

T22
121

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

**JOSÉ LUÍS MALVEHY, GERMÁN GIRALDO SALINAS, JAMES ELBERT STEPHENSON,
PAUL WAYNE STEPHENSON, JOHN STEPHENSON, MARÍA STEPHENSON, BEATRIZ
ELENA CARO, CATHERINE I. CHAVARRI, PHILLIP DAVID STEPHENSON, NEIL
PATTON JAMES y la sociedad S3 WIRELESS INC.**

CONTRA

SERVISATÉLITE S.A.

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., ocho (8) de septiembre de dos mil nueve (2009)

123
122
122

LAUDO ARBITRAL

Encontrándose surtidas en su totalidad las actuaciones procesales previstas en el Reglamento de Procedimiento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y en las demás normas aplicables a este trámite para la debida instrucción del trámite arbitral, y siendo la fecha y hora señaladas para llevar a cabo la Audiencia de Fallo, el Tribunal de Arbitramento profiere, en derecho, el Laudo conclusivo del proceso arbitral convocado para dirimir las diferencias entre **JOSÉ LUÍS MALVEHY, GERMÁN GIRALDO SALINAS, NEIL PATTON JAMES, S3 WIRELESS INC, JOHN STEPHENSON, MARÍA STEPHENSON, BEATRIZ ELENA CARO, CATHERINE I. CHAVARRI, PHILLIP DAVID STEPHENSON, JAMES ELBERT STEPHENSON y PAUL WAYNE STEPHENSON**, parte convocante y, **SERVISATÉLITE S.A.**, parte convocada, previos los siguientes antecedentes:

LANTECEDENTES

1. EL PACTO ARBITRAL

Las controversias que se deciden mediante el presente Laudo se originan en la cláusula compromisoria contenida en la Cláusula IX del "Contrato de Compraventa de Acciones de las Sociedades S3 Wireless Inc. y S3 Wireless Colombia S.A.", la cual textualmente dice así:

"IX. ARBITRAMENTO:

Todas las diferencias que surjan con relación al presente contrato se someterán a la decisión de un tribunal de arbitramento integrado por tres árbitros, quienes fallarán en derecho y será nombrados de común acuerdo por las partes. En el evento que no haya acuerdo, los árbitros serán nombrados por la Cámara de Comercio de Bogotá. El Tribunal de arbitramento funcionará en la sede de la Cámara de Comercio de Bogotá de acuerdo con las reglas de esta Entidad.¹

¹ Folio 7 del Cuaderno de Pruebas No. 1

124
120
123

2. PARTES PROCESALES

2.1. Parte Convocante

La parte convocante esta compuesta por:

- 2.1.1. El señor **JOSÉ LUÍS MALVEHY** quien comparece en nombre propio.
- 2.1.2. El señor **GERMÁN GIRALDO SALINAS** quien comparece en nombre propio.
- 2.1.3. El señor **JAMES ELBERT STEPHENSON** comparece a través del doctor **JOSÉ LUÍS MALVEHY**, apoderado General, según consta en la escritura pública No. 27 de fecha octubre 13 de 2006 (folio 17 del Cuaderno de Pruebas No. 1).
- 2.1.4. El señor **PAUL WAYNE STEPHENSON** comparece a través del doctor **JOSÉ LUÍS MALVEHY**, apoderado General, según consta en la escritura pública No. 75 de fecha octubre 25 de 2006 (folios 19 a 21 del Cuaderno de Pruebas No. 1).
- 2.1.5. El señor **JOHN STEPHENSON** comparece a través del doctor **JOSÉ LUÍS MALVEHY**, apoderado General, según consta en la escritura pública No. 16/2006, Acto Notarial 18 de fecha septiembre 22 de 2006 (folios 9 a 11 del Cuaderno de Pruebas No. 1)
- 2.1.6. La señora **MARÍA STEPHENSON** comparece a través del doctor **JOSÉ LUÍS MALVEHY**, apoderado General, según consta en la escritura pública No. 16/2006, Acto Notarial 18 de fecha septiembre 22 de 2006 (folios 9 a 11 del Cuaderno de Pruebas No. 1)
- 2.1.7. La señora **BEATRIZ ELENA CARO** comparece a través del doctor **JOSÉ LUÍS MALVEHY**, apoderado General, según consta en la escritura pública No. 16/2006, Acto Notarial 18 de fecha septiembre 22 de 2006 (folios 9 a 11 del Cuaderno de Pruebas No. 1)

125
124
124

- 2.1.8. La señora **CATHERINE I. CHAVARRI** comparece a través del doctor **JOSÉ LUÍS MALVEHY**, apoderado General, según consta en la escritura pública No. 16/2006, Acto Notarial 18 de fecha septiembre 22 de 2006 (folios 9 a 11 del Cuaderno de Pruebas No. 1)
- 2.1.9. El señor **PHILLIP DAVID STEPHENSON** comparece a través del doctor **JOSÉ LUÍS MALVEHY**, apoderado General, según consta en la escritura pública No. 25 de fecha octubre 3 de 2006 (folio 12 del Cuaderno de Pruebas No. 1)
- 2.1.10. El señor **NEIL PATTON JAMES** comparece a través del doctor **JOSÉ LUÍS MALVEHY**, apoderado General, según consta en la escritura pública No. 04/2008, Acto Notarial 04 de fecha febrero 21 de 2008 (folio 115 a 117 del Cuaderno Principal No. 1)
- 2.1.11. La sociedad **S3 WIRELESS INC.** comparece a este proceso a través del señor **NEIL PATTON JAMES JR.**, Representante Legal, constituida de acuerdo con las leyes de Nevis, con domicilio en New Orleans, Luisiana, U.S.A. quien otorgó poder general al doctor **JOSÉ LUÍS MALVEHY** según consta en la escritura pública No. 03/2008, Acto Notarial No. 03 de fecha febrero 21 de 2008 (folios 118 a 120 del Cuaderno Principal No. 1)

En este trámite arbitral la parte Convocante está representada judicialmente por el doctor **JORGE SANMARTÍN JIMÉNEZ**, según escrito que obra a folio 24 y siguientes del Cuaderno Principal No. 1.

2.2. Parte Convocada

La sociedad **SERVISATÉLITE S.A.** sociedad constituida mediante escritura pública No. 581 de la Notaría 2 de Ubaté, de fecha 28 de agosto de 1990, con domicilio en la ciudad de Bogotá D.C., comparece a través del señor **JAIME ALBERTO RINCÓN PRADO**, representante legal, condición que consta en el certificado de existencia y representación expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, documento que obra a folios 65 a 67 del Cuaderno Principal No. 1.

126
125
125

En este trámite arbitral la parte Convocada está representada judicialmente por el doctor **LUIS CARLOS SÁCHICA MÉNDEZ**, según escrito que obra a folio 71 del Cuaderno Principal No. 1.

3. LA DESIGNACIÓN DE LOS ÁRBITROS

El nombramiento de los árbitros se llevó a cabo de conformidad con lo establecido en el Cláusula Compromisoria. En efecto, las partes de común acuerdo, en audiencia celebrada el día 5 de febrero de 2008, designaron como árbitros principales a los doctores Fernando Restrepo Vallecilla, Alberto Preciado Arbeláez y Juan Carlos Esguerra Portocarrero y como suplentes personales a los doctores Beatriz Leyva de Cher, Enrique Laverde Díaz y Álvaro Mendoza Ramírez.

Los doctores FERNANDO RESTREPO VALLECILLA, ALBERTO PRECIADO ARBELÁEZ y JUAN CARLOS ESGUERRA PORTOCARRERO, aceptaron su nombramiento en la debida oportunidad.

4. TRÁMITE ARBITRAL

- 4.1. La demanda arbitral fue presentada ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara Comercio de Bogotá el 13 de diciembre de 2007 y se fundamenta en la Cláusula IX del "Contrato de Compraventa de Acciones de las Sociedades S3 Wireless Inc. y S3 Wireless Colombia S.A." Dicha demanda fue sustituida el día 11 de marzo de 2008.
- 4.2. El 11 de marzo de 2008, se llevó a cabo la audiencia de instalación, según consta en el Acta No. 1², la cual se desarrolló de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de Procedimiento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. En dicha audiencia, se designó como Presidente al doctor Juan Carlos Esguerra Portocarrero y mediante Auto No. 1, el Tribunal se declaró legalmente instalado, nombró como Secretaria a la doctora Camila de la Torre Blanche, fijó como lugar de funcionamiento y Secretaría el Centro de

127
~~120~~
126

Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá ubicado en la Avenida el Dorado No. 68D-35 piso 3 de esta ciudad y reconoció personería jurídica a los señores apoderados de las partes. Adicionalmente, señaló fecha para la siguiente audiencia el día 15 de abril de 2008.

- 4.3. En audiencia celebrada el 15 de abril de 2008, el Tribunal, mediante Auto No. 2 (Acta No. 2), se declaró competente para conocer y resolver en derecho, las diferencias sometidas a su consideración de que da cuenta la demanda arbitral sustituida. Adicionalmente, mediante Auto No. 3 de la misma fecha, el Tribunal inadmitió la demanda sustituida y otorgó a la parte convocante 5 días hábiles para subsanar los defectos advertidos en las consideraciones del mencionado Auto.
- 4.4. Dentro del término otorgado, la parte convocante subsanó la demanda y por Auto No. 4, de fecha 24 de abril de 2008, el Tribunal admitió la demanda arbitral y de ella y sus anexos ordenó correr el traslado correspondiente a la parte convocada por el término legal.
- 4.5. El 9 de mayo de 2008, el doctor Carlos Eduardo Sáchica, en su calidad de apoderado judicial de SERVISATÉLITE S.A., se notificó del auto admisorio de la demanda.
- 4.6. El 23 de mayo de 2008, en oportunidad para ello, SERVISATÉLITE S.A., contestó la demanda arbitral, con interposición de excepciones de mérito³, de las cuales se corrió traslado mediante fijación en lista de fecha mayo 27 de 2008.
- 4.7. El 4 de junio de 2008, la parte convocante presentó un escrito en el que presenta reforma integrada de la demanda, la cual fue sustituida mediante escrito presentado el 10 de junio de 2008.⁴
- 4.8. Mediante Auto No. 6 (Acta No. 5), el Tribunal inadmitió la reforma integrada de la demanda, por las razones expuestas en la parte considerativa de la

² Folios 121 a 123 del Cuaderno Principal No. 1

³ Folios 172 a 180 *Ibidem*

⁴ Folios 194 a 261 *Ibidem*

128
~~129~~
127

- mencionada providencia, otorgando un término de 5 días hábiles a la parte convocante para subsanar el defecto advertido.
- 4.9. El 24 de junio de 2008, la parte convocante procedió a subsanar el error cometido en la sustitución de la reforma de la demanda, la cual fue admitida mediante Auto No. 7 (Acta No. 6) y de ella y sus anexos se ordenó correr traslado por el término legal, traslado que se surtió mediante estado de fecha 27 de junio de 2008.⁵
- 4.10. El 3 de julio de 2008, la parte convocada interpuso recurso de reposición contra el Auto No. 7 de fecha junio 26 de 2008, del cual se corrió traslado a la parte convocante quien se pronunció dentro de la oportunidad legal. El Tribunal, mediante Auto No. 9 (Acta No 8) resolvió el recurso presentado por la parte convocada confirmando en todas sus partes el Auto recurrido.⁶
- 4.11. El 29 de agosto de 2008, en oportunidad para ello, SERVISATÉLITE S.A., contestó la demanda y adicionalmente presentó demanda de reconvención contra José Luis Malvehy, María Stephenson, James Elbert Stephenson, Paul Wayne Stephenson, Neil Patton James, Philip Davis Stephenson, Germán Giraldo Salinas, Beatriz Elena Caro, Catherine I. Chavarri y la sociedad S3 Wireless Inc. El 5 de septiembre de 2008, la parte convocada reformó la demanda de reconvención y en escrito separado presentó demanda integrada de reconvención.⁷
- 4.12. El 8 de septiembre de 2008, mediante Auto No. 10 (Acta No. 9) el Tribunal admitió la demanda de reconvención sustituida y de ella y de sus anexos ordenó correr traslado por el término legal a la parte convocante mediante notificación personal que se surtió el 11 de septiembre de 2008.⁸
- 4.13. El 25 de septiembre de 2008, estando dentro del término, el señor apoderado de la parte convocante y convocada en reconvención presentó su escrito de contestación de la demanda de reconvención, en su calidad de apoderado de José Luis Malvehy, María Stephenson, James Elbert Stephenson, Paul Wayne Stephenson, Neil Patton James, John Stephenson, Philip Davis Stephenson,

⁵ Folios 270 a 275 Cuaderno Principal No. 1

⁶ Folios 278 a 280, 283 a 284 y 294 a 298 *Ibidem*

⁷ Folios 301 a 318 *Ibidem*

+29
~~128~~
128

Germán Giraldo Salinas, Beatriz Elena Caro, Catherine I. Chavarri, la sociedad S3 Wireless Inc. ⁹

- 4.14. El 26 de Septiembre de 2008, mediante fijación en lista se corrió traslado de las excepciones contenidas en la contestación de la reforma de la demanda y en la contestación de la demanda de reconvención sustituida. La parte convocante se pronunció dentro del término respecto de las excepciones contenidas en la contestación de la reforma de la demanda.
- 4.15. En audiencia celebrada el día 6 de octubre de 2008, el Tribunal, mediante Auto No. 11 (Acta No. 10), fijó los honorarios y gastos del proceso, los cuales fueron sufragados en su totalidad al Presidente del Tribunal por la parte convocante.
- 4.16. Por Auto No. 13 (Acta No. 11) de fecha 29 de octubre de 2008, el Tribunal se declaró competente para conocer y resolver en derecho, las diferencias sometidas a su consideración de que da cuenta la demanda de reconvención sustituida, presentada por SERVISATÉLITE S.A., toda vez que las controversias planteadas en ella se relacionan con el contrato celebrado entre las partes, son susceptibles de transacción y se encuentran comprendidas dentro del alcance de la cláusula compromisoria acordada, por lo cual el Tribunal consideró procedente su conocimiento y decisión mediante proceso arbitral.
- 4.17. El 7 de noviembre de 2008, se llevó a cabo la audiencia de conciliación de que trata el artículo 11 del Reglamento de Procedimiento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, la cual se declaró fracasada por no haberse logrado acuerdo conciliatorio alguno.¹⁰
- 4.18. Los días 11 y 12 de noviembre de 2008, dentro de la oportunidad legal consagrada en el parágrafo 3 del artículo 101 del C.P.C., las partes presentaron memoriales en los que adicionaron la solicitud de pruebas.
- 4.19. El 14 de noviembre de 2008, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 13 del Reglamento de Procedimiento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la

⁹ Folios 319 a 328 *Ibidem*

⁹ Folios 329 a 340 Cuaderno Principal No. 1

¹⁰ Folios 368 a 372 *Ibidem*

130
129
129

Cámara de Comercio de Bogotá, el Tribunal, mediante Auto No. 18 decretó las pruebas del proceso.¹¹

5. AUDIENCIAS DE INSTRUCCIÓN DEL PROCESO

El trámite arbitral se llevó a cabo en 26 audiencias, en las cuales se asumió por parte del Tribunal competencia, se decretaron y practicaron las pruebas decretadas, se recibieron los alegatos de conclusión y se profirió este laudo.

6. PRUEBAS DECRETADAS Y PRACTICADAS

Por Auto No. 18, Acta No. 13, el Tribunal de Arbitramento, en audiencia realizada el 14 de noviembre de 2008, decretó las pruebas del proceso, las cuales se practicaron de la siguiente manera:

6.1. Documentales

Se ordenó tener como pruebas documentales los documentos presentados y numerados en la demanda inicial, en la demanda sustitutiva, en la reforma de la demanda, en la contestación a la demanda de reconvención, en el escrito mediante el cual la parte convocante se pronuncia respecto del traslado de las excepciones y en los escritos presentados por la parte convocante dentro de la oportunidad prevista en el parágrafo 3 del artículo 101 del C.P.C, así como aquellos documentos acompañados por la entidad convocada en las contestaciones de la demanda y en la demanda de reconvención con el mérito legal probatorio que a cada cual corresponda.

Se incorporaron al expediente los documentos remitidos con las respuesta a los oficios librados y los entregados por algunos testigos en el transcurso de sus testimonios, como parte de las declaraciones, así como la prueba documental decretada de oficio.

¹¹ Folios 385 a 392 cuaderno Principal No. 1

431
130

130

6.2. Testimonios

En audiencias celebradas entre el 3 de diciembre de 2008 y el 9 de marzo de 2009 se recibieron los testimonios de las personas que se indican a continuación. Las correspondientes transcripciones fueron entregadas por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y se incorporaron al expediente, luego de haber sido puestas en conocimiento de las partes en virtud de lo previsto por el artículo 109 del C. de P. C.

- El 3 de diciembre de 2008 se recibieron los testimonios de los señores Gloria Beatriz Correa Gómez y Carlos Hernán Malvey López¹². Contra este último fue presentada por la parte convocada, tacha de sospecha.
- El 15 de diciembre de 2008 se recibieron los testimonios de los señores Gina Paola Achury Velásquez, José Luis Sánchez Infante, Daniel Ignacio López González y Carlos Mario Porras.¹³
- El 3 de febrero de 2009 se recibió el testimonio del señor Carlos Julio Foschi Larios, así como la declaración de parte del señor Jaime Alberto Rincón Prado, representante legal de la parte convocada.¹⁴
- El 9 de marzo de 2009 se recibió la continuación de la declaración de parte del señor Jaime Alberto Rincón Prado.¹⁵

6.3. Dictamen Pericial

Se recibió un dictamen pericial económico, financiero y contable rendido por el señor HORACIO AYALA VELA, del cual se corrió traslado a las partes de conformidad con el artículo 238 del C. de P. C. Estando dentro del término del traslado, las partes solicitaron aclaraciones y complementaciones, las cuales fueron rendidas en tiempo por el perito.¹⁶

¹² Folios 43 a 53 del Cuaderno de Pruebas No. 2

¹³ Folios 4 a 35 del Cuaderno de Pruebas No. 3

¹⁴ Folios 38 a 53 del Cuaderno de Pruebas No. 3

¹⁵ Folios 403 a 409 Cuaderno de Pruebas No. 3

¹⁶ Folios 54 a 402 del Cuaderno de Pruebas No. 3

132
131
131

6.4. Inspección judicial con exhibición de documentos

La parte convocante desistió de la práctica de las inspecciones judiciales con exhibición de documentos a la sociedad S3 Wireless Colombia S.A. y Servisatélite S.A., desistimiento que fue aceptado por el Tribunal mediante Auto No. 31 (acta No. 21) de fecha 6 de mayo de 2009.¹⁷

6.5. Oficios

El Tribunal ordenó que por Secretaría se librasen los siguientes oficios:

- A la **CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ**, para que remitiera copia de las siguientes Actas de la sociedad S3 Wireless Colombia S.A.: 1. Acta número 9 de 27 de febrero de 2006 inscrita el 25 de abril de 2006 bajo el número 1051604 del Libro IX; 2. Acta número 24 de la Asamblea de Accionistas de 26 de Diciembre de 2006 inscrita el 29 de diciembre de 2006 bajo el número 1100808 del Libro IX; 3. Acta número 10 de la Asamblea de Accionistas de 31 de marzo de 2006 inscrita el 25 de abril de 2006 bajo el número 01061328 del Libro IX; 4. Acta número 15 de la Junta Directiva de 27 de febrero de 2006 inscrita el 25 de abril de 2006 bajo el número 01061328 del Libro IX; 5. Las demás Actas de la Asamblea de Accionistas y de la Junta Directiva de la sociedad que se hayan registrado en la Cámara de Comercio

La respectiva respuesta obra a folios 1 a 42 del Cuaderno de Pruebas No. 2

- Al **JUZGADO SEXTO CIVIL DEL CIRCUITO**, para que remitiera copia de los siguientes documentos del proceso ejecutivo de José Luis Malvehy, María Stephenson y otros contra Servisatélite S.A. con radicación 07-205: 1. Copia de la demanda y de los autos de 8 de mayo de 2007 por el cual se negó el mandamiento de pago, y de 5 de junio de 2007 por el cual se negó el recurso de reposición interpuesto contra el auto anterior; 2. Copia del escrito de desistimiento del recurso de apelación.

