esto es, por los gastos judiciales en que incurren las partes por la tramitación del proceso, como por las agencias en derecho, definidas como “*los gastos de defensa judicial de la parte victoriosa, a cargo de quien pierda el proceso*” (Acuerdo 1887 de 2003 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, Art. 2º).

El ordenamiento procesal civil adopta un criterio objetivo, no solo para la condena, pues “*(...) se condena en costas al vencido en el proceso, incidente o recurso, independientemente de las causas del vencimiento*”⁴⁸, sino también para la determinación de aquellas en cada uno de sus componentes, siguiendo en este punto la teoría moderna procesal, pues como lo señala CHIOVENDA, “*la característica moderna del principio condena en costas, consiste precisamente en hallarse condicionada al vencimiento puro y simple, y no a la intención ni el comportamiento del vencido (mala fe o culpa)*”⁴⁹.

En el presente caso, conforme los numerales 1º y 6º del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, toda vez que prosperan las pretensiones de la demanda se condenará en costas y agencias en derecho a los convocados; además, el Tribunal los condenará a asumir la totalidad de las expensas que efectivamente

⁴⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-480 de 1995 MP Jorge Arango Mejía.

⁴⁹ José Chiovenda, la condena en costas, trad. Juan de la Puente y Quijano, Tijuana, B.C 1985 p. 220

debieron asumir los convocantes a lo largo del trámite y que se encuentran acreditados en el expediente conforme a la liquidación que abajo se expondrá.

Se deja expresa constancia de que se incluye en la liquidación de costas la totalidad de los gastos asumidos por los convocantes, sin descontar la certificación expedida por el Tribunal, la cual tal como lo relataron en sus alegatos de conclusión no pudo ser ejecutada y en tal medida, no cumplió con la finalidad de permitirseles recuperar los dineros pagados por los convocados previo a la emisión del laudo.

Así pues, dicha suma certificada será subsumida en la presente condena y en consecuencia, la certificación expedida por el Tribunal y retirada por los convocantes al inicio de la etapa probatoria queda sin ningún efecto⁵⁰.

Costos asumidos por los convocantes BALCLIN INVESTMENTS S.L., ALTRA INVERSIONES LTDA, MAURICIO CAMARGO MEJIA Y DARIO DURAN ECHEVERRI	Monto (pesos)
Honorarios de los árbitros (sin IVA)	77'749.887
IVA honorarios árbitros	12'439.882
Honorarios del secretario (sin IVA)	12'958.314
IVA honorarios secretario	2'073.330
Gastos de funcionamiento y administración del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (sin IVA)	9'070.820
IVA gastos Centro de Arbitraje y Conciliación.	1'451.331
Gastos del proceso	3'000.000
Protocolización Laudo	4'664.993
Honorarios perito	8'450.000
IVA honorarios perito	1'352.000
Gastos pericia	7'767.565
TOTAL GASTOS ASUMIDOS CONVOCANTES	\$ 140'978.122

Adicionalmente se señalan como agencias en derecho la suma de VEINTICINCO MILLONES NOVECIENTOS DIEZ Y SEIS MIL SEISCIENTOS VEINTINUEVE PESOS (\$25'916.629), suma que se fija tomando como base los honorarios

⁵⁰ En el acta No 10 del tribunal Folio 328 Cuaderno Principal No 1

recibidos por un árbitro dentro del presente proceso. Dicho valor deberá ser asumido en su integridad por las convocadas.

Así se tiene que los gastos y agencias en derecho ascienden a la suma de CIENTO SESENTA Y SEIS MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y UN PESOS (\$166'894.751)

Como punto adicional a la liquidación de costas, conforme el artículo 144 del decreto 1818 de 1998, se condenará a los convocados a pagar los interés moratorios que se causaron en razón a la suma que los convocantes pagaron por ellos con ocasión del funcionamiento del Tribunal; esta suma asciende a \$61'704,329. Los intereses entonces se calcularan entre el 5 de noviembre de 2010 y el 14 de septiembre de 2011; en consecuencia, la liquidación es así:

Capital	\$61.704.329
---------	--------------

DESDE	HASTA	CRÉDITO CONSUMO ORDINARIO	DE Y	Días	Moratorios	Interés diario	Interés periódico %	Interés periódico \$
05-nov-10	31-dic-10	14,21%		56	21,32%	0,06%	3,32%	2.045.910
01-ene-11	31-mar-11	15,61%		90	23,42%	0,07%	5,85%	3.612.017
01-abr-11	30-jun-11	17,69%		90	26,54%	0,07%	6,63%	4.093.311
01-jul-11	14-sep-11	18,63%		75	27,95%	0,08%	5,82%	3.592.349
TOTAL INTERESES								13.343.587

Así pues, los intereses mencionados alcanzan la suma de trece millones trescientos cuarenta y tres mil quinientos ochenta y siete pesos (\$13'343.587).