¹⁷ Folios 17 a 20 del Cuaderno Principal No. 2

133
132

132

La parte convocante desistió de la práctica de esta prueba.¹⁸

6.6. Traducción

De conformidad con lo solicitado por la parte convocante se ordenó la traducción oficial al idioma castellano de los documentos en inglés presentados con la reforma de la demanda, descritos en las letras f) a j) y la letra o), con todos sus anexos, que se hallan descritos en la sección de DOCUMENTOS, bajo el siguiente título: SE REFORMA ESTA PARTE DE LOS DOCUMENTOS MEDIANTE LA ADICIÓN DE LOS SIGUIENTES DOCUMENTOS QUE SE ANEXAN A LA REFORMA DE LA DEMANDA, la cual fue realizada por la señora MARÍA TERES LARA. De dicha traducción se corrió traslado a las partes de conformidad con el artículo 239 del C. de P. C.¹⁹

7. AUDIENCIA DE ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante Auto No. 34 de fecha 17 de junio de 2009, el Tribunal señaló fecha y hora para la audiencia de alegaciones, por encontrar que todas las pruebas decretadas fueron practicadas en forma oportuna. En consecuencia, el día 3 de julio de 2009 a las 10:00 a.m., las partes alegaron de conclusión en forma oral. El resumen escrito de las alegaciones presentadas por la parte convocante fue debidamente incorporado al expediente²⁰. En esa misma oportunidad, el Tribunal fijó fecha para la audiencia de lectura del presente Laudo Arbitral.

8. AUDIENCIA DE FALLO

El Tribunal, por auto número 35 proferido el 3 de julio de 2009, señaló el día 8 de septiembre de 2009 a las 9:30 a.m., para llevar a cabo la audiencia de fallo.

¹⁸ Folios 17 a 20 del Cuaderno Principal No. 2

¹⁹ Folios 63 a 224 del Cuaderno de Pruebas No. 2

²⁰ Folios 87 a 103 del Cuaderno Principal No. 2

734
133**9. TÉRMINO PARA FALLAR**

El término de duración del presente proceso es de seis meses por mandato del artículo 14 del Reglamento de Procedimiento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, aplicable a este trámite en virtud de lo previsto por la cláusula compromisoria, como quiera que las partes no pactaron nada distinto al respecto. Su cómputo inicia a partir de la finalización de la Primera Audiencia de Trámite, es decir, el 14 de noviembre de 2008, con lo cual el término de seis meses previsto en la ley, vencería el 13 de mayo de 2009. Sin embargo a dicho término, por mandato de la norma en mención, deben adicionarse los siguientes días durante los cuales el proceso estuvo suspendido por decreto del Tribunal, previa solicitud expresa de las partes:

Acta	Folio	Fecha suspensión	Hábiles
Acta 16- Auto 25	503	Diciembre 16/08 a Febrero 2/09	32
Acta 17- Auto 26	537	Febrero 15 a Marzo 2/09	11
Acta 25-Auto 35		Julio 4 a 7 de septiembre/09	43
Total			83

En consecuencia, al sumarle los 43 días hábiles durante los cuales el proceso ha estado suspendido, el término vence el 21 de septiembre de 2009. Sin embargo, mediante Auto No. 28 del 9 de marzo de 2009²¹ (Acta No. 19), el Tribunal en uso de la facultad consagrada en el artículo 14²² del Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá dispuso la prórroga del término hasta el 13 de noviembre de 2009, razón por la cual el término vence en dicha fecha.

Por lo anterior, la expedición del presente laudo es oportuna y se hace dentro del término consagrado en la ley.

²¹ Folios 358 a 362 del Cuaderno Principal No. 1.

²² "ARTICULO 14º.- El trámite arbitral tendrá la duración señalada por las partes en su pacto arbitral. En caso de no contener éste indicación alguna, tendrá una duración máxima de seis (6) meses contados a partir de la primera audiencia de trámite. Dicho plazo podrá ser prorrogado de oficio por los árbitros, por una o varias veces, siempre y cuando dichas prórrogas no sumen, en total, el plazo originalmente pactado por las partes o el que supletivamente aquí se establece. Dentro de dicho plazo y prórrogas se entienden incluidas las suspensiones que las partes acuerden conforme a las reglas generales."

135
134
134

10. LA DEMANDA ARBITRAL Y EL PRONUNCIAMIENTO DE LA PARTE CONVOCADA

10.1 Hechos

Las pretensiones formuladas por la parte convocante en la demanda arbitral, están fundamentadas en los siguientes hechos:

"EL CONTRATO CELEBRADO ENTRE LAS PARTES"

"1.1. Los demandantes, en su calidad de accionistas de las sociedades S3 Wireless Inc. y S3 Wireless Colombia S. A., celebraron, por intermedio de José Luis Malvey, con *SERVISATÉLITE S. A.*, quien estuvo representada por su Gerente Jaime Alberto Rincón Prado, un contrato de compraventa de acciones de las sociedades S3 Wireless Inc y S3 Wireless Colombia S. A. por medio de documento privado de 22 de febrero de 2006."

"1.2. Los accionistas que intervinieron en el anterior Contrato en la venta de sus acciones en la sociedad S3 Wireless Inc., sociedad extranjera con domicilio en Nevis, son los siguientes:

<i>ACCIONISTAS</i>	<i>ACCIONES</i>	<i>PORCENTAJE</i>
<i>Pat James</i>	<i>506.987</i>	<i>27.9217</i>
<i>Phillip Stephenson</i>	<i>253.493</i>	<i>13.960</i>
<i>John Stephenson</i>	<i>346.005</i>	<i>19.055</i>
<i>Paul Stephenson</i>	<i>8.772</i>	<i>0.4823</i>
<i>Maria Stephenson</i>	<i>346.005</i>	<i>19.005</i>
<i>Jose Luis Malvey</i>	<i>153.646</i>	<i>8.462</i>
<i>Jim Stephenson</i>	<i>70.175</i>	<i>3.865</i>
<i>Germán Giraldo Salinas</i>	<i>8.350</i>	<i>0.460</i>
<i>Jaime Cabal</i>	<i>5.000</i>	<i>0.275</i>
<i>Cathy Chavarri</i>	<i>2.794</i>	<i>0.154</i>
<i>Betty Caro</i>	<i>559</i>	<i>0.031</i>

+36
136
135

"1.3 Los accionistas que intervinieron en el anterior Contrato en la venta de sus acciones en la sociedad S3 Wireless Colombia S. A., sociedad colombiana, con domicilio en la ciudad de Bogota, son los siguientes:

<i>ACCIONISTAS</i>	<i>ACCIONES</i>	<i>PORCENTAJE</i>
<i>Pat James</i>	<i>250.000</i>	<i>10.00</i>
<i>Phillip Stephenson</i>	<i>150.000</i>	<i>6.00</i>
<i>Maria Stephenson</i>	<i>50.000</i>	<i>2.00</i>
<i>John Stephenson</i>	<i>50.000</i>	<i>2.00</i>
<i>S3 Wireless Inc.</i>	<i>2.000.000</i>	<i>80.00</i>

1.4. Los accionistas vendedores de las acciones actuaron a través de José Luis Malvehy, quien suscribió el contrato de compraventa de acciones con el representante legal de Servisatelite S. A. Jaime Alberto Rincón Prado."

"1.4 El precio de la venta de las acciones anteriores se fijo en la suma de un millón novecientos mil dólares (USD \$1.900.000) que Servisatalite S. A. se obligo a pagar a los Accionistas en la siguiente forma: 1) La suma de USD \$150.000 dólares al día siguiente de la firma del contrato, o sea el 23 de febrero de 2006. 2) La suma de USD \$300.000 dólares en un plazo de seis meses a partir del 22 de febrero de 2006, fecha del Contrato. 3) La suma de USD \$400.000 dólares en un plazo de 12 meses a partir del 22 de febrero de 2006, fecha del contrato. 4) La suma de USD \$500.000 dólares en un plazo de 18 meses a partir del 22 de febrero de 2006, fecha del Contrato. 5) La suma de USD \$550.000 dólares en un plazo de veinticuatro meses a partir del 22 de febrero de 2006, fecha del contrato. Se pacto que estos pagos se harían a María Stephenson en representación de los accionistas."

"1.5. La sociedad deudora Servisatelite S. A. pago a los demandantes, por intermedio de María Stephenson, la suma de CIENTO CINCUENTA MIL DÓLARES (USD \$150.000), pago que debió hacerse el 22 de febrero de 2006, pero que la sociedad deudora lo hizo el día 2 de marzo de 2006 mediante transferencia bancaria a través del Banco Davivienda S. A."

"1.6 La suma de ciento cincuenta mil dólares (USD\$150.000) correspondió a la venta de 134.351.53 acciones de S3 Wireless Inc. y de 197.500 acciones de S3 Wireless Colombia S. A."

137
130
136

"1.7 El Sr. Carlos Hernán Malvehy en su calidad de apoderado especial de la sociedad S3 Wireless Inc, Pat James, Phillip Stephenson, María Stephenson y John Stephenson, se entrevistó con Gina Achury, de Servisatelite S.A., para hacerle entrega de las acciones endosadas a favor de Servisatelite S.A. correspondientes al pago de la suma de Ciento cincuenta mil dólares (USD\$150.000), quien se negó a recibir las acciones mencionadas."

"1.8 Debido a que Servisatelite S. A. se negó a recibir las acciones endosadas en su favor, la entrega de estas acciones con su carta de traspaso la hizo Carlos Hernán Malvehy por correo certificado de la empresa DEPRISA AVIANCA, enviado a S3 Wireless Colombia S. A. según guía número 146624248 de agosto 8 de 2006, y copia de las mismas acciones y su carta de traspaso se envió a Servisatelite S.A. el día 15 de agosto de 2006, según guía número 146624478."

"1.9 S3 Wireless Inc. hizo entrega a Servisatelite S. A. de la cantidad de 134.351.53 acciones representadas en el certificado 22 a favor de Servisatelite S. A. con sus documentos, certificado de acciones correspondiente al pago de la suma de USD\$150.000, certificado y documentos que se enviaron hizo por medio de correo Fedex del 9 de marzo de 2006 y se entregaron el 13 de marzo de 2006, según consta en las copias de FedEx International Air Waybill referencia 102485-00."

"INCUMPLIMIENTO DE SERVISATÉLITE EN EL PAGO DEL PRECIO

"1.10 La sociedad deudora Servisatelite S. A. no ha pagado a la parte convocante la cuota por la suma de TRESCIENTOS MIL DÓLARES (USD \$300.000) pagadera seis meses contados a partir del 22 de febrero de 2006."

"1.11 La sociedad Servisatelite S. A. no ha pagado a la parte convocante la cuota por la suma de CUATROCIENTOS MIL DÓLARES (USD\$400.000) pagadera en un plazo de doce meses contados a partir del 22 de febrero de 2006, fecha del contrato."

"1.12 La sociedad Servisatelite S. A. no ha pagado a la parte convocante la suma de quinientos mil dólares (USD\$ 500.000) pagadera en un plazo de 18 meses contados a partir de febrero 22 de 2006, fecha del contrato."

138
137
137

"1.13 La sociedad Servisatelite S. A. no ha pagado a la parte convocante la suma de quinientos cincuenta mil dólares (USD\$550.000) pagadera en un plazo de 24 meses contados a partir del 22 de febrero de 2006, fecha del contrato."

"1.14 El no pago de las cuotas implica un incumplimiento de las obligaciones adquiridas por Servisatelite S. A., incumplimiento que se inicio con el no pago de la cuota por la suma de USD\$ 300.000 que debió pagarse en un plazo de seis meses contados a partir del 22 de febrero de 2006, fecha del contrato."

"1.15 El incumplimiento de la obligación de pagar el saldo del precio de la venta ha ocasionado graves y cuantiosos perjuicios a la parte convocante, hecho que da lugar a que SERVISATÉLITE S.A. deba ser condenada a resarcir el daño que ha causado a la parte convocante con este incumplimiento."

"1.16 En el Contrato se pacto en la sección 7.1 de la Cláusula VII INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS, que SERVISATÉLITE S.A. estaba obligada a pagar a la parte convocante los perjuicios que ocasionara con el incumplimiento en el pago de cualquiera de las cuotas en que se divide el precio de venta de las acciones, pacto que consta en los siguientes términos: "En el evento de que el COMPRADOR no pague cualquiera de las cuotas o sumas en que se divide el precio de la venta de las acciones y/o no pague la totalidad de este precio, EL COMPRADOR pagara a los ACCIONISTAS, representados por María Stephenson, la suma de un millón de dólares de los Estados Unidos de America (USD\$1.000.000) como indemnización de los perjuicios ocasionados con el incumplimiento contractual. El valor de esta indemnización se reducirá en forma proporcional al saldo del precio que adeude el COMPRADOR, teniendo como referencia el precio total de venta de las acciones."

"1.17 Teniendo en consideración el valor total del precio de la venta por la suma de de USD\$1.900.000 así como las sumas adeudadas que no han sido pagadas por SERVISATÉLITE S.A. por un valor total de un millón setecientos cincuenta mil dólares (\$1.750.000), correspondiente a las cuotas por USD\$300.000 que se venció en agosto 22 de 2006, por USD\$400.000 que se venció en febrero 22 de 2007, por USD\$500.000 que se venció en agosto 22 de 2007 y por USD\$550.000 que se venció el 22 de febrero de 2008, el valor de la indemnización pactada en la cláusula mencionada en el hecho anterior asciende a novecientos veintiún mil cincuenta y dos dólares sesenta centavos (USD\$921.052.60)."

139
138
138

"1.18 Servisatelite S. A. debe pagar a la parte convocante todos los perjuicios que, adicionalmente, a la indemnización anterior ha causado con el incumplimiento de su obligación de pagar el saldo del precio de la venta de las acciones."

10.2. Pretensiones

Con apoyo en su relato de los hechos y la normatividad invocada en su escrito de demanda, la parte Convocante solicita al Tribunal los siguientes pronunciamientos:

"PRIMERA. Declarar que la sociedad **SERVISATÉLITE S.A.** no ha pagado la suma total de **UN MILLÓN SETECIENTOS CINCUENTA MIL DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS (\$1.750.000)**, por concepto del saldo del precio de la compraventa de acciones de las sociedades **S3 Wireless Inc.** y **S3 Wireless Colombia S.A.** correspondiente a las siguientes cuotas: A) La suma de **TRESCIENTOS MIL DÓLARES (USD\$300.000)**, pagadera en un plazo de seis meses contados a partir del 22 de febrero de 2006; B) La suma de **CUATROCIENTOS MIL DÓLARES (USD\$400.000)** pagadera en un plazo de doce meses contados a partir del 22 de febrero de 2006; C) La suma de **QUINIENTOS MIL DÓLARES (USD\$500.000)** pagadera en un plazo de diez y ocho meses contados a partir del 22 de febrero de 2006; D) La suma de **QUINIENTOS CINCUENTA MIL DÓLARES (USD\$550.000)** pagadera en un plazo de veinticuatro meses contados a partir del 22 de febrero de 2006, de acuerdo con el Contrato de Compraventa de Acciones de las Sociedades **S3 Wireless Inc.** y **S3 Wireless Colombia S. A.** celebrado entre las partes convocante y convocada por medio de documento privado de febrero 22 de 2006."

"SEGUNDA. Condenar a la sociedad **SERVISATÉLITE S.A.** a pagar la suma total de **UN MILLÓN SETECIENTOS CINCUENTA MIL DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS (USD\$1.750.000)**, dentro de los tres días siguientes a la fecha del Laudo Arbitral, a la parte convocante integrada por **JOSÉ LUIS MALVEHY, MARÍA STEPHENSON, JOHN STEPHENSON, JAMES ELBERT STEPHENSON, PAUL WAYNE STEPHENSON, NEIL PATTON JAMES, PHILLIP DAVID STEPHENSON, GERMÁN GIRALDO SALINAS, BEATRIZ ELENA CARO, CATHERINE I. CHAVARRI,** y la sociedad **S3 WIRELESS INC.,** por concepto del saldo impagado del precio de la compraventa pactado en el **CONTRATO DE COMPRAVENTA DE ACCIONES DE LAS SOCIEDADES S3 WIRELESS**

140
139

INC Y S3 WIRELESS COLOMBIA S.A. suscrito entre las partes el 22 de febrero de 2006, suma que corresponde a las siguientes cuotas:

A) La suma de TRESCIENTOS MIL DÓLARES (USD\$300.000), pagadera en un plazo de seis meses contados a partir del 22 de febrero de 2006;

B) La suma de CUATROCIENTOS MIL DÓLARES (USD\$400.000) pagadera en un plazo de doce meses contados a partir del 22 de febrero de 2006;

C) La suma de QUINIENTOS MIL DÓLARES (USD\$500.000) pagadera en un plazo de diez y ocho meses contados a partir del 22 de febrero de 2006;

D) La suma de QUINIENTOS CINCUENTA MIL DÓLARES (USD\$550.000) pagadera en un plazo de veinticuatro meses contados a partir del 22 de febrero de 2006."

"TERCERA. Condenar a la sociedad SERVISATÉLITE S.A. a pagar a la parte convocante determinada en la pretensión PRIMERA PRINCIPAL, la suma de novecientos veintiún mil cincuenta y dos dólares con sesenta centavos (USD\$921.052.60) dólares de los Estados Unidos de America, o la suma que determine el Tribunal, por concepto de la indemnización de perjuicios pactada en la Cláusula VII del Contrato sobre INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS por el incumplimiento de la obligación de pagar el precio de venta de las acciones, teniendo en cuenta que este monto de los perjuicios es proporcional al valor de las sumas adeudadas y no pagadas y el valor total del Contrato; o la suma que se demuestre en el proceso por concepto de indemnización de perjuicios (daño emergente y lucro cesante) o la que determine el Tribunal."

"CUARTA. Condenar a SERVISATÉLITE S.A. al pago de los intereses de mora liquidados sobre las sumas anteriores, a la tasa mas alta fijada por la autoridad competente, o la que determine el Tribunal, desde la fecha de vencimiento de las obligaciones anteriores hasta que se efectúe su pago."

"QUINTA. Ordenar que, efectuado el pago de las sumas de dinero indicadas en la pretensión segunda por concepto del precio de la venta, mas los intereses y/o mas los perjuicios, o lo que determine el Tribunal, y de conformidad con el articulo 6.3 de cláusula VI PRECIO DE VENTA DE LAS ACCIONES, la parte convocante deberá entregar a SERVISATÉLITE S.A. los títulos representativos de las acciones que

FA
140

corresponden al pago de las sumas anteriores, obligación que se cumplirá en el plazo que determine el Tribunal que se contara a partir de la fecha en que se efectúe el pago ordenado en la petición anterior.”

“SEXTA. Condenar en costas a la parte convocada.”

10.3. Contestación de la demanda y formulación de excepciones por parte de la sociedad Convocada

La parte convocada se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la convocante, aceptó algunos hechos como ciertos y manifestó, respecto de los restantes, que se atenía a lo que se probara en el proceso.

Adicionalmente, formuló las siguientes excepciones:

1. Incumplimiento del contrato por parte vendedores

- a. No entrega de los títulos de las acciones correspondientes al primer pago
- b. No entrega del paz y salvo por obligaciones de S3 Wireless Inc.
- c. No entrega de certificación sobre inexistencia de otros créditos o deudas de S3 Wireless Inc.
- d. No entrega oportuna de la información legal, tributaria, contable y financiera

2. La excepción genérica prevista en el artículo 306 del código de procedimiento civil incluidas las de prescripción, compensación y nulidad relativa.

11. LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN Y EL PRONUNCIAMIENTO DE LA PARTE CONVOCANTE

11.1. Hechos

Las pretensiones formuladas por la Parte Convocada en la demanda de reconvención, están fundamentadas en los siguientes hechos:

142
141

"1. EL 22 de febrero del año 2.006, se celebró entre SERVISATÉLITE S.A. en calidad de comprador y JOSE LUIS MALVEHY, MARIA STEPHENSON, JAMES ELBERT STEPHENSON, PAUL WAYNE STEPHENSON, NEIL PATTON JAMES, PHILIP DAVIS STEPHENSON, GERMÁN GIRALDO SALINAS, BEATRIZ ELENA CARO, CATHERINE I. CHAVARRI y la Sociedad S3 WIRELESS INC., como accionistas vendedores el Contrato de Compraventa de Acciones de las sociedades S3 WIRELESS INC y S3 WIRELESS COLOMBIA S.A."

"2. El precio de la venta de las acciones se fijó en la suma de USD\$1'900.000,00 pagaderos en cinco (5) cuotas, la primera de USD \$150.000,00 al día siguiente de la firma del contrato, suma que efectivamente se pagó."

"3. Para garantizar el pago del precio se previó en el Título III, que los compradores deberían constituir a favor de los accionistas vendedores, respecto de las acciones de S3 WIRELESS INC., una garantía denominada Pledge and Security Agreement consistente en una prenda con tenencia sobre las acciones y respecto de las acciones de la Sociedad S3 WIRELESS COLOMBIA S.A. la constitución por parte de los accionistas de una fiducia sobre las mismas como garantía del pago total del precio. En ambos casos los compradores mantenían los derechos económicos y políticos derivado de las acciones, estableciéndose la prohibición de disolver, liquidar o vender las sociedades."

"4. Conforme con el numeral 3.4 del Título III y 6.3 del Título VI del Contrato, en la medida en que se fuera efectuando el pago de cada cuota del precio de la venta por el Comprador, éste podía exigir a los accionistas el levantamiento de la prenda sobre cada acción pagada de S3 WIRELESS INC. y la liberación de la fiducia de cada acción pagada de S3 WIRELESS COLOMBIA S.A."

"5. No obstante haberse pagado la primera cuota de USD\$150.000,00 el 2 de marzo del año 2.006 al 22 de junio del mismo año no se habían entregado los títulos representativos de las acciones pagadas con esta suma tal y como consta en la comunicación dirigida por el Gerente de SERVISATÉLITE S.A. a los accionistas vendedores, anexa, con lo cual se produce un incumplimiento de los numerales 6.3 del Título VI y 3.4 del Título III del Contrato de Compraventa de Acciones."

143
142
142

"6. Así mismo, al 22 de junio de 2.006, como consta en la comunicación mencionada en el punto anterior, los accionistas vendedores no habían entregado oportunamente la información tributaria, financiera y contable, la cual debía ser entregada a SERVISATÉLITE S.A. dentro de los 15 días siguientes a la firma del contrato, conforme lo establece el numeral 5.4 del Título V del mismo, configurándose otro incumplimiento contractual."

"7. Igualmente con el Título V, numeral 5.1 del contrato de compraventa, los accionistas vendedores se obligaban a pagar los pasivos declarados de S3 WIRELESS INC. con los primeros abonos del precio y entregar a SERVISATÉLITE S.A. el paz y salvo correspondiente, obligación que incumplieron, ya que a pesar de haberse efectuado un pago de USD \$ 150.000,00, nunca se remitió certificación de pago a los acreedores de dicha Compañía."

"8. Establece el Título V, numeral 5.2 del contrato de compraventa de acciones que los vendedores debían expedir una certificación suscrita por el representante legal y contador de la Sociedad en la que constara la inexistencia de otros pasivos diferentes a los declarados en el contrato cuyo monto ascendía USD \$ 690.000,00. Esta obligación fue incumplida por los vendedores."

"9. Los incumplimientos descritos en los hechos 5°, 6°, 7° y 8° anteriores se pusieron en conocimiento de los Vendedores mediante comunicación del 22 de junio de 2.006 dirigida por el Gerente General de SERVISATÉLITE S.A."

"10. No obstante el 31 de julio de 2.006, el Gerente General de SERVISATÉLITE S.A. planteó dos alternativas para solucionar las diferencias derivadas de los incumplimientos contractuales, planteamientos que no fueron acogidos por los accionistas vendedores."

"11. Por tanto, SERVISATÉLITE S.A. solicitó ante el Despacho de la Notaria 41 del Circulo de Bogotá, audiencia de conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad para rescindir el Contrato de Compraventa de Acciones, audiencia que se llevó a cabo el 22 de agosto del año 2.006, sin que se llegara a ningún acuerdo conciliatorio."

~~144~~
~~145~~
143

11.2. Pretensiones

En su escrito de demanda de reconvención la parte Convocada solicita al Tribunal que haga los siguientes pronunciamientos:

"PRIMERA: *Que se declare que entre la sociedad SERVISATÉLITE S.A. y los reconvencidos, se suscribió el Contrato de Compraventa de Acciones de las sociedades S3 WIRELESS INC. y S3 WIRELESS COLOMBIA S.A. el 22 de febrero del año 2.006."*

"SEGUNDA: *Que se declare que los reconvencidos incumplieron el Contrato de Compraventa de Acciones por los hechos que se señalarán más adelante."*

"TERCERA: *Que como consecuencia de la declaración anterior, se ordene la resolución del contrato de Compraventa de Acciones de las Sociedades S3 WIRELESS INC y S3 WIRELESS COLOMBIA S.A., suscrito el 22 de febrero del año 2.006 entre los convocantes y mi representada."*

"CUARTA: *Que como consecuencia de la anterior declaración se condene a los accionistas vendedores a devolver en el equivalente en pesos colombianos de la suma de USD\$150.000,00 que pagó SERVISATÉLITE S.A. a los reconvencidos como primera cuota del precio de venta de las acciones, así como las sumas que se determinen o prueben por concepto de perjuicios materiales consistentes en lucro cesante y en el daño emergente."*

"QUINTA: *Que sobre la suma pagada como primera cuota del precio de la venta de acciones, se paguen los intereses moratorios a la tasa máxima autorizada desde el 2 de marzo de 2.006, fecha en la que se efectuó el pago hasta que el pago se verifique."*

"SEXTA: *Que se condene a los reconvencidos a pagar la cláusula penal prevista en el Capítulo VII, numeral 7.3 del Contrato de Compraventa de Acciones, consistente en el pago de la indemnización de perjuicios por la suma equivalente en pesos colombianos de USD\$ 500.000,00."*

795
44
1244

"SÉPTIMA: Que se condene a los reconvenidos a pagar las costas y agencias en derecho."

11.3. Contestación de la demanda de reconvenición y formulación de excepciones por la parte Convocante y Convocada en reconvenición

En cuanto a las pretensiones, la parte convocante, y convocada en reconvenición, se opuso a todas ellas a excepción de la primera pretensión.

Así mismo, aceptó algunos hechos como ciertos, admitió otros como parcialmente ciertos y rechazó los restantes.

De otra parte, formuló las siguientes excepciones de mérito:

1. Excepción de contrato no cumplido
- 1.2. Incumplimiento de Servisatélite de la obligación de suscribir un pagaré.
- 1.3. Incumplimiento de Servisatélite en el pago del precio.
- 1.4. Incumplimiento de la obligación de constituir una fiducia sobre las acciones de S3 Wireless Colombia S.A.
- 1.5. Incumplimiento de la obligación de constituir una garantía sobre las acciones de S3 Wireless Inc
- 1.6. Incumplimiento de no reducir la participación de Servisatélite S.A. en Cablecentro S.A.
- 1.7. Incumplimiento de suministrar informes sobre la administración de las sociedades S3 Wireless Inc y de S3 Wireless Colombia S.A.

2. Efectos de los incumplimientos anteriores.

La parte convocante y convocada en reconvenición, manifiesta que Servisatélite S.A. ha incumplido las obligaciones contractuales que se describen en el punto anterior lo que impide que pueda demandar en reconvenición solicitando la resolución del contrato con indemnización de perjuicios.

796
145

Agrega que este impedimento se fundamenta en el artículo 1609 del Código Civil que dice: "En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes esta en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla o no se allane a cumplir".

Por otro lado, afirma que la convocada y convocante en reconvencción se encuentra obligada a responder por los perjuicios causados derivados de los incumplimientos de las obligaciones descritas.

Por último, solicita que se declare probada la excepción de contrato no cumplido, negándose las pretensiones de la demanda de reconvencción y se condene en costas a la sociedad convocada.

II - CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. PRESUPUESTOS PROCESALES

Antes de entrar a decidir de fondo las controversias planteadas, se hace necesario establecer si en el presente proceso se reúnen a cabalidad los presupuestos procesales, esto es, los requisitos indispensables para proferir una decisión de fondo o de mérito. Estos presupuestos son demanda en forma, competencia, capacidad para ser parte en el proceso y capacidad para comparecer al proceso.

El Tribunal advierte que tales presupuestos procesales se encuentran cumplidos a cabalidad en el presente asunto, y no observa causal de nulidad que invalide la actuación surtida.

2. TACHA DE TESTIGO SOSPECHOSO DEL SEÑOR CARLOS HERNÁN MALVEHY

En audiencia celebrada el 3 de diciembre de 2008, en el curso del testimonio del señor **CARLOS HERNÁN MALVEHY**, conforme a las reglas previstas en el artículo 218 del Código de Procedimiento Civil y cuya declaración se decretó a instancia de la

197
146
146

convocante, el apoderado de la convocada formuló tacha por sospecha contra el citado testigo, como quiera que éste es hermano de José Luis Malvehy, parte convocante en este proceso.

Los artículos 217 y 218 del Código de Procedimiento Civil, disponen, en su orden, lo siguiente:

“Artículo 217.- Testigos Sospechosos. *Son sospechosas para declarar las personas que en concepto del juez, se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés con relación a las partes o a sus apoderados, antecedentes personales u otras causas.*

“Artículo 218.- Tachas. *Cada parte podrá tachar los testigos citados por la otra parte o por el juez. La tacha deberá formularse por escrito antes de la audiencia señalada para la recepción del testimonio u oralmente dentro de ella, presentando documentos probatorios de los hechos alegados o la solicitud de pruebas relativas a éstos, que se practicarán en la misma audiencia. Si el testigo acepta los hechos, se prescindirá de toda otra prueba.*

“Cuando se trate de testigos sospechosos, los motivos y pruebas de la tacha se apreciarán en la sentencia, o en el auto que falle el incidente dentro del cual se solicitó el testimonio; en los casos de inhabilidad, el juez resolverá sobre la tacha en la audiencia, y si encuentra probada la causal, se abstendrá de recibir la declaración.

“El juez apreciará los testimonios sospechosos, de acuerdo con las circunstancias de cada caso”.

La versión que rinde el testigo sobre el cual recae algún viso de sospecha, no tiene porque desecharse de entrada, sino que se le impone al juzgador un mayor cuidado en su valoración, para precisar su causa y el valor del testimonio. En este sentido la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 12 de febrero de 1980, con ponencia del Dr. José María Esguerra Samper, expresó:

748
147
147

“Si existen o no esos motivos de sospecha es cosa que debe indagar el juez a través del interrogatorio que debe formularse de conformidad con la primera parte del artículo 228-1 ibídem, pues de haberlos, lo probable, lo que suele ocurrir, es que el testigo falta a la verdad movido por los sentimientos que menciona la disposición arriba transcrita (C. de P.C., art. 217).

La ley no impide que se reciba la declaración de un testigo sospechoso, pero la razón y la crítica del testimonio aconsejan que se le aprecie con mayor severidad, que al valorarla se someta a un tamiz más denso de aquél por el que deben pasar las declaraciones de personas libres de sospecha.

Cuando existe un motivo de sospecha respecto del testigo, se pone en duda, que esté diciendo la verdad al declarar; se desconfía de su relato o de que sus respuestas corresponden a la realidad de lo que ocurrió; se supone que en él pesa más su propio interés en determinado sentido que prestar su colaboración a la justicia para esclarecer los hechos debatidos. El valor probatorio de toda declaración de un testigo sospechoso de antemano se halla contrarrestado por la suposición de que sus afirmaciones sean no verídicas y por consiguiente, por sí solas, jamás pueden producir certeza en el juez.

Uno de los motivos de sospecha más comunes es el parentesco que exista entre el testigo y una de las partes, porque ese vínculo familiar presupone afecto, como generalmente ocurre, y el afecto puede llevar a que el testigo mienta al rendir su declaración en su afán de favorecer a su pariente”.

Ha señalado también la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia del 21 de abril de 1994,

“Es necesario también advertir que si el Juez debe exigirle al testigo que exponga la razón de la ciencia de su dicho, con la explicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar de ocurrencia de los hechos y de la forma como los conoció (art. 220-3 C. de P.C.), esa condición del testimonio puede aparecer de la forma como el testigo conoció las partes o a una de

799
148
148

ellas, o de sus relaciones con ellas, como por trabajar varios años y conocer por tanto la vida de la parte, o por sus relaciones de amistad o de parentesco, de modo que del contexto de la versión hállese la razón del dicho del testigo y la explicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar ...”.

Como quiera que el citado artículo 218 del C.P.C., en su inciso tercero, ordena que los motivos y pruebas de la tacha se deben apreciar en la sentencia, procede el Tribunal a resolver sobre lo indicado.

Es evidente que el testigo tachado es hermano del señor José Luis Malvehy, como quiera que así lo reconoció, en varias ocasiones, durante el curso de su testimonio. Sin embargo, también es cierto que el testigo tuvo una participación relevante en la relación comercial, que le permitió tener una apreciación directa y clara de los hechos y exponerlos ante el Tribunal, como en efecto lo hizo. Encuentra el Tribunal que si bien es cierto que el parentesco con uno de los demandantes podría llegar a afectar su imparcialidad, la verdad es que el Tribunal, al hacer la valoración de su testimonio frente a las demás pruebas del proceso, no encontró elementos que le permitieran poner en duda su credibilidad. Por tal razón y en aplicación de las consideraciones y argumentos de la jurisprudencia en casos semejantes, se despachará negativamente la tacha formulada por la Convocada y así se declarará en la parte resolutive de esta providencia.

3. EL CONTRATO DE VENTA Y DE ADMINISTRACIÓN - OBLIGACIONES

3.1. Celebración. Partes contratantes. Régimen aplicable

Son partes del contrato denominado “CONTRATO DE COMPRAVENTA DE ACCIONES DE LAS SOCIEDADES S3 WIRELESS INC. Y S3 WIRELESS Colombia S.A.” celebrado el 22 de febrero de 2006, los vendedores, señores José Luis Malvehy quien actuó en su propio nombre y en representación de Pat James, Phillip Stephenson, Paul Stephenson, John Stephenson, Jim Stephenson, María Stephenson, Germán Giraldo, Cathy Chavarry, Betty Caro y Jaime Cabal, y por la parte compradora, la sociedad colombiana SERVISATÉLITE S. A., domiciliada en Bogotá.

150
149

Se trata de un contrato mercantil por la negociación a título oneroso de las acciones de S3 WIRELESS INC. y S3 WIRELESS COLOMBIA S.A., al tenor de lo dispuesto por el artículo 20 numeral 5 del Código de Comercio, en concordancia con los artículos 21 y 22 del mismo estatuto.

3.2. Objeto del contrato y modalidad de la venta

3.2.1. Objeto

El objeto del contrato fue doble.

- (i) El contrato de venta de 1.701.786 acciones de la sociedad S3 WIRELESS INC., correspondiente al 93.71% de las acciones de que son titulares los vendedores anteriormente mencionados en la citada Compañía, constituida bajo las leyes de los Estados Unidos de América, Isla de Nevis, con domicilio en Nevis, en las proporciones y número de acciones indicadas en el contrato, de conformidad con el numeral 2.1 del mismo contrato, y la venta de la totalidad de 2.500.000 acciones de la sociedad colombiana S3 WIRELESS COLOMBIA S. A., domiciliada en Bogotá, según el numeral 2.2, de parte de los accionistas Pat James, Phillip Stephenson. María Stephenson y John Stephenson y la sociedad S3 WIRELESS INC., en las proporciones y número de acciones allí indicados. En la venta de las acciones de S3 WIRELESS COLOMBIA S. A. aparecen los accionistas mencionados enajenándole a SERVISATÉLITE la cantidad de 2.000.000 de acciones de propiedad de la sociedad americana S3 WIRELESS INC. pero sin que esta sociedad a través se representante legal fuera parte de los vendedores, fenómeno éste que se estudiará y definirá adelante.