8. Decisión.

En mérito de las consideraciones que anteceden el Tribunal de Arbitramento integrado para resolver las diferencias surgidas entre BALCLIN INVESTMENTS S.L., ALTRA INVERSIONES LTDA, MAURICIO CAMARGO MEJIA y DARIO

DURAN ECHEVERRI y JAIRO ANDRES GUTIERREZ ROBAYO, JIMENA GROSS MEJÍA, NELSON ANDRES BELTRAN ALGARRA Y MONTSERRAT GROSS MEJÍA, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero. En razón de las consideraciones expuestas en la parte motiva del presente laudo, declarar no probada la objeción por error grave en el dictamen rendido por el perito Horacio Ayala, propuesta por los apoderados de la parte demandante.

Segundo. Declarar no probadas las excepciones de mérito alegadas por la apoderada de la parte convocada por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Tercero. Declarar que JAIRO ANDRES GUTIERREZ ROBAYO, JIMENA GROSS MEJIA, CARLOS ANDRES TORRES ROBAYO, NELSON ANDRES BELTRAN ALGARRA y MONTSERRAT GROSS MEJIA incumplieron el contrato de Compraventa de Acciones de la sociedad Transportes Refrigerados de Colombia TRC S.A. celebrado el 27 de julio de 2007.

Cuarto. Como consecuencia de la anterior declaración, condenar a JAIRO ANDRES GUTIERREZ ROBAYO, JIMENA GROSS MEJIA, CARLOS ANDRES TORRES ROBAYO, NELSON ANDRES BELTRAN ALGARRA y MONTSERRAT GROSS MEJIA, a pagar a BALCLIN INVESTMENTS S.L., ALTRA INVERSIONES LTDA; MAURICIO CAMARGO MEJIA y DARIO DURAN ECHEVERRI la suma de setecientos diez millones ciento ochenta y cuatro mil novecientos sesenta y dos pesos (\$710.184.962). Dicho monto cubre la corrección monetaria y los intereses moratorios hasta la fecha del presente laudo, según la liquidación que obra en la parte motiva de esta providencia.

Quinto. Condenar a JAIRO ANDRES GUTIERREZ ROBAYO, JIMENA GROSS MEJIA, CARLOS ANDRES TORRES ROBAYO, NELSON ANDRES BELTRAN ALGARRA y MONTSERRAT GROSS MEJIA, a pagar a BALCLIN INVESTMENTS S.L., ALTRA INVERSIONES LTDA, MAURICIO CAMARGO MEJIA y DARIO DURAN ECHEVERRI la suma de CIENTO SESENTA Y SEIS MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y UN PESOS (\$166'894.751) por el valor de las costas y agencias en derecho causadas en el presente proceso arbitral conforme a la distribución y cuantías precisadas en la parte motiva del presente laudo.

Sexto. Condenar a JAIRO ANDRES GUTIERREZ ROBAYO, JIMENA GROSS MEJIA, CARLOS ANDRES TORRES ROBAYO, NELSON ANDRES BELTRAN ALGARRA y MONTSERRAT GROSS MEJIA, a pagar a BALCLIN INVESTMENTS S.L., ALTRA INVERSIONES LTDA, MAURICIO CAMARGO MEJIA y DARIO DURAN ECHEVERRI la suma de trece millones trescientos cuarenta y tres mil quinientos ochenta y siete pesos (\$13'343.587), por concepto de intereses moratorios causados por la suma que pagaron las convocantes por los convocados relativos a honorarios y gastos del proceso arbitral.

Séptimo. Los pagos a los que se refieren los numerales Cuarto, Quinto y Sexto anteriores, deberán hacerse dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha de ejecutoria de la presente providencia.

Octavo. Ordenar la devolución a la partes de las sumas no utilizadas de la partida decretada para protocolización y otros gastos del proceso, si a ello hubiere lugar.

Noveno. Disponer que se entregue a los árbitros y al secretario del Tribunal el saldo de sus honorarios.

Décimo. Ordenar que por Secretaría se expidan copias auténticas de este Laudo, con las constancias de ley, con destino a cada una de las partes.

Décimo Primero. Ordenar la protocolización del expediente en la oportunidad que legalmente corresponda.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

Ernesto Rengifo García
Presidente

Jorge Cubides Camacho
Arbitro

Carlos Gustavo Arrieta Padilla
Arbitro

Jorge Sanmartín Jiménez
Secretario