- (ii) La administración y apoderamiento de las dos sociedades, contenido en las disposiciones 5.4 y VIII, a fin de ejercer la gerencia de S3 WIRELESS INC. por parte de la compradora, y el apoderamiento para la administración de las sociedades S3 WIRELESS INC. y S3 WIRELESS COLOMBIA S. A. de parte del Sr. Jaime Alberto Rincón Prado, representante legal de SERVISATÉLITE.

75
180
150

3.2.2. Modalidad de la venta. Pasivos. Declaración de conocimiento.

Las partes contratantes manifestaron su intención de comprar y vender la totalidad de las acciones de las dos sociedades (numeral 4.1 del contrato).

Respecto de la sociedad S3 WIRELESS INC. los vendedores manifestaron que tenía un pasivo de US\$690.000, pasivo que fue acreditado con certificación del contador y representante legal, el cual sería pagado por la Sra. María Stephenson con los pagos que recibirían los vendedores por el precio de la venta, en especial con los primeros de tales pagos. Recibidos los pagos y pagado el pasivo de la compañía extranjera los vendedores se obligaron a entregar a la compradora los paz y salvos que den cuenta del pago total y a satisfacción de las deudas de S3 WIRELESS INC. De la misma manera se obligaron los vendedores a pagar cualquier otro pasivo contingente a cargo de la citada sociedad (numerales 5.1 y 5.2)

En cuanto a la sociedad S3 WIRELESS Colombia S.A. la compradora declaró en el numeral 5.3., conocer *"todas las actividades que ejecuta la sociedad S3 WIRELESS COLOMBIA S. A., en desarrollo de su objeto social, y que tienen pleno conocimiento de sus libros de contabilidad, documentos, contratos, convenios y acuerdos de la sociedad con terceros y sus accionistas; de su situación financiera, operativa, administrativa, laboral, tributaria; de los bienes que integran sus activos y de las obligaciones que conforman el pasivo; del estado en que se encuentran los bienes de la sociedad; de los contratos que están en ejecución y de las obligaciones que ellos generan a cargo de la sociedad; del monto, concepto, causas, condiciones y plazos de sus deudas y obligaciones; de las contingencias que pudieran llegar a constituir obligaciones a cargo de las sociedades; y en general, de todo lo que concierne a la sociedad, sin excepción y sin reserva alguna. En consecuencia, las acciones se transferirán en el estado en que se encuentra la sociedad S3 WIRELESS COLOMBIA S.A."* No hubo de parte de los vendedores declaración expresa sobre obligaciones de esta sociedad, como tampoco garantía adicional de pago por pasivos contingentes, como si se había expresado para la sociedad extranjera.

3.3. Precio de la venta

En el numeral VI se fijó como precio de la venta la cantidad de un millón novecientos mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$1.900.000), que se pagaría a plazos de la siguiente manera:

152
151
151

- a) US\$150.000, al día siguiente de la venta, o sea el 23 de febrero de 2006;
- b) US\$300.000, en un plazo de seis meses a partir de la fecha del contrato;
- c) US\$400.000, en un plazo de doce meses a partir de la fecha del contrato;
- d) US\$500.000, en un plazo de dieciocho meses a partir de la fecha del contrato; y
- e) US\$550.000, en un plazo de veinticuatro meses contado a partir de la fecha del contrato.

Como modalidad de pago se acordó que el precio se pagaría en dólares americanos a la Sra. María ESTEPHENSON o a quien ella indique (Parágrafo del numeral 6.2)

Con los pagos que realizara la compradora se entregarían los títulos de acciones de S3 WIRELESS INC. y S3 WIRELESS Colombia S. A. a SERVISATÉLITE (numeral 6.3)

Se convino que la compradora podría realizar pagos anticipados, con descuento del 18% sobre el pago prepagado, con reducción del porcentaje de conformidad con el plazo de pago del precio de la venta, teniendo en cuenta el término de veinticuatro meses de que se dispone para el pago total del precio de la venta (numeral IX del contrato)

3.4. Garantías

Los contratantes sujetaron la venta a la constitución de varias garantías, a saber:

- a) Para garantizar el pago del precio de la venta de las acciones de S3 WIRELESS INC., una garantía denominada "Pledge and Security Agreement" que consiste en una *prenda con tenencia* sobre las acciones, junto con un *contrato de depósito* en banco de Lousiana previamente escogido por los vendedores (numerales 3.1, 3.3, 3.4 y 3.5). Realizados los pagos debía cancelarse parcialmente la prenda y realizarse la entrega de los títulos de acciones a la compradora. El plazo de esta garantía se acordó por todo el plazo del pago del precio.
- b) Para garantizar el pago del precio de la venta de las acciones de S3 WIRELESS COLOMBIA S.A., la constitución de una *fiducia* sobre las mismas acciones, mediante el traspaso que le harían los vendedores a la fiduciaria de 2.500.000

153
152

acciones y la obligación de transferirle la propiedad de las mismas a la sociedad compradora una vez que se fueran realizando los pagos (numerales 3.2, 3.3, 3.4 y 3.5.) El plazo de esta garantía se acordó por todo el plazo del pago del precio.

- c) Un *Pagaré* por el precio de la venta, o sea por la suma de un millón novecientos mil dólares (US\$1.900.000), a la orden de la Sra. MARÍA STEPHENSON en representación de los vendedores, respecto del cual se declaró que se había aceptado por la compradora, y otorgado y entregado a los vendedores. Este pagaré se otorgó "como una garantía personal del comprador para el evento en que los accionistas opten por exigir el cumplimiento del contrato." (numerales 3.6 y 6.4).
- d) La obligación de parte de la compradora de *no reducir su participación social en la sociedad CABLECENTRO S. A.*, hasta realizar el pago total del precio de la venta, junto con la obligación de emitir una certificación bimensual, a partir de la celebración del contrato de venta de las acciones, relativa a la no reducción (numeral 3.6)
- e) La garantía personal que dio la vendedora, Sra. María Stephenson, para asegurar a la compradora el pago total de los pasivos de la sociedad extranjera S3 WIRELESS INC. (numeral 5.1)

3.5. Indemnización de perjuicios

Las partes contratantes convinieron las siguientes disposiciones relativas a indemnización de perjuicios:

- a) Por el no pago del precio total o parcial de la venta, la suma de un millón de dólares de Estados Unidos de América (US\$1.000.000), indemnización que se reduciría en forma proporcional al saldo del precio adeudado por la compradora (numeral 7.1)
- b) Por el incumplimiento en el pago de los pasivos de S3 WIRELESS INC., la cantidad de seiscientos noventa mil dólares americanos (US\$690.000), indemnización que se reduciría en forma proporcional al saldo del precio adeudado (num. 7.2)

754
153
153

- c) Por el incumplimiento de los contratantes a cualesquiera de sus obligaciones, la parte incumplida pagará a la cumplida o que se allane a cumplir la suma de Quinientos Mil Dólares americanos (US\$500.000) (num. 7.3).

3.6. Intervención de S3 WIRELESS INC. en el contrato y CESIÓN DE JAIME A. CABAL

3.6.1. Intervención de S3 WIRELESS INC.

En el contrato de venta de las acciones citado, no se encuentra dentro de los vendedores la sociedad S3 WIRELESS INC. a pesar de que los vendedores señores José Luis Malvehy quien actuó en su propio nombre y en representación de Pat James, Phillip Stephenson, Paul Stephenson, John Stephenson, Jim Stephenson, María Stephenson, Germán Giraldo, Cathy Chavarry, Betty Caro y Jaime Cabal, decidieron que esa sociedad, propietaria de 2.000.000 de acciones, o sea el 80% del capital social de S3 WIRELESS Colombia S.A., las enajenaba a favor de la compradora SERVISATÉLITE (numerales 1.3 y 2.2 del contrato).

Esto significa que los accionistas que realizaron la venta de las acciones que corresponde al 80% de las acciones de propiedad de S3 WIRELESS INC. en la sociedad S3 WIRELESS COLOMBIA S.A., enajenaron a favor de SERVISATÉLITE la cantidad de 2.000.000 de acciones que no eran de su propiedad, como que tampoco tenían representación para tal fin.

Ello plantea el interrogante acerca de si la venta así realizada por tales vendedores es legal o no, y de qué modalidad jurídica se trata, en caso de ser positiva la respuesta. Para este fin se hace necesario indagar, ante la ausencia de la participación de S3 WIRELESS INC. entre las personas que figuraron como vendedores y la falta de representación legal o convencional de parte de los accionistas vendedores, que no podía conducir por supuesto a tener los efectos previstos por el artículo 1505 del Código Civil, la intervención de este tercero en la venta citada, según las figuras que para este fin ofrece la legislación y que serán examinadas a continuación:

- (i) Estipulación a favor de tercera persona (art. 1506 CC)

785
189
154

Se produce cuando una persona que no tiene derecho a representar a otra, estipula a favor de una tercera, una prestación. Esto significa que el estipulante vuelve *acreedor al tercero* de la obligación contraída por su contraparte, como en los casos del seguro de vida a favor de un tercero o en el contrato de fiducia la prestación a favor del beneficiario.

Para la venta del caso en estudio, los vendedores estipulantes debían conseguir de parte de la sociedad compradora que esta prometiera cumplir una contraprestación - pago de las acciones vendidas- a favor de S3 WIRELESS INC. como un tercero beneficiario.

Esto significa que SERVISATÉLITE debía conocer que los vendedores de las acciones de S3 WIRELESS INC Y S3 WIRELESS Colombia S. A. actuaban en favor del beneficiario (S3 WIRELESS INC), pero que, a su vez, esta sociedad no participaba en el negocio jurídico, cosa que efectivamente no ocurrió porque los vendedores, frente a SERVISATÉLITE decidieron obligar a S3 WIRELESS INC. vendiendo las acciones de las que ésta era titular en S3 WIRELESS COLOMBIA S.A. Es decir que los vendedores no volvieron a S3 WIRELESS INC. beneficiaria o acreedora de ninguna obligación sino que por el contrario la obligaron en la venta. La compradora conocía que los vendedores eran los propietarios del 93.7% de las acciones de la sociedad extranjera y esta fue la razón, y así hay que afirmarlo en forma categórica, el motivo por el cual esta sociedad apareciera enajenado la totalidad de su participación accionaria en la sociedad colombiana.

Por tanto, para el tribunal es claro que la figura de estipulación a favor de tercera persona no resulta aplicable.

(ii) Estipulación por otro (art. 1507 cc)

Se produce cuando el estipulante, sin tener facultad de representar a un tercero, se obliga a que una tercera persona dará, hará o no hará alguna cosa. Se trata de un típico caso de agencia oficiosa, según han manifestado la doctrina y la jurisprudencia.

Se diferencia de la estipulación a favor de tercera persona del Art. 1506 del Código Civil, en cuanto que la estipulación por otro del Art. 1507 del mismo código consiste

756
155

en prometer el hecho de un tercero sin tener facultad para ello, mientras que en la primera se estipula a favor de otro.

Para el caso que nos ocupa los accionistas vendedores manifestaron enajenar a SERVISATÉLITE el 80% de las acciones de que es titular S3 WIRELESS INC. en S3 WIRELESS COLOMBIA S. A. sin que mediara promesa alguna de que la sociedad extranjera realizaría la venta.

Esta figura (estipulación por otro) habría encajado en el caso de autos si los accionistas vendedores hubieran prometido a SERVISATÉLITE que S3 WIRELESS INC. le enajenaría 2.000.000 de acciones, o sea el 80% de las acciones que esta sociedad tiene en S3 WIRELESS COLOMBIA S. A., cosa que no ocurrió. Es decir que los vendedores se obligaban a prometer el consentimiento de S3 WIRELESS INC. en la venta a SERVISATÉLITE del 80% de las acciones en S3 WIRELESS COLOMBIA S. A. Los accionistas vendedores no prometieron que S3 WIRELESS INC. enajenaría las acciones, sino que aquellos las enajenaron por cuenta de ésta.

Por ende, es claro que tampoco para este caso la figura citada encaja en las prescripciones legales.

(iii) Venta de cosa ajena (art. 1871 C.C.)

La venta del 80% de las acciones de propiedad de S3 WIRELESS INC. en S3 WIRELESS COLOMBIA S. A. que efectuaron accionistas de S3 WIRELESS INC. que representaban el 93.71% constituyó una "venta de cosa ajena", por cuanto tales accionistas vendedores no tenían facultad alguna para representar a la sociedad S3 WIRELESS INC. muy a pesar de detentar la inmensa mayoría de sus acciones. No aparece en el contrato de venta de las acciones ninguna alusión a la representación legal o convencional de S3 WIRELESS INC. para ningún efecto y menos aún para enajenar la totalidad de sus acciones en S3 WIRELESS COLOMBIA S.A.

La venta efectuada por LOS ACCIONISTAS VENDEDORES de la totalidad de las acciones de S3 WIRELESS INC. en S3 WIRELESS COLOMBIA S. A. es válida de acuerdo con el Art. 1871 del Código Civil, en cuanto que S3 WIRELESS INC. conservó sus derechos sobre las mismas frente a la sociedad y terceros ya que se requería de su consentimiento

757
156
156

expresado a través de la "orden del enajenante" expresado por el artículo 406 del Código de Comercio para que la sociedad compradora, SERVISATÉLITE, adquiriera la calidad de accionista de S3 WIRELESS COLOMBIA S. A.

En efecto, S3 WIRELESS INC. ratificó, en julio de 2006, la venta de conformidad con el artículo 1874 del Código Civil mediante la manifestación que le hizo al representante legal de S3 WIRELESS COLOMBIA S.A. de endoso de las 2.000.000 de acciones de que era titular, junto con la carta en la cual su apoderado le solicitó la inscripción del adquirente -SERVISATÉLITE- como accionista y la anulación de los títulos y la expedición de nuevos títulos de acciones a favor de aquel y en su favor. La ratificación de la venta así realizada le confería a la compradora los derechos de accionista desde su inscripción en el libro de registro de accionistas de S3 WIRELESS COLOMBIA S. A. Dicha ratificación implicó por supuesto, la de todos los términos del respectivo contrato, incluida la cláusula compromisoria que en él se pactó.

Más tarde, mediante escritura pública No. 03 de 2008, otorgada ante el Cónsul de Colombia en Houston, Texas, Estados Unidos, el representante legal de esa misma sociedad, S3 WIRELESS INC, señor Neil Patton James, reiteró expresamente la ratificación mencionada al decir que "ratifica el contrato de compraventa de acciones de S3 Wireless Inc y de S3 Wireless Colombia S.A. celebrado con SERVISATÉLITE S.A." y además manifestó que el otorgaba poder al señor Malvehy para promover toda clase de demandas y representar a la sociedad en toda clase de "procesos arbitrales" relacionados con el contrato de compraventa de marras.

3.6.2. Cesión del Sr. JAIME CABAL

El día 20 de noviembre de 2006, el Sr. Jaime Cabal celebró un "contrato de cesión de derechos" con el Sr. José Luis Malvehy, conforme al cual, entre otras cosas, le cedió a éste "todos los derechos que le corresponden en su calidad de VENDEDOR de las acciones que aquel posee en la sociedad S3 Wireless Colombia S.A. de acuerdo con el Contrato de Compraventa de Acciones celebrado con SERVISATÉLITE S.A. por medio de documento privado de febrero 22 de 2006. Esta cesión comprende los derechos que le corresponden al CEDENTE en el precio de la compraventa de las acciones pues la cesión se hace sin reservas de ninguna clase."

ASS
157
137

Como quiera que este contrato de cesión de derechos no se acompañó inicialmente al proceso, no obstante haber sido anunciado como prueba documental por la convocante en su demanda, el Tribunal lo echó de menos a la hora de la preparación del laudo, y en ejercicio de la facultad del artículo 180 del C.P.C. lo decretó de oficio como prueba y ordenó su incorporación por la convocante, como en efecto se cumplió, lo mismo que el consiguiente traslado de rigor a la convocada.

En virtud de esa cesión el cesionario, Sr. José Luis Malvehy, es el titular de los derechos y obligaciones contractuales del Sr. Cabal, derivados del contrato de compraventa del 22 de febrero de 2006.

3.7. Obligaciones de los contratantes. Requisitos de cumplimiento contractual y legal

Del contrato de venta de las acciones puede hacerse el siguiente recuento de las obligaciones de las partes, así como de los requisitos que las partes prescribieron para su cumplimiento en el contrato y de los legales supletorios de la voluntad de las mismas.

3.7.1. Obligaciones de los vendedores

3.7.1.1. Transferir a SERVISATELITE las acciones de S3 WIRELESS INC. y S3 WIRELESS COLOMBIA S. A.

La obligación principal de los vendedores se concretó a transferir las acciones materia del contrato (numerales 2.1., 2.2., IV del contrato)

Los vendedores debían proceder a perfeccionar la venta de las acciones de la siguiente manera:

- a) Las acciones de S3 WIRELESS INC. Esta sociedad americana es de aquellas que emiten acciones nominativas²³, al igual que las sociedades anónimas colombianas.

159
~~158~~
158

Se distinguen en el contrato dos tipos de enajenación:

- (i) el correspondiente a las acciones respecto de las cuales se produjo el pago del precio, en relación con el cual el contrato prescribió en el numeral 6.3 que *"a medida que se vaya haciendo cada pago, LOS ACCIONISTAS entregarán al COMPRADOR los títulos representativos de las acciones pagadas tanto de S3 WIRELESS INC. como de S3 WIRELESS COLOMBIA S. A."* Esto significa que recibido el pago parcial del precio por los vendedores, éstos debían proceder a dar cumplimiento a los estatutos de la sociedad extranjera a fin de que mediante el endoso se inscribiera en el libro o documento respectivo la enajenación de las acciones nominativas²⁴ a favor de SERVISATÉLITE con miras a la posterior expedición del título respectivo en su favor; y

- (ii) El correspondiente a las acciones respecto de las cuales no se hubiera producido el pago del precio y que deberían quedar sometidas a la garantía que el contrato en el numeral 3.1 denominó *"pledge and security agreement"* o *"prenda con tenencia"* y el *"depósito"* para que en un banco del estado de Louisiana, Estados Unidos de América se mantuvieran los títulos de las acciones para ser entregados a la compradora cuando se produjeran efectivamente los pagos. Respecto de este tipo de acciones los accionistas vendedores debían dar la orden a la sociedad S3 WIRELESS INC. para que procediera a registrar la venta a favor de SERVISATÉLITE en el libro o documento correspondiente, expedir los nuevos títulos de acciones que quedarían sometidos a *"prenda con tenencia"* (*pledge and security agreement*) y la celebración del *"contrato de depósito"* en banco americano de Louisiana. Esto significa que las acciones, una vez expedidas por la sociedad emisora, o sea por S3 WIRELESS INC. a favor de la compradora llegarían al banco mediante la celebración del contrato de depósito entre la compradora y el banco, previa la

²³ Reyes Villamizar Francisco. Sociedades Comerciales en Estados Unidos. Introducción Comparativa. 1996. Pp. 130

²⁴ Reyes Villamizar. Ibidem. Pp. 130

160
189
159

celebración del contrato de prenda entre vendedores y compradora y su inscripción en el libro de la sociedad.

b) Las acciones de S3 WIRELESS COLOMBIA S. A.

Igual a lo que sucede con la sociedad anterior, se distinguen al respecto dos tipos de enajenación:

- (i) el correspondiente a las acciones respecto de las cuales se produjo el pago del precio, en relación con el cual el contrato prescribió en el numeral 6.3. que *"a medida que se vaya haciendo cada pago, LOS ACCIONISTAS entregarán al COMPRADOR los títulos representativos de las acciones pagadas tanto de S3 WIRELESS INC. como de S3 WIRELESS COLOMBIA S. A."*

Dice el Art. 406 del Código de Comercio que la enajenación de acciones nominativas podrá hacerse por *"el simple acuerdo de las partes"*, pero para que produzca efectos frente a la sociedad y terceros, es necesaria *"la inscripción en el libro de registro de acciones, mediante orden escrita del enajenante. Esta orden podrá darse en forma de endoso hecho sobre el título respectivo."*

Lo anterior significa que la venta de acciones es consensual y se realiza con el mero consentimiento entre comprador y vendedor relativo al precio de la venta y las acciones objeto de la misma, pero requiere de la formalidad de la inscripción del adquirente en el libro de registro de accionistas de la respectiva sociedad, realizado por la misma sociedad a instancias del accionista enajenante -vendedor- por orden de éste o endoso en los títulos de acciones objeto de la venta con entrega de ellos a la misma sociedad emisora. Porque solamente con la inscripción del comprador en el libro de registro de accionistas de la sociedad, manifiesta el 406 del Código de Comercio, se entiende que adquiere la calidad de

F6t
X00
160

accionista, finalidad ésta que se persigue en la venta de acciones.

El enajenante debe cumplir la obligación dándole la orden a la sociedad para que inscriba a su comprador como accionista, por exigencia de la misma norma del 406 en concordancia con el Art. 648 del mismo Código. Ahora bien, la sociedad no puede negarse, salvo causa justa, a realizar la inscripción del nuevo accionista, previa orden que le haya dado el vendedor enajenante, lo cual determina que no existiendo justa causa para que la sociedad se niegue a realizar la inscripción del comprador, éste podrá acudir al juez en contra de la sociedad para que realice la anotación de la transferencia en el libro respectivo de la sociedad si la sociedad se niega a realizarlo, de conformidad con el Art. 650 del Código de Comercio.

La norma del Art. 650 del Código de Comercio, referida a títulos nominativos como son las acciones es armónico con el Art. 406 del mismo estatuto, porque hasta que no se realice la inscripción en el libro de registro de accionistas de la sociedad de la transferencia o enajenación de las acciones, el accionista no adquiere la calidad de accionista de la sociedad, y la responsabilidad del vendedor enajenante comprende dar la orden a la sociedad para que realice la citada inscripción y subsanar los hechos que configuren la justa causa que pudiera argumentar la sociedad para la negativa de la inscripción. Sin embargo, como la inscripción en el libro de registro de accionistas es una obligación autónoma de la sociedad, que en principio escapa al cumplimiento del accionista vendedor y por la cual no sería responsable a menos que la negativa a la inscripción de parte de la sociedad emisora de los títulos de acciones provenga de justa causa imputable al vendedor, la responsabilidad del enajenante se extiende a que su adquirente adquiera la calidad de accionista ya que esta es la finalidad que se persigue con la compraventa de acciones.

152
101
161

- (ii) El correspondiente a las acciones respecto de las cuales no se hubiera producido el pago del precio y que debían quedar sometidas a la garantía de la "fiducia", según contrato en el numeral 3.2. Las reglas de enajenación de las acciones son las mismas a las indicadas en la enajenación de este tipo de acciones no pagadas de la sociedad S3 WIRELESS INC. con excepción de la garantía que a continuación se explica.

3.7.1.2. Constitución de la Fiducia y entrega de las acciones.

Esta garantía de pago del precio de la venta fue establecida como obligación de los vendedores. Debía cumplirse según el contrato en el numeral 3.2 y la norma del Artículo 1226 del Código de Comercio, mediante la transferencia de la propiedad de las acciones de S3 WIRELESS COLOMBIA S.A., que le harían los accionistas vendedores a una entidad fiduciaria, según contrato de fideicomiso que se celebre con tal fin, para que una vez realizado el pago del precio de las acciones por parte de la compradora, la fiduciaria le enajenara a la compradora las acciones en proporción al pago efectuado, al tenor del numeral 6.3 del precitado contrato. Esto significaba que entre vendedores y fiduciaria debía celebrarse contrato de fiducia mediante el cual los vendedores le dieran orden a la sociedad S3 WIRELESS COLOMBIA S. A. para que procediera a inscribir a la fiduciaria como titular de las acciones en el libro respectivo, anulara los títulos de las acciones a favor de los vendedores y expidiera títulos a la fiduciaria, para que una vez realizado el pago del precio de la venta por la compradora y acudiendo al mecanismo que se adoptara en el contrato de fiducia, la fiduciaria le enajenara las acciones a la compradora, dándole igualmente orden a la sociedad emisora para que inscribiera la enajenación a favor de la compradora en el libro respectivo y se expidieran los títulos respectivos en su favor.

El contrato indicó que se celebraría la venta sobre 2.500.000 acciones, o sea sobre la totalidad de las acciones de S3 WIRELESS COLOMBIA S.A. que le enajenaron a la compradora. Sin embargo, es de anotar que como con el primer pago del precio de la venta por US \$150.000 debían registrarse y entregarse en propiedad a la compradora cierta cantidad de títulos de acciones de S3 WIRELESS Colombia S.A. y S3 WIRELESS INC., el contrato de fiducia debía serlo en consecuencia por cantidad menor a la indicada.

163
162
162

3.7.1.3. CANCELACIÓN PARCIAL DE LA PRENDA SOBRE ACCIONES DE S3 WIRELESS INC. Y ENTREGA DE ACCIONES A LA COMPRADORA

Celebrado el contrato de prenda (Pledge and Security Agreement) entre los vendedores y la compradora, obtenido su registro mediante el cumplimiento de los requisitos estatutarios de la sociedad S3 WIRELESS INC. y una vez realizados los pagos del precio de la venta, los vendedores se obligaron de conformidad con el numeral 3.4 del contrato a cancelar parcialmente la prenda a efecto de liberar las acciones del gravamen y proceder a que el banco depositario realizara la entrega de los títulos de tales acciones a la compradora.

3.7.1.4. ENTREGAR INFORMACIÓN FINANCIERA, OPERATIVA, ADMINISTRATIVA, LABORAL, TRIBUTARIA Y JURÍDICA DE S3 WIRELESS INC.

Esta obligación a cargo de los vendedores, la cual debía cumplirse dentro de los quince días siguientes a la firma del contrato de venta de acciones, tenía como propósito que SERVISATÉLITE empezara a realizar la Gerencia de la empresa S3 WIRELESS INC., según lo expresado en el numeral 5.4.

3.7.1.5. PAGAR PASIVOS CIERTOS Y CONTINGENTES DE S3 WIRELESS INC Y ENTREGAR PAZ Y SALVOS Y CERTIFICACIÓN

Esta obligación se estableció a cargo de los vendedores (num. 5.1 del contrato) para que con el pago del precio por parte de la compradora se cancelara la totalidad del pasivo y sus frutos de la sociedad S3 WIRELESS INC., así como cualquier pasivo contingente, en forma tal que se asegurara a la compradora el pago de cualquier obligación a cargo de la sociedad extranjera. Esta obligación fue afianzada por la vendedora, Sra. María Stephenson.

Se obligaron igualmente los vendedores a entregar a la compradora los paz y salvos que verificaran el pago total y a satisfacción de las obligaciones de la sociedad S3 WIRELESS INC.

3.7.1.6. ELEGIR BANCO AMERICANO PARA CONTRATO DE DEPÓSITO DE ACCIONES PIGNORADAS CON PRENDA DE S3 WIRELESS INC.

704
Nº 3
163

A cargo de los vendedores se estableció la obligación de elegir el banco americano con el cual celebraría la compradora el contrato de depósito de las acciones de S3 WIRELESS INC. cuyo titular era la compradora y que estaban gravadas con prenda a favor de los accionistas vendedores, de acuerdo con los numerales 3.1 y 3.3 del contrato de venta. Este contrato de depósito debía celebrarse simultáneamente con el contrato de prenda (Pledge and Security Agreement) de las acciones de S3 WIRELESS INC.

3.7.2. Obligaciones de la compradora

3.7.2.1. Otorgar y entregar el pagaré

Para "brindar mayor seguridad a los ACCIONISTAS" vendedores, se manifestó en el contrato en el numeral 3.6, en relación con el pago del precio de la venta, que la compradora suscribiría un *PAGARE* a favor de la Sra. MARÍA STEPHENSON, por el valor total del citado precio, o sea por la cantidad de US \$1.900.000.

Se declaró en el contrato que el pagaré había sido entregado en la fecha de suscripción del Contrato, y con la expresa finalidad de que pudiera hacerse efectivo para el caso de exigir el cumplimiento del contrato (numeral 6.4 del contrato)

3.7.2.2. Pagar el precio de la venta.

Tal como se dijo atrás, el numeral VI del contrato fijó como precio de la venta la cantidad de Un Millón Novecientos Mil Dólares de los Estados Unidos de América (US\$1.900.000) el cual se pagaría a plazos de la siguiente manera:

- a) US\$150.000, al día siguiente de la venta, o sea el 23 de febrero de 2006;
- b) US\$300.000, en plazo de seis meses a partir de la fecha del contrato, o sea hasta el 22 de agosto de 2006;
- c) US\$400.000, en plazo de doce meses a partir de la fecha del contrato, o sea hasta el 22 de febrero de 2007;
- d) US\$500.000, en plazo de dieciocho meses a partir de la fecha del contrato, o sea hasta el 22 de agosto de 2007, y

105
104
164

e) US\$550.000, en plazo de veinticuatro meses contado a partir de la fecha del contrato, o sea hasta el 22 de febrero de 2008.

Se acordó que el precio se pagaría en dólares americanos a la Sra. María STEPHENSON o a la persona que ella indicara (Parágrafo del numeral 6.2.).

3.7.2.3. Celebrar un contrato de prenda de las acciones de S3 WIRELESS INC. (Pledge and Security Agreement)

Como garantía de pago del precio de la venta, según el numeral 3.1. del contrato, la compradora se obligó a constituir una garantía denominada *"Pledge and Security Agreement"* que consiste en una "prenda con tenencia" sobre las acciones a favor de los accionistas vendedores.

Los títulos de las acciones enajenadas a favor de la compradora quedarían gravados con la prenda y se depositarían en banco americano de Louisiana escogido por los vendedores (numeral 3.3 del contrato) que los entregaría a los vendedores en proporción a los pagos efectuados a los vendedores.

Esa garantía de la prenda sobre las acciones no pagadas debía constituirse entre la compradora y los vendedores, y simultáneamente debía celebrarse el contrato de depósito bancario (escrow) entre la compradora y el banco americano seleccionado por los vendedores.

Las acciones gravadas con prenda estarían en cabeza de la compradora, para lo cual los vendedores debían dar la orden de enajenación a la sociedad S3 WIRELESS INC. para que ésta procediera a la inscripción en sus libros y expidiera el título o títulos de las acciones.

La disposición de la prenda que acordaron las partes en el numeral 3.1. del contrato de venta, que dice: *"La venta de las acciones de la sociedad S 3 WIRELESS INC. que hacen los ACCIONISTAS a favor de los COMPRADORES está sujeta a la constitución de una garantía denominada Pledge and Security Agreement, que consiste en una prenda con tenencia sobre las acciones a favor de LOS ACCIONISTAS, como garantía del pago total del precio aquí pactado....."*, se presta a confusión, ya que podría interpretarse que la

166
165

venta se sujetó a una condición suspensiva. Es decir que mientras que no se constituyera la prenda no nacía a la vida jurídica el contrato de venta, al tenor del artículo 1536 del Código Civil. Salvo que hubiera de entenderse que lo que quisieron las partes fue que en tal evento se resolviera el contrato, es decir que si no se constituía la prenda se resolvía la venta de las acciones.

Para el Tribunal no es posible que la condición fuera suspensiva, si se considera que, como bien se sabe, para constituir la prenda es requisito indispensable que las acciones que han de gravarse sean de propiedad de la compradora, en este caso de SERVISATÉLITE. Por consiguiente, mal podría ser la constitución de la prenda un presupuesto de la compraventa, si mientras ésta no se perfeccione no hay manera alguna de que el comprador constituya tal gravamen.

El Tribunal considera que la condición tampoco era resolutoria, dado que las partes no le asignaron a la no constitución de la prenda con tenencia la virtualidad de resolver el contrato. No existe en la disposición del numeral 3.1 del contrato de venta, estipulación alguna que permita entender que si no se constituía la garantía se resolvería el contrato. Con todo y esto, en el numeral 4.2. las partes acordaron que por el no pago del precio, o si las partes incumplían cualesquiera de las obligaciones convenidas, las acciones se transferirían y entregarían a los accionistas vendedores, con lo cual se configura la resolución de la venta; pero agregaron los contratantes que eso se haría *“sin perjuicio de las demás acciones legales que según lo pactado en este contrato y lo establecido en las leyes, LOS ACCIONISTAS se encuentren facultados a ejercer y con derecho a favor de la parte afectada a cobrar los perjuicios pactados en este Contrato que se hayan causado con el incumplimiento contractual.”* Este pacto comisorio que daremos aquí por llamarlo *“impropio”*, así lo es por cuanto no solamente prescribió la *“resolución”* sino el *“cumplimiento”* a elección del cumplido, con lo cual las mismas partes contratantes le quitaron el efecto al pacto comisorio. Es decir que las partes consignaron en esta disposición antes que la resolución del contrato la misma norma contenida en el artículo 1546 del Código Civil.

En este aspecto es importante determinar que los actos de los vendedores, relacionados con la orden a la sociedad emisora de los títulos para inscribir la venta en el documento o libro respectivo, la inscripción de la venta a favor del adquirente, la anulación de los títulos de los enajenantes y la expedición de los nuevos títulos al

167
168
166

adquirente, de un lado, así como el otorgamiento de la garantía de prenda mediante la celebración del contrato respectivo entre vendedores y compradora, acompañada de la celebración del contrato de depósito de acciones en banco americano designado por los vendedores, de otro lado, debían cumplirse en forma simultánea. Esto en razón de que no podría asegurarse válidamente la garantía a favor de los vendedores relativa al pago del precio de la venta por el comprador si se permitiera la transferencia de las acciones a la compradora sin que sucediera igualmente el otorgamiento de la prenda y el depósito en banco americano. Por tanto, si bien jurídicamente debía suceder primero el perfeccionamiento de la venta de las acciones frente a la sociedad y a terceros mediante la inscripción de la venta en el libro de registro de accionistas de la sociedad, antes que la constitución de la garantía de la prenda, en la práctica esta obligación debía ser cumplida por las partes en forma simultánea a efecto de asegurar la finalidad de la garantía a favor de los vendedores. Desconocer este procedimiento significaría poner en manos de la compradora las acciones en su nombre con grave riesgo de que la garantía no se constituyera por voluntad de la misma compradora.

Se interpreta así por el Tribunal, de conformidad con las reglas hermenéuticas de los artículos 1621 y 1622 del Código Civil, el alcance de la disposición de la prenda (Pledge and Security Agreement) contenido en el numeral 3.1. del contrato de venta mencionado y que fue motivo de discusiones de parte de la sociedad compradora.

Estas mismas consideraciones le son aplicables a la venta de las acciones de S3 WIRELESS COLOMBIA S.A. que acordaron las partes contratantes con la misma redacción de la fiducia de los numerales 3.2 y 3.3 del contrato de venta, con la salvedad de que en la disposición citada se indicó en forma clara y sin lugar a dudas que los vendedores le harían transferencia a la fiduciaria de la propiedad sobre las acciones y que esta le haría entrega de las acciones a la compradora una vez realizados los pagos.

3.7.2.4. Administrar las sociedades S3 WIRELESS INC. y S3 WIRELESS COLOMBIA S. A. e informar labores de apoderamiento de S3 WIRELESS INC Y S3 WIRELESS COLOMBIA S. A.

El Contrato tantas veces citado dispuso lo siguiente:

468
LAF
167

"5.4. LOS ACCIONISTAS entregarán al COMPRADOR dentro de los quince días siguientes a la fecha de firma del presente contrato, la información financiera, operativa, administrativa, laboral, tributaria y jurídica de la sociedad S3 WIRELESS INC, para que este último pueda entrar a gerenciar la empresa."

"VIII. ADMINISTRACIÓN. A partir de la fecha de firma del presente contrato el señor JAIME ALBERTO RINCÓN PRADO entrará a ser el apoderado de las sociedades S3 WIRELESS INC y S3 WIRELESS COLOMBIA S.A. Cada dos meses EL COMPRADOR entregará informe a LOS ACCIONISTAS sobre el estado de la sociedad, hasta que se pague el precio total de la venta."

La primera de tales disposiciones es clara en cuanto que la voluntad expresada no deja duda alguna. Los vendedores no solamente autorizan a la sociedad compradora - SERVISATÉLITE- para que "gerencie" la sociedad extranjera S3 WIRELESS INC., sino que en forma previa se obligan a hacerle entrega de la información empresarial necesaria, o sea, de la información financiera, operativa, administrativa, laboral, tributaria y jurídica, dentro de los quince días siguientes a la firma del contrato, para que pueda realizar tal tarea, lo cual implica, por supuesto, que con la entrega igualmente de los derechos políticos y económicos que le cedieron con la venta de aquellos a esta dispuesta en el inciso 2 del numeral 3.1. del Contrato, los órganos sociales competentes designen a SERVISATÉLITE para ejercer la Gerencia.

La disposición contenida en el numeral VIII, relativa a que el Sr. JAIME A. RINCÓN ejerza el apoderamiento de las dos sociedades, tiene dificultad para conocer de qué tipo de apoderamiento se trata ya que la respectiva cláusula no lo menciona en forma explícita. Sin embargo, por el título de la misma disposición "ADMINISTRACIÓN", en concordancia con el numeral 5.4 antes citado, se puede inferir que los vendedores le otorgaron poder al Sr. RINCÓN para que ejerciera la "administración" de las dos sociedades, así la representación de la Gerencia de la sociedad S3 WIRELESS INC. estuviera en cabeza de SERVISATÉLITE, sociedad ésta de la cual el Sr. Rincón era representante legal.

El poder conferido al Sr. Rincón en las dos sociedades, así como la "gerencia" que ejercería SERVISATÉLITE de la sociedad S3 WIRELESS INC. no estaban referidos a los derechos económicos y políticos de las sociedades, por cuanto que éstos ya se habían

189
168
168

reconocido en favor de SERVISATÉLITE expresamente en los numerales 3.1. Párrafo 2 y 3.2. Párrafo 2 del contrato de venta, con exclusión de los actos de disolución, liquidación y venta de la empresa, que fueron prohibidos. Sin embargo, obviamente, el poder, la gerencia y la cesión de los derechos económicos y políticos de los accionistas eran indispensables para que SERVISATÉLITE pudiera "*desarrollar satisfactoriamente su gestión administrativa sobre la sociedad*", tal como lo expresan los incisos segundos de los numerales 3.1. y 3.2. del contrato.

3.7.2.5. No reducir la participación en la sociedad CABLECENTRO S. A.

La compradora se obligó a no reducir su participación en el capital social de CABLECENTRO S. A. como accionista. Esta garantía dada por la compradora pretendió dar una mayor seguridad a los accionistas vendedores del negocio realizado. Se estipuló, para este caso, que la compradora certificaría bimensualmente, y hasta cuando ocurriera el pago de la totalidad del precio de la venta, la no reducción de su participación en la sociedad citada (num. 3.6 del contrato).

4. EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO -EL ERROR DE HECHO

Pasa el Tribunal a estudiar el llamado "error de hecho", por cuanto la convocada y demandante en reconvención, lo alega en la contestación de la reforma de la demanda, en la primera parte de la excepción denominada "Incumplimiento del contrato por parte de los vendedores".

4.1. Lo alegado por las partes

Argumenta la convocada que existió un vicio del consentimiento por error de hecho en la calidad del objeto, teniendo en cuenta que el contrato de compraventa se celebró con base en las proyecciones de ingresos y ofertas aceptadas por S3 Wireless Inc., y S3 Wireless S.A., presentadas por los accionistas vendedores; cifras que afirma, fueron determinantes para la celebración del negocio y no coincidían con la realidad contable y financiera de las compañías.

170
169

Igualmente afirma la convocada y demandante en reconvención, que la información contable y financiera entregada por los accionistas vendedores desde octubre de 2.005, no correspondía con la información real de S3 Wireless Colombia S.A., lo cual sólo se pudo comprobar en marzo del 2.006, cuando SERVISATÉLITE S.A., empezó a administrar la sociedad.

Explica que la debida diligencia se realizó con base en los datos y cifras suministrados por los accionistas vendedores, teniendo en cuenta que Servisatélite en ese momento todavía no había ejercido la administración de la compañía y que por dicha razón, no pudo establecer la veracidad de los documentos que se le entregaron. Sostiene además, que si los vendedores hubieran mostrado la realidad financiera y contable de las compañías, Servisatélite no habría celebrado el negocio.

Finalmente, explica que Servisatélite planteo a los accionistas la rescisión del contrato con fundamento en una nulidad por vicios del consentimiento, toda vez que las proyecciones habían sido determinantes para la celebración del contrato.

Por su parte, la convocante y demandada en reconvención, en respuesta a las excepciones de mérito propuestas, afirma que no es cierto que el negocio se hubiera celebrado con fundamento en las proyecciones de ingresos y ofertas aceptadas, que no existe ninguna cláusula en el contrato de compraventa de acciones que se refiera a esta condición; y, que la venta se hizo en forma pura y simple.

Sostiene que Servisatelite declaró en la cláusula 5.3 del contrato, que conocía todas las actividades que ejecutaba S3 Wireless Colombia S.A., que tenía pleno conocimiento de sus libros de contabilidad, contratos, convenios y acuerdos y, que las acciones se transferirían en el estado en que se encontraba la sociedad.

Se refiere a los documentos denominados "Memorando de entendimiento suscrito entre Servisatélite S.A. y S3 Wireless Inc.", "Contrato de Enajenación de Acciones de S3 Wireless Inc. y S3 Wireless Colombia S.A." y el "Documento de Intención de Enajenación de Acciones", de los que concluye que Servisatélite asumió la administración de S3 Wireless Colombia S.A., en noviembre de 2005, por lo que estuvo en capacidad de conocer, estudiar y verificar todas sus operaciones.

171

170

4.2. Características del error de hecho

Es bien sabido que el consentimiento o voluntad, es un requisito esencial para la existencia y validez de los actos jurídicos. Así lo explica el profesor Ospina Fernández:

“...para la *existencia* de un acto jurídico es necesaria la manifestación de la voluntad del agente o agentes que intervienen en su celebración; pero, además, es indispensable para la *validez* del mismo acto que dicha voluntad sea *sana*, es decir, que no adolezca de ciertos vicios, cuya presencia destruye la libertad y la conciencia que la ley presupone en el agente o agentes al reconocerles poder suficiente para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas.”²⁵

En el mismo sentido la H. Corte Suprema de Justicia:

“...siendo por definición el consentimiento uno de los requisitos esenciales para la existencia del acto jurídico, cuando es sano, libre y espontáneo es así mismo elemento esencial para su validez...”

*...por este motivo, para todo acto jurídico no solamente se requiere que los agentes otorguen voluntariamente su consentimiento, sino que también se exige que lo hagan con cierto grado de conciencia y de libertad, fuera de lo cual el acto existe, pero queda viciado de nulidad; es decir, que no adolezca de ciertos vicios, cuya presencia destruye esa libertad y conciencia que la ley presupone en el agente o agentes al reconocerles poder suficiente para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas...”*²⁶

Este consentimiento o voluntad puede estar viciado, en efecto, de acuerdo con el artículo 1508 del Código Civil, a cuyo tenor, “...los vicios de que puede adolecer el consentimiento, son error, fuerza y dolo.” El error es la discrepancia entre una idea y la realidad que esta representa; sin embargo, es esencial aclarar que no cualquier error afecta la eficacia de los actos jurídicos, únicamente es relevante el error que sea el móvil determinante o la causa de la voluntad que se expresa, el denominado por la doctrina “error dirimente”.

²⁵ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. *Teoría general de los actos o negocios jurídicos*. Bogotá: Temis, 1980, p. 185.

²⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, M.P. Manuel Ardila Velásquez, Sentencia de 11 de abril del 2000.

172
171

Así lo ha expresado la doctrina:

"El error es influyente, esto es, relevante, cuando es esencial y además reconocible. La esencialidad concierne a la materia sobre la que recae el error; la reconocibilidad se refiere a la situación concreta del contratante... El error esencial es relevante, con tal que en el incurra la parte contractual que resulta perjudicada... La prueba de la esencialidad y de la reconocibilidad está a cargo del que erró y que las alega..."²⁷

También lo ha expuesto la jurisprudencia arbitral:

"...tal error debe ser determinante, de manera que se observe, a las claras, que quien lo alegue no habría prestado su consentimiento sin mediar la existencia del yerro... Baste decir que por él se entienden las maniobras engañosas o fraudulentas que inducen a la otra parte a error, y en últimas, a prestar su consentimiento, en unas condiciones en las que normalmente no se habría otorgado."²⁸

De acuerdo con nuestra legislación, existen varias hipótesis en las que el error de hecho constituye un vicio del consentimiento, el Tribunal estudiará el caso del error relacionado con la sustancia o calidad de la cosa, que es el objeto de la excepción formulada y que podría ser el único aplicable al caso.

El error sobre la calidad del objeto está regulado por el artículo 1511 del Código Civil, así:

"El error de hecho vicia asimismo el consentimiento cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato, es diversa de lo que se cree; como si por alguna de las partes se supone que el objeto es una barra de plata, y realmente es una masa de algún otro metal semejante.

²⁷ MESSINEO, Francesco. *Doctrina general del contrato*. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América, Tomo I, 1952, p.125.

²⁸ Tribunal de Arbitramento Arcec Internacional Ltda. -en reestructuración- hoy Arcec S.A. v. Banco Comercial AV Villas S.A., Noviembre 20 de 2006.

173
172

“El error acerca de otra cualquiera calidad de la cosa no vicia el consentimiento de los que contratan, sino cuando esa calidad es el principal motivo de una de ellas para contratar, y este motivo ha sido conocido de la otra parte.”

De acuerdo con la norma transcrita, el error constituye vicio del consentimiento en dos circunstancias: cuando éste recae sobre la sustancia o calidad esencial del objeto o, cuando recae sobre las cualidades accesorias o accidentales –no sustanciales- siempre que estas sean el motivo principal de una de las partes para contratar y este motivo lo ha conocido la otra parte.

El concepto de “sustancia” ha sido ampliamente discutido por la jurisprudencia y la doctrina, desde el Código de Napoleón hasta hoy. De acuerdo con la H. Corte Suprema de Justicia:

“...la evolución a culminado –siempre sobre la base de que por sustancia hay que entender las calidades sustanciales- con la teoría contemporánea- inspirada en un criterio subjetivo, de orden psicológico, que encuentra su centro de gravedad no en un elemento material sino en la noción de móvil determinante de la voluntad- según la cual son sustanciales aquellas calidades que han sido determinantes o propulsoras de la voluntad de las partes.”²⁹

Sobre el tema, el tratadista Ospina Fernández, ha dicho qué se entiende por sustancia:

“...el conjunto de propiedades o calidades esenciales de este, es decir, el conjunto de calidades materiales e inmateriales que determinan su naturaleza específica y que sirven para distinguirlo de otros objetos...”³⁰

En el caso *sub-examine*, el Tribunal establecerá si está probada la existencia de un error sobre las calidades del objeto del acto jurídico y, en caso afirmativo, si tales calidades forman o no parte de la esencia de aquel. En el supuesto de que se pruebe que el error que alega la convocada sea sobre las calidades accidentales del objeto, se deberá establecer si estas constituyeron el móvil determinante de los contratantes.

²⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, Sentencia de 28 de febrero de 1936.

³⁰ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Op. cit., p. 198.

177
173

4.3. Existencia de error de hecho en el contrato de compraventa de acciones celebrado el 22 de febrero de 2006

4.3.1. Proyecciones de ingresos y ofertas aceptadas

Como ya se expuso en este laudo, la convocada sostiene que las proyecciones de ingresos y las ofertas aceptadas fueron el fundamento del negocio de compraventa de acciones objeto de este litigio.

El Tribunal encuentra que no existe material probatorio que determine que dichas proyecciones fueron efectivamente la base del negocio; ni aún en el contrato mismo se hace referencia a ellas. En efecto:

a)- En el contrato de enajenación de acciones celebrado por las partes el 10 de noviembre de 2005 se menciona un plan de negocios y se dice que toda la negociación se realizó con fundamento en la información que el vendedor presentó al comprador. El contrato se resolvería de pleno derecho si la información revelada no concordara con la real; sin embargo, en el documento de intención de enajenación de acciones celebrado el 31 de enero del 2006, se dice que los documentos anteriores quedarían sin efecto a partir de la firma de este último.

b)- El contrato de compraventa de acciones en la cláusula 5.3 menciona que el comprador declara que conoce todas las actividades de la S3 WIRELESS COLOMBIA S.A. S.A., y que tiene "...pleno conocimiento de sus libros de contabilidad, documentos, contratos, convenios y acuerdos...de su situación financiera...; y en general, de todo lo que concierne a la sociedad, sin excepción y sin reserva alguna...las acciones se transferirán en el estado en que se encuentra la sociedad S3 Wireless Colombia S.A."

c)- El dictamen pericial, que está en firme y no fue objetado por las partes, confirma que no se encontraron documentos relacionados con proyecciones entregadas para la negociación de las acciones, ni dentro del expediente, ni en las instalaciones de Servisatélite. El único documento entregado al perito fue un paquete de fotocopias en inglés de cuadros titulados "Plan de Negocios S3W 2005-2008", sin referencia, explicación o identificación alguna y que no se puede comparar con ninguna de las cifras de los balances de S3 Wireless Inc. Igualmente afirma, que aún en el caso de que

178
174

se pudieran comparar, el simple enfrentamiento matemático, no es suficiente para evaluar la viabilidad de unas proyecciones financieras, pues no se tiene conocimiento de los supuestos bajo los cuales se estimaron.

En estas condiciones, sería forzoso para el Tribunal concluir que las supuestas proyecciones de ingresos eran una condición esencial para la celebración del negocio, por lo que en consecuencia no pudo existir un error sobre ellas. Por otra parte, si se considerara que estas proyecciones eran una calidad accidental del objeto del negocio, tampoco estima el Tribunal que estas constituyeron el móvil determinante de los contratantes, por lo menos de lo que se puede apreciar en el acerbo probatorio.

4.3.2. La información contable y financiera

Dado que se ha planteado que existieron inexactitudes en la información contable y financiera de S3 Wireless Colombia S.A., entregada por los accionistas vendedores y, que esa inexactitud podría traducirse en que las acciones que compraría Servisatélite tenían en realidad un valor inferior, el Tribunal abordará el problema de error en el valor del objeto y si éste era de la magnitud necesaria para viciar el consentimiento.

El Tribunal acoge la doctrina predominante sobre la materia, en el sentido de que el error en el valor de la cosa, no puede ser considerado como error en una cualidad esencial de ella; si este fuera el caso, todos los malos negocios serían anulables.

De otro lado, la doctrina moderna también ha agregado que para que el error vicie el consentimiento debe ser excusable, es decir no puede referirse a circunstancias que hubieran podido ser fácilmente verificadas antes del perfeccionamiento del contrato.³¹ Así lo ha expuesto también la jurisprudencia arbitral:

"...conforme a lo expuesto, cuando una de las partes pretenda haber incurrido en un error de hecho, vale decir, acerca de los términos del contrato, sobre su vigencia o el alcance de las estipulaciones en él contenidas, deberá acreditar que cualquiera otra persona colocada en una situación similar también habría incurrido en el mismo yerro, a pesar de obrar de manera prudente y diligente,

³¹ Tribunal de Arbitramento: Diego Muñoz Tamayo v. La Fortaleza S.A. - Compañía de Financiamiento Comercial (en liquidación), 17 de agosto de 1999.

porque el error alegado no es invalidante, cuando obedece a la falta de diligencia de quien lo invoca, porque hubiera podido evitarlo de haber procedido con una diligencia mediana...”³²

Por lo tanto, el Tribunal analizará la situación de la convocada y definirá si según sus calidades y condiciones, estaba o no en capacidad de conocer la realidad de la compañía y por ende de no verse afectada por el error.

La convocada y demandante en reconvenición, hace referencia en la contestación de la demanda a la comunicación de 16 de junio de 2006, presentada por el revisor fiscal, señor José Luis Sánchez Infante, en la cual se afirma que existe un manejo inadecuado en la cuenta de ingreso operacional que no está relacionado con la facturación de la empresa. Sin embargo, en el informe del revisor fiscal presentado a la asamblea ordinaria en marzo de 2007, el señor Sánchez no hace referencia ni salvedad alguna con respecto a lo mencionado, únicamente se refiere a la falta de amortización de unas cuentas, por lo que el Tribunal determina que las fallas mencionadas en el escrito de 16 de junio de 2006, fueron corregidas o por lo menos no está probado lo contrario.

De la misma manera, como en el dictamen del Revisor Fiscal, Sr. Carlos Foschi Larios, que obra a folio 417 del cuaderno 1, expresa que examinados los estados financieros cortados a 31 de diciembre de 2004 y 2005, ellos “expresan en forma razonable la situación financiera” de S3 WIRELESS Colombia S. A., que “la contabilidad se lleva conforme a las normas legales y a la técnica contable, que los actos administrativos y las operaciones registradas en los libros se han ceñido a las leyes colombianas”, y que “el informe de gestión presentado por los administradores de la sociedad respecto al ejercicio de 2005 guarda la debida concordancia con los Estados Financieros” dictaminados, este Tribunal no encuentra prueba alguna de inexactitudes que hubieran tenido como efecto un menor valor de las acciones motivo de la enajenación entre la compradora y los vendedores.

En este orden de ideas, el Tribunal encuentra que las partes iniciaron conversaciones precontractuales antes de noviembre de 2005; que Servisatélite realizó una debida diligencia; que tuvo acceso a la información de la compañía desde que se pactó la

³² Tribunal de Arbitramento: Electrificadora de Santander S.A. ESP v. Energía y Finanzas S.A. ESP, 29 de enero de 2007.

compra del 50% de la misma, antes de que se acordara la adquisición del 100% y se fijara el precio final; que los informes de los revisores fiscales establecen que los estados financieros presentan razonablemente la situación financiera de la sociedad; y, que de acuerdo con las actas de asambleas de accionistas, para febrero del 2006, ya estaba a cargo de la administración de S3 Wireless Colombia S.A. La posición de la convocada como experta en el negocio de las comunicaciones, la ponía en inmejorables condiciones para conocer la real situación financiera de S3 Wireless Colombia S.A., incluso en el evento de que las cifras de sus estados financieros no la reflejara y no es excusa argüir que "...no era del caso entrar a investigar la veracidad de los documentos..." que se entregaron para llevar a cabo la debida diligencia.

Por lo expuesto, el Tribunal encuentra que aún admitiendo en gracia de discusión que Servisatélite hubiera incurrido en error, en los motivos determinantes del contrato de suscripción, no resultaría ajustado a derecho decretar la rescisión del contrato por considerarse que aquel hubiera podido ser detectado por la convocada.

Es claro que la convocada y demandante en reconvención, que alega el error, debe probar que incurrió en él, que las proyecciones de ingresos y ofertas aceptadas eran una calidad esencial o el motivo principal determinante para consentir en el negocio; y que ese motivo ha sido conocido de la otra parte; no siendo ese, como acaba de verse, el caso *sub-lite*, el Tribunal negará la excepción de vicio del consentimiento por error de hecho y por consiguiente la rescisión por nulidad relativa.

5. EXCEPCIONES DE PRESCRIPCIÓN Y COMPENSACIÓN

En su escrito de contestación a la reforma de la demanda el apoderado de la convocada propuso "la excepción genérica prevista en el artículo 305 del código de procedimiento civil incluidas las de prescripción, compensación y nulidad relativa."

Sin embargo, en ese escrito, como en todos los demás de la convocada, brillan por su ausencia la necesaria sustentación jurídica de esas excepciones y así fuera un comienzo de soporte fáctico para cada una de ellas.

178
177

Bien se sabe, por otro lado, que esa que ha dado en llamarse “excepción genérica” no existe, y que lo que por tal se entiende es simplemente la hipótesis prevista por la ley de una excepción de fondo no invocada por una de las partes, que el Tribunal encuentra probada a la hora de fallar. Ese, aquí, no ha sido el caso.

Por lo que hace a la de prescripción, ya acaba de decirse que nada afirmó la parte que la propuso. Tampoco probó nada. Y puesto de lo que aquí se trata es, en lo fundamental, de una acción resolutoria de un contrato de compraventa, en los términos del artículo 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio, planteada por ambas partes y relativa a un negocio jurídico que se celebró el 22 de febrero de 2006, habiéndose presentado la demanda el 13 de diciembre de 2007, mal podría hablarse de que hubiera ocurrido prescripción alguna (artículo 235 de la ley 222 de 1995 y artículo 2536 del Código Civil).

En cuanto a la de compensación, el hecho de que ni siquiera se haya dicho qué podría o debería compensarse o haberse compensado, y de que tampoco aparezca prueba alguna relacionada con tal fenómeno, por supuesto obligará al Tribunal a despachar esta excepción también desfavorablemente.

6. EL FONDO DEL PROCESO - LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO - CONDUCTAS DE COMPRADORA Y VENEDORES

6.1. Algunos Antecedentes Relevantes

Es importante para el Tribunal, al realizar el análisis del desarrollo del contrato a efecto de determinar la forma en la cual las partes contratantes acometieron el cumplimiento de sus obligaciones, indicar que con anterioridad a la celebración del referido *“Contrato de Compraventa de Acciones de las Sociedades S3 WIRELESS INC. y S3 WIRELESS Colombia S. A.”*, las mismas partes y/o la sociedad S3 WIRELESS INC. con la sociedad compradora, desde el año 2005, celebraron varios negocios jurídicos relacionados con las empresas S3 WIRELESS INC. y S3 WIRELESS Colombia S. A., que estuvieron encaminados a que la compradora SERVISATÉLITE adquiriera la totalidad o la mayoría de las acciones de las dos sociedades, según pruebas documentales

179
178

aportadas por la parte actora que obran a folios 396 a 408 del cuaderno de pruebas No. 1.

Tales negocios jurídicos fueron los siguientes, siguiendo su orden cronológico:

- a) El *"Memorando de Entendimiento suscrito entre SERVISATÉLITE y S 3 WIRELESS INC."*, de 2 de noviembre de 2005, para adelantar gestiones cuya finalidad sería la cesión o compra de acciones de aquella a ésta, para la explotación del negocio de comercialización de servicios de telecomunicaciones. Las partes se obligaron principalmente a que S3 WIRELESS INC. le suministraría a SERVISATÉLITE toda la información técnica, financiera, legal y de cualquier otra índole necesaria para efectuar una evaluación para decidir sobre la compra de la empresa. Las partes contratantes establecieron plazos para la evaluación de la información, para decidir sobre la aceptación del proyecto, y para asumir la administración de la compañía desde que SERVISATÉLITE diera su aceptación. Se valoró la inversión del cincuenta por ciento (50%) de la empresa S3 WIRELESS INC. en la suma de dos millones de dólares de los Estados Unidos de América (US\$2.000.000).
- b) El *"Contrato de Enajenación de Acciones de S3 WIRELESS INC. y S3 WIRELESS Colombia S. A."*, de 10 de noviembre de 2005, entre SERVISATÉLITE y S3 WIRELESS INC., cuyo objeto fue la venta del cincuenta por ciento (50%) de las acciones de S3 WIRELESS INC. y el diez por ciento (10%) de las acciones de S3 WIRELESS COLOMBIA S. A. a favor de SERVISATÉLITE, por la suma de dos millones de dólares americanos (US\$2.000.000). Se convino, como condición resolutoria, el evento en el cual la información real de la empresa no concordara con la suministrada por la parte vendedora. Se convino igualmente entre las partes adoptar el plan de negocios de la operación y la certificación de activos y pasivos y que la administración de la empresa la ejercería la compradora. Este negocio perfeccionó el memorando de entendimiento anteriormente relacionado de 2 de noviembre de 2005.
- c) El *"Documento de Intención de Enajenación de Acciones"*, de 31 de enero de 2006, celebrado entre accionistas que representan el 93.71% del capital social de S3 WIRELESS INC. y el 20% del capital de S3 WIRELESS COLOMBIA S. A. y SERVISATÉLITE. Este negocio dejó expresamente sin efecto los dos anteriores

180
179

de 2 y 10 de noviembre de 2005. El objeto del contrato fue la promesa de vender -"intención de enajenar" manifestaron las partes-, la totalidad de las acciones de las citadas compañías, para lo cual las partes convendrían los términos, condiciones, garantías y estipulaciones del respectivo contrato antes del 15 de febrero de 2006, por la suma de un millón ochocientos mil dólares americanos (US\$1.800.000). En lugar de la celebración del contrato así prometido, los contratantes decidieron finalmente celebrar el contrato de compraventa de 22 de febrero de 2006.

6.2. Desarrollo del "Contrato de compraventa de acciones de las sociedades S3 WIRELESS INC. y S3 WIRELESS COLOMBIA S. A."- Cumplimiento de obligaciones a cargo de las partes

A continuación analizaremos la forma en que se desarrolló la ejecución contractual y si las partes le dieron o no cabal y oportuno cumplimiento a las obligaciones a su cargo.

6.2.1 Otorgar y entregar el pagaré

Para el mismo día de la celebración del contrato, o sea para el 22 de febrero de 2006, la compradora se obligó a otorgar y entregar un pagaré por el valor total del precio de la venta de las acciones enajenadas, o sea por la cantidad de un millón novecientos mil dólares americanos (US\$1,900,000). Y aun cuando el texto del contrato señala que esa obligación se cumplió simultáneamente con la firma del mismo, se encuentra probado en el proceso que el pagaré no fue otorgado por la compradora en la fecha indicada, y que en realidad nunca fue entregado a los vendedores. En la declaración de parte del representante legal de SERVISATÉLITE se ha confesado la no entrega del citado pagaré (pág. 14), al igual que en testimonio rendido por la Sra. Paola Achury de 15 de diciembre de 2008 (págs 19 y 20).

La parte actora vendedora no reclamó su entrega al momento de la suscripción del contrato, ni siquiera para la fecha en que se produjo el pago de la primera cuota del precio por US\$ 150.000, el 2 de marzo de 2006. Los vendedores le indicaron a la compradora en comunicación electrónica de 7 de abril de 2006, que obra a folio 120 del cuaderno 1, que le harían llegar la semana siguiente el modelo del pagaré, junto con

181
180

el modelo del contrato de prenda (Pledge and Security Agreement) para su revisión. La actitud pasiva asumida por los vendedores de no exigir la entrega del pagaré para la fecha prevista ni aún para aquella en la cual SERVISATÉLITE realizó el primer pago del precio, así como la de adoptar como conducta propia la elaboración de la minuta del pagaré, obligación esta última que no era de su incumbencia y responsabilidad, le indica al Tribunal la decisión de las partes, a instancias de los mismos vendedores, de modificar la obligación en cuanto a la forma y entrega del título citado. Para el 11 de junio de 2006 fue remitido por los vendedores a la compradora el modelo de pagaré, según mensaje electrónico que obra a folio 196 del cuaderno 2, pagaré que junto con la prenda y el contrato de depósito bancario para custodia de los títulos de acciones fueron presentados por los vendedores para la firma de la compradora y llevados a la reunión de 20 de junio de 2006 en New Orleans, documentos estos que no fueron suscritos por la compradora, según prueba que obra a folio 67 del cuaderno 2. Por tanto, la obligación de otorgar y entregar el pagaré fue evidentemente incumplida por la compradora.

En tales condiciones, para el Tribunal es claro que habrá de prosperar la excepción denominada "incumplimiento de Servisatélite de la obligación de suscribir un pagaré", que fue propuesta por la convocada en reconvenición. Pero no en los estrictos términos en los que ella se formuló, sino en razón del solo argumento de fondo de la misma, en el sentido de no haber sido cumplida la obligación de suscribir el pagaré en cuestión.

6.2.2. Pagar el precio de la venta

La compradora se obligó a pagar el precio de la venta en cinco cuotas, la primera el 23 de febrero de 2006 y la última, veinticuatro meses después, o sea el 22 de febrero de 2008.

La primera de tales cuotas debió pagarse, pues, al día siguiente de la suscripción del contrato, o sea el 23 de febrero de 2006, pero esto no ocurrió. El 24 de febrero, o sea dos días después de la celebración del negocio jurídico los vendedores le informaron a la compradora el número de la cuenta en la cual podía realizar el pago, según mensaje electrónico (fl. 123 y 124 cuaderno 1). La primera cuota por ciento cincuenta mil dólares americanos (US\$150.0000) fue abonada en cuenta de los vendedores el 2 de marzo de 2003, tal como lo reconocieron ambas partes. En principio podría pensarse

182
181

que hubo de parte de la compradora incumplimiento de la obligación de pagar en el plazo convenido. Sin embargo, para el día 23 de febrero la compradora desconocía la cuenta en la cual debería hacer el pago a favor de los vendedores, y en todo caso, el pago fue recibido por su acreedor sin reparo alguno, razón por la cual el retardo quedó subsanado.

Respecto de los demás pagos que debía realizar la compradora por US\$300.000, el 22 de agosto de 2006; US\$400.000, el 22 de febrero de 2007; US\$500.000, el 22 de agosto de 2007, y US\$550.000, el 22 de febrero de 2008 ellos no fueron realizados, lo cual constituye un evidente incumplimiento de la sociedad compradora. Este no pago del precio fue reconocido por el representante legal de SERVISATÉLITE el 3 de febrero de 2009, en la declaración de parte rendida (pregunta 18 fl.21)

Así las cosas, habrá de prosperar la excepción de “incumplimiento de Servisatélite en el pago del precio”, propuesta por la convocada en reconvención.

6.2.3. Entregar a SERVISATÉLITE los títulos de las acciones de S3 WIRELESS INC. y S3 WIRELESS COLOMBIA S. A. y constituir las garantías sobre las acciones no pagadas

Tal como se dijo atrás, los vendedores se obligaron a entregar en debida forma las acciones de S3 WIRELESS INC. y de S3 WIRELESS COLOMBIA S. A.

En relación con esta obligación el Tribunal encuentra lo siguiente:

- a) Acciones de S3 WIRELESS INC. y Contrato de Prenda y Contrato de Depósito Bancario.

La compradora, en correo electrónico de 8 de marzo de 2006 (folios 122 y 382 cuaderno 1), y en respuesta a la solicitud de los vendedores (fl. 122, cuaderno 1), les indicó a los vendedores la dirección a la que debían enviar las acciones a su nombre, correspondientes al pago de la primera cuota del precio de la venta.

De la declaración del Sr. Asher Friend, asesor legal de S3 WIRELESS INC. y de los documentos anexos a la misma que obran a folios 72 a 224 del cuaderno 2, los vendedores John Stephenson, María Stephenson, Neil Pat James, Phillip Stephenson,

Jose Luis Malvehy, Germán Giraldo, Catherine Chavarri, Beatriz Caro, Jim Stephenson, Paul Stephenson y Jaime Cabal, endosaron por intermedio de apoderado, los títulos 3, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 15, 16, 17, 18, 20 y 21, según copias que obran a folios 74 a 104 y folios 105 a 120 del cuaderno 2.

Los vendedores le remitieron a la compradora por correo Federal Express del 8 de marzo de 2006, según prueba que obra a folio 184 a 186 del cuaderno 2 y 270 y 271 del cuaderno 1, el TITULO 22, correspondiente a 134.351.53 acciones de S3 WIRELESS INC., a nombre de SERVISATÉLITE, o sea el número de acciones proporcional al pago realizado de US\$150.000, según pruebas que obran en correos electrónicos a folios 119, 120 del cuaderno 1. Para el Tribunal, la expedición del título respectivo hace suponer que la sociedad debió realizar el registro de la venta en sus libros.

La Sra. Gina Paola Achury en su declaración de 15 de diciembre de 2008 manifestó que la sociedad compradora recibió el título de acciones No. 22 que correspondían al pago del precio por la cantidad inicial de US\$150.000.

La sociedad S3 WIRELESS INC. expidió a favor de SERVISATÉLITE el 2 de marzo de 2006 los títulos de acciones números 22, 23, 24, 25 y 26, por 134.351.53, 268.703.14, 358.270.81, 447.838.52 y 492622, cuyas fotocopias obran, a partir del título 23, a folios 120, 125 a 132 del cuaderno 2.

Los títulos 23 a 26 citados, correspondientes a la enajenación del saldo de las acciones que los vendedores tenían en S3 WIRELESS INC., no fueron entregados a SERVISATÉLITE porque el contrato previó que debían ser entregados en custodia al banco americano de Louisiana, previa celebración del contrato de depósito y el contrato de prenda.

Tal como se advirtió en las obligaciones de la compradora, en el numeral 3.7.2., en forma simultánea, los contratantes debían cumplir sus obligaciones para, de una parte, realizar los actos propios de los vendedores relativos a dar la orden a la sociedad emisora de los títulos para inscribir la venta en el documento o libro respectivo, la inscripción de la venta a favor del adquirente por la sociedad, la anulación de los títulos de los enajenantes y la expedición de los nuevos títulos al adquirente por la sociedad, así como el otorgamiento de la garantía de prenda mediante la celebración del contrato

184
183

respectivo entre vendedores y compradora, acompañada de la celebración del contrato de depósito de acciones en banco americano designado por los vendedores entre la compradora y el banco, de otro lado.

Entiende el Tribunal que los vendedores cumplieron su obligación y que los reparos que SERVISATÉLITE manifestó en los correos electrónicos de 13 y 16 de marzo (folios 120 y 125 cuaderno 1), 11 de abril (folio 119 del cuaderno 1) y 31 de mayo de 2006 (folio 116 del cuaderno 1), en relación con la anulación de títulos anteriores así como de los endosos, se encuentran satisfechos por los vendedores, y que la entrega de las acciones no pagadas a esa fecha, que fueron expedidas por la sociedad emisora, no era procedente hacérsela a la compradora sino solamente al banco de custodia, tal como lo estableció el contrato de venta de acciones en los numerales 3.1. y 3.3 del contrato de venta. Reitera el Tribunal que la conducta idónea para asegurar la finalidad del negocio y en especial el pago del precio de la venta, era que los originales de los títulos de acciones fueran entregados directamente al banco depositario escogido por los vendedores, lo cual excluía por supuesto la entrega material a la compradora de los títulos con anterioridad a la celebración de la prenda y del depósito bancario para su custodia.

En cuanto a las minutas de los contratos de "prenda" con tenencia (Pledge and Security Agreement) y "depósito" en custodia con un banco americano en Louisiana, los vendedores procedieron a elaborarlas y señalaron como banco para el depósito a JP Morgan. Las minutas de pagaré, contrato de prenda y contrato de depósito de custodia (escrow) fueron enviadas a la compradora en correo electrónico de 11 de junio de 2006 enviado por el asesor legal de S3 WIRELESS INC. a SERVISATÉLITE, en el cual se solicitó a la compradora información que requería el banco JP Morgan para la firma de contrato (folios 196 y 224 del cuaderno 2).

El 20 de junio de 2006, en reunión que sostuvieron las partes contratantes en New Orleans, los vendedores presentaron a la compradora los documentos de garantía convenidos en el contrato de venta con la finalidad de que fueran suscritos. La sociedad compradora se negó a suscribirlos, según obra a folios 200 a 202 del cuaderno 2. Existe confesión de parte del representante legal sobre el no otorgamiento de esta garantía (fl. 14. Pregunta No. 9)

188
184

De lo anterior, el Tribunal concluye que los vendedores cumplieron con la obligación relativa a la entrega de los títulos de las acciones de S3 WIRELESS INC., equivalentes al pago recibido en cuantía de ciento cincuenta mil dólares (US\$150.000) a la sociedad compradora, pero la compradora incumplió la obligación de suscribir las garantías de la prenda (Pledge and Security Agreement) y el contrato de Depósito en Custodia (escrow) con el Banco JP Morgan.

b) Acciones de S3 Colombia S. A. y Contrato de Fiducia

Los vendedores tenían, además, la obligación de enajenar las acciones de S3 WIRELESS Colombia S. A., así: (i) las que correspondieran proporcionalmente al primer pago del precio de la venta, directamente a SERVISATÉLITE; y (ii) el resto de las acciones, mediante la celebración de un contrato de fiducia con entidad fiduciaria legalmente habilitada.

El 8 de marzo de 2006 los vendedores remitieron a la sociedad compradora la minuta de contrato de fiducia (folio 126 cuaderno 1). El 13 de marzo de 2006 (folio 121 cuaderno 1) los vendedores le manifestaron a la compradora que los vendedores le habían remitido al Sr. José Luis Malvehy el poder para el endoso de los títulos.

El 15 de marzo de 2006 (folio 125/126 cuaderno 1), la sociedad compradora hizo varias observaciones al contrato de fiducia. Se destacan entre ellas la falta del registro de la inversión extranjera de personas extranjeras en la sociedad S3 WIRELESS COLOMBIA S. A., los costos de la fiducia, así como la apreciación que tiene la misma compradora en el sentido de que siendo SERVISATÉLITE la propietaria de las acciones, la sociedad S3 WIRELESS Colombia S. A. debe expedirle los títulos respectivos en propiedad y proceder entonces la compradora a la celebración de la fiducia como garantía del pago del precio. Manifestó la compradora su preocupación porque no fuera posible la celebración del contrato de fiducia según se lo indicaban algunas indagaciones previas que dijo haber realizado.

Para abril de 2006 las partes decidieron acordar una nueva garantía que reemplazaría la fiducia, según se desprende del correo electrónico del día 6 de ese mes de SERVIATELITE a los vendedores (folio 119 y 120 del cuaderno 1), decisión que se confirma con el correo de 11 de abril de la compradora en la cual manifiesta que con el

186
185

abogado de los vendedores se definirá el tipo de garantía que se va a constituir sobre las acciones de S3 WIRELESS Colombia S. A., que podría ser una "prenda con tenencia" de las acciones con depósito en el Depósito Centralizado de Valores -DECEVAL- o con una firma de auditoría ampliamente reconocida. Para el Tribunal, esto significa que las partes de común acuerdo decidieron modificar el contrato de venta respecto de la garantía para el pago del precio correspondiente a la enajenación de las acciones de la sociedad S3 WIRELESS COLOMBIA S. A.

El 19 de abril del mismo año la compradora, en carta a los vendedores que obra a folios 133 y 134 del cuaderno 1, requirió la entrega de los títulos de las acciones de S3 WIRELESS Colombia S. A.

El 23 de mayo de 2006 (folio 117 del cuaderno 1), mediante correo electrónico, la compradora requirió a los vendedores el cumplimiento de las obligaciones retardadas a su cargo, y sugirió modificar parcialmente el contrato de venta de las acciones. En especial, en relación con el tema de la enajenación de las acciones de S3 WIRELESS COLOMBIA S. A., sugirió la constitución de la prenda. Este requerimiento de entrega de las acciones volvió nuevamente a realizarlo la compradora en correo de 24 de mayo siguiente (folio 338 del cuaderno 1).

Para el 31 de mayo del mismo año, en correo electrónico (folios 115/116 del cuaderno 1), la compradora, al hacer un recuento de las obligaciones cumplidas y no cumplidas, anunció la realización de una reunión para junio con el fin de aclarar varios temas relativos al contrato. Los vendedores dieron respuesta a la compradora para manifestarle que el Sr. Malvey haría los endosos respectivos, y que debía constituirse una prenda, diferente de la prenda contenida en el "Pledge and Security Agreement", en los términos de la ley colombiana. Esta comunicación fue replicada por SERVISATÉLITE mediante manifestación a los vendedores relativa a que las acciones de S3 WIRELESS COLOMBIA debían igualmente serle endosadas en propiedad a SERVISATÉLITE para luego endosarlas en garantía y que eso tampoco había ocurrido; que en febrero se había comunicado por los VENDEDORES que se remplazaría la fiducia por una prenda y que no obstante haberse realizado el pago las acciones no se habían endosado ni entregado.

187
186

El 3 de agosto de 2006, según se indica en los correos electrónicos que obran a folios 107 y 108, el señor Carlos Puerta se negó a recibir las acciones de S3 WIRELESS COLOMBIA S.A., que quiso entregarle Carlos Hernán Malvehy. Al día siguiente (según da cuenta un correo electrónico que obra a folio 111 del cuaderno 1), Paola Achury, en las oficinas de Carlos Hernán Malvehy, manifestó estar dispuesta a recibir las, siempre que se sentara una constancia escrita en el sentido de que esa entrega tardía no “purgaría la mora ni el incumplimiento que llegare a generarse”. El señor Carlos Hernán Malvehy se rehusó a firmar tal constancia, y la entrega de las acciones no tuvo lugar.

En cartas fechadas en julio de 2006 (folio 308 cuaderno 1), y dirigidas al representante legal de S3 WIRELESS COLOMBIA S. A. a través de José Luis Malvehy, en su calidad de apoderado de Neil Patton, María Stephenson, Phillip Stepenson, John Stephenson y S3 WIRELLES INC., los vendedores manifestaron que habían endosado las acciones pagadas a **SERVISATÉLITE** previa solicitud de cancelación de títulos.

La orden a la sociedad S3 WIRELESS Colombia S.A. de enajenación de acciones a favor de **SERVISATÉLITE**, de 1 de agosto de 2006 del Sr. Malvehy al Sr. Carlos Puerta, representante legal de S3 WIRELESS Colombia S. A., en la cual adjunta los endosos de los vendedores y las citadas cartas de julio de 2006, fue remitida el 8 de agosto de 2006, según consta en correo DePrisa que obra a folios 299/300 del cuaderno 1. Ya para esa fecha **SERVISATÉLITE** se había negado a recibir las acciones de S3 WIRELESS Colombia S. A., tal como fue reconocido por el representante legal de la compradora en la declaración de parte de 9 de marzo de 2009. Es decir, que solamente el 8 de agosto de 2006 cuando los vendedores finalmente le dieron la orden a la sociedad para que procediera a inscribir en el libro respectivo la venta de las acciones a favor de **SERVISATÉLITE**.

De lo anterior es claro para el Tribunal que las partes, al entender la dificultad o negativa que se presentaba en la constitución de la “*fiducia*” como garantía de pago del precio de las acciones de S3 WIRELESS Colombia S.A., acordaron modificarla por otra garantía. Esto condujo a que de parte de los vendedores se postergara la entrega de las acciones que no habían sido pagadas. Sin embargo, **SERVISATÉLITE** tuvo una distinta apreciación sobre la forma en la cual debió ejecutarse el contrato de venta y constituirse la garantía, ya que entendió que el solo contrato la habilitaba para hacerse

~~188~~
187

a la propiedad de las acciones y que ella sería la constituyente de la garantía y no los vendedores. Sobre este aspecto el Tribunal debe indicar que el contrato prescribió como obligación de los vendedores transferir a la fiduciaria, en su calidad de fideicomitentes, la propiedad sobre las acciones, y que una vez efectuados los pagos por la compradora, la fiduciaria debería entregarlas a la compradora, todo esto con las previsiones del contrato de fiducia por celebrarse y el artículo 406 del Código de Comercio en las dos operaciones de traspaso con lo cual se excluye de paso la pretensión que formuló la compradora para que los títulos de las acciones de S3 WIRELESS Colombia S.A. no pagados debían ser transferidos a ella antes se constituirse la fiducia.

No pudiéndose constituir la fiducia de las acciones por los motivos que expuso la compradora y que aceptaron los vendedores, referidos a la ausencia de registro de la inversión extranjera, los costos de la fiducia, así como por la apreciación que tuvo la misma compradora en el sentido de que siendo SERVISATÉLITE la propietaria de las acciones la sociedad S3 WIRELESS Colombia S. A. debía expedirle los títulos respectivos en propiedad y proceder entonces la compradora a la celebración de la fiducia como garantía del pago del precio, y finalmente por la decisión conjunta de las partes contratantes de sustituir la garantía por otra que fue acordada en una *"prenda con tenencia"*, las partes no celebraron el respectivo contrato, con lo cual incumplieron recíproca y simultáneamente el contrato de venta.

Para las acciones que debieron los vendedores transferir a la compradora por el pago de la primera cuota del precio, también es claro para el Tribunal que los vendedores retardaron el cumplimiento de su obligación en el traspaso de las acciones que proporcionalmente debieron realizar a SERVISATÉLITE. Esto significa que una vez que la compradora procedió a pagar la primera cuota del precio de la venta, debieron los vendedores realizar todas las diligencias necesarias para dar la orden a la sociedad emisora para que se lograra la inscripción de la compradora como titular de las acciones que proporcionalmente había pagado. Esto significa que debieron los vendedores extranjeros y los colombianos otorgar los poderes necesarios para que el apoderado diera las órdenes de enajenación a la sociedad emisora en el tiempo que normalmente se toman este tipo de negocios. Al no haber procedido de esta manera, ya que la primera cuota del pago del precio se hizo el 2 de marzo de 2006 y la orden de

187
188

enajenación se dio el 8 de agosto, para el Tribunal es indudable que los vendedores incumplieron la obligación contraída.

En consecuencia, habrá de prosperar, pero solo en relación con la no entrega de las acciones de de S3 WIRELESS COLOMBIA S.A., la excepción de “no entrega de los títulos de las acciones correspondientes al primer pago” formulada por la parte convocada. Y no habrá de prosperar la excepción de “incumplimiento de la obligación de constituir una fiducia sobre las acciones de S3 WIRELESS COLOMBIA S.A.” puesto que se trató de una obligación incumplida por ambas partes.. Y prosperará la de “incumplimiento de la obligación de constituir una garantía sobre las acciones de S3 WIRELESS INC.” Las dos últimas, propuestas por la convocada en reconvención.

6.2.4. No reducir la participación en CABLECENTRO S. A.

Esta obligación, al tenor del numeral 3.6. del contrato de venta fue convenida en el contrato a favor de los vendedores, y consistía en que la compradora debía mantener, por el plazo del pago del precio de la venta, la misma participación que tenía en CABLECENTRO S. A. al momento de la celebración del contrato de venta. El cumplimiento de esta obligación debía acreditarse con las certificaciones bimensuales que la compradora debía remitir a los vendedores a partir de la celebración del contrato de venta.

El 21 de abril de 2006 la compradora remitió por correo electrónico a los vendedores la certificación fechada el 19 de abril del mismo año (folios 118 y 133 cuaderno 1), en la cual se indicó que *SERVISATÉLITE S. A.* no había reducido la participación accionaria en CABLECENTRO S. A.

No existe prueba de que la compradora hubiera seguido cumpliendo con la expedición de las certificaciones sobre la no reducción de su participación en CABLECENTRO S. A., para los meses de junio, agosto, octubre, diciembre de 2006 y años subsiguientes. Igualmente, en la declaración de parte del representante legal de *SERVISATÉLITE* se manifestó que la sociedad sí había reducido su participación en CABLECENTRO S. A. (pregunta 10. Fl. 17). Sin embargo, en el dictamen pericial practicado se indicó que

190
189

para los años 2005, 2006, 2007 y 2008, SERVISATÉLITE no había enajenado acciones de CABLECENTRO S. A.

Como la obligación no solamente era no reducir la participación sino certificar ese hecho en forma bimensual, habrá de reconocerse que lo primero se cumplió pero que las certificaciones no se remitieron a los vendedores con excepción de la primera como quedó dicho, con lo cual es claro que no se cumplió cabalmente con esta obligación.

Y siendo así, prosperará parcialmente la excepción de “incumplimiento de (sic) no reducir la participación de Servisatélite S.A. en Cablecentro S.A.”, propuesta por la convocada en reconvención.

6.2.5. Administrar las sociedades S3 WIRELESS INC. y S3 WIRELESS COLOMBIA S. A., informar labores de apoderamiento de S3 WIRELESS INC Y S3 WIRELESS COLOMBIA S. A y entregar la información financiera, operativa, administrativa, laboral, tributaria y jurídica de S3 WIRELESS INC.

Según el numeral 5.4 del contrato, los vendedores autorizaron a la compradora para gerenciar la sociedad extranjera S3 WIRELESS INC., previa entrega de la información empresarial necesaria, o sea de la información financiera, operativa, administrativa, laboral, tributaria y jurídica, dentro de los quince días siguientes a la firma del contrato, para que pudiera realizar tal tarea, lo cual se traducía en que igualmente con la entrega de los derechos políticos y económicos que le cedieron con la venta de aquellos a esta, dispuesta en el inciso 2 del numeral 3.1 del Contrato, los órganos sociales competentes designaran a SERVISATÉLITE para ejercer la Gerencia.

De la misma manera y así se afirmó con anterioridad, en el numeral VIII del contrato se manifestó que el Sr. JAIME A. RINCON ejercería el apoderamiento de las dos sociedades y que remitiría informes sobre su gestión cada dos meses hasta que se pagara el precio de la venta. El Tribunal entiende que el tipo de apoderamiento de que aquí se trata no es en realidad cosa distinta de la misma “administración” de las dos compañías. Y entiende así mismo, que en el contexto de la compraventa, este punto de la administración de las compañías y de las restricciones que se impusieron en punto a los temas de disolución, liquidación y venta, revestían una especial significación.

197
190

Es por esto que el Tribunal, al reconocer la importancia que tienen estos acuerdos a que llegaron las partes respecto de la administración y ejercicio de los derechos políticos y económicos, pone las obligaciones que de ellos se desprenden en el mismo nivel de importancia que en el cumplimiento de las obligaciones de la venta.

a)- Administración de S3 WIRELESS INC.

En cuando se refiere a la administración de la sociedad S3 WIRELESS INC. por parte de la compradora y a la entrega de la información por los vendedores, tenemos que la obligación de los vendedores era entregarle a la compradora toda la información financiera, operativa, administrativa, laboral, tributaria y jurídica de la sociedad dentro de los quince días siguientes a la firma del contrato de venta. Esto significaba que la obligación debía cumplirse en un plazo no superior al 9 de marzo de 2006.

El 27 de febrero Y 7 de marzo de 2006 la compradora solicitó en correo electrónico a los vendedores la información respectiva (folios 122/123 cuaderno1), y ese mismo día los vendedores le solicitaron a la compradora la indicación de la dirección a la cual deberían enviar la información y las acciones pagadas de S3 WIRELESS INC. (fl. 122 cuaderno 1). La compradora, el 8 de marzo de 2006, indicó la dirección para entrega de información a los vendedores (fl. 122 cuaderno 1)

El 8 de marzo de 2006 mediante correo FEDERAL EXPRESS, los vendedores remitieron la información de la sociedad extranjera a la compradora, correo que llegó a SERVISATÉLITE el día 13 de marzo de 2006 (fl. 185, 186 del cuaderno 2 y 270 y 271 del cuaderno 1) junto con el título No. 22, correspondiente a las acciones de S3 WIRELESS INC. que habían sido pagadas con el primer desembolso del precio por US\$150.000. El 7 de abril los vendedores le manifestaron a la compradora que la información se había remitido (fl. 120 cuaderno 1). En la declaración de la Sra. Gina Paola Achury se indicó que la compradora recibió la información que le remitió el abogado de S3 WIRELESS INC.

El 19 de abril de 2006 SERVISATÉLITE confirmó a los vendedores el recibo de la información de la sociedad extranjera (fls. 133-134 cuaderno 1)

192
192
191

De lo anterior, el Tribunal deduce que la obligación de los vendedores de entregar la información de la sociedad extranjera fue cumplida a pesar de que ella llegó a la compradora con cuatro días de atraso frente a la disposición del contrato, como quiera que los vendedores no disponían de la dirección a la cual debía enviársele a la compradora la información, cosa que solamente vinieron a saber el 8 de marzo, fecha en la cual los vendedores la pusieron al correo, y la compradora la recibió el 13 siguiente. El recibo de la información también está reconocido en la declaración de parte del representante legal de SERVISATÉLITE (pregunta 19 fl. 21)

No existe prueba de que la administración de S3 WIRELESS INC. hubiera sido asumida por SERVISATÉLITE, tal como se consignó en el contrato, a pesar de que la información sobre la misma sociedad fue recibida el 13 de marzo de 2006 como quedó afirmado. En este aspecto, para el Tribunal resulta claro el incumplimiento de parte de la compradora.

Tampoco está demostrado en el proceso que la compradora hubiera expedido informes con destino a los vendedores sobre la administración de la Compañía que no ejerció, lo cual se traduce también en incumplimiento de su parte.

Por consiguiente la excepción relativa a la “no entrega oportuna de la información legal, tributaria, contable y financiera” propuesta por la convocada, no habrá de prosperar.

b)- Administración de S3 WIRELESS COLOMBIA S. A.

De las pruebas recaudadas en el proceso fuerza concluir que la compradora ejerció la administración de la sociedad S3 WIRELESS Colombia S. A. De la declaración de parte del Sr. Rincón, representante legal de SERVISATÉLITE se destaca que aún a la fecha de la declaración el 3 de febrero de 2009, SERVISATÉLITE desarrollaba la administración de S3 WIRELESS COLOMBIA S. A.

En cuanto hace a la administración de la empresa que detenta la compradora desde finales de febrero de 2006, no se encuentra probado el cumplimiento de la obligación de su parte de informar a los vendedores las tareas cumplidas, obligación que debía

193
192

satisfacer la compradora cada dos meses desde la celebración del contrato de venta y hasta que se pagara en su integridad el precio de la venta.

En consecuencia, prosperará la excepción denominada "incumplimiento de suministrar informes sobre la administración de las sociedades S3 WIRELLES INC. y S3 WIRELESS COLOMBIA S.A." formulada por la convocada en reconvencción.

6.2.6. Pagar pasivos ciertos y contingentes de S3 WIRELESS INC y entregar paz y salvos y certificación

El pago de pasivos ciertos y sus intereses, y los contingentes, si los hubiere, de la sociedad extranjera S3 WIRELESS INC. fue acordado como obligación de los vendedores, para que se realizara una vez que estos recibieran el pago del precio por parte de la compradora. El pago debía ser de la totalidad del pasivo y los frutos de la sociedad S3 WIRELESS INC., obligación esta que fue afianzada por la vendedora, Sra. María Stephenson. Se obligaron igualmente los vendedores a entregar a la compradora los paz y salvos que acreditaran el pago total y a satisfacción de las obligaciones de la sociedad S3 WIRELESS INC.

Sea lo primero indicar que las partes, en el negocio jurídico de venta, identificaron en el numeral 5.1 el pasivo de la sociedad en la suma de seiscientos noventa mil dólares americanos (US\$690.000), correspondientes a deudas y gastos legales.

La firma SAGONA, BOURG, MATHEW & CO. que prestó sus servicios como contadora de S3 WKIRELESS INC. certificó el 8 de marzo de 2006 (folios 294 cuaderno 1 y 206/207 cuaderno 2), que a 22 de febrero de 2006 la sociedad tenía pasivos por valor de US\$690.000, de la siguiente forma:

- Crédito AmSouth Bank	\$101.957
- Crédito a accionista	\$579.833
- Honorarios contadores y abogados	\$ 9.000

194
193

El Banco Regions (banco que adquirió el AmSouth Bank) certificó el 8 de febrero de 2008 (fl. 291 cuaderno 1) que el 6 de marzo de 2006 S3 WIRELESS INC. pagó el crédito que tenía con el banco AmSouth Bank y que no quedaba con ninguna deuda.

El 8 de febrero de 2008 STEPHENSON, MATTHEWS, CHAVARRI & LAMBERT, L. L. C. (fl. 290 cuaderno 1) certificaron que S3 WIRELESS INC. no tenía obligaciones a la fecha, y que los US \$690.000 que adeudaba, habían sido "pagados" así: US\$102.059.65 al Banco Amsouth Bank (Regions Bank) el 6 de marzo de 2006, y que los restantes US\$587.940.35 que se adeudaban a John y María Stephenson, estos "no planeaban cobrarlos".

De lo anterior se colige que una vez realizado el pago de la primera cuota del precio de venta de las acciones por la compradora, el 2 de marzo de 2006, la sociedad S3 WIRELESS INC. procedió a pagar el crédito del Banco AmSouth por US\$102.059.65. Del correo electrónico que remitió el Sr. José Luis Malvehy, representante de los vendedores a Jaime Rincón, representante legal de SERVISATÉLITE, en que da el número de la cuenta en la cual la compradora debía consignar la primera cuota del precio de la venta, en el Banco AmSouth, aquella fue abonada en su totalidad por los vendedores al pago del crédito bancario. En el dictamen pericial practicado en el proceso el perito tuvo a disposición un documento que está relacionado en la experticia bajo el No. iv) del Punto B) Sobre WIRELESS INC. que dice lo siguiente: *"Copia de la relación en inglés del movimiento de una cuenta bancaria, suscrita por Beatriz E. Caro, Contable, ante notario, en la cual figuran las fechas, números de los cheques, nombres de los terceros y valores recibidos y pagados. Se inicia con el depósito por transferencia de US\$ 150.000 recibido de Servisatelite, como primer contado, el 2 de marzo de 2006. Dentro de los cheques girados, figura el número 1095, a favor de AmSouth Bank, el 6 de marzo de 2006, por concepto de pago de préstamo, por valor de US\$102.059,65. Al pie de esta relación aparece la siguiente certificación en idioma castellano: "Certifico que este documento es una copia fiel de los archivos de contabilidad que reflejan pagos hechos por Maria I. O'Byrne Stephens en nombre de S3 Wireless, Inc. del primer pago recibido de Servisatelite por la cantidad de \$ 150.000.00".*

Al parecer, los créditos restantes por valor de US\$587.940.35 no van a ser objeto de cobro por sus acreedores, según reza el citado documento de STEPHENSON, MATTHEWS, CAHAVARRI & LAMBERT, L. L. C. que obra a folio 290 del cuaderno 1.

195
194

Sin embargo, en todo caso no aparece en el expediente que los vendedores le hubieran hecho llegar a la compradora los documentos que acreditaran el pago de las obligaciones por US\$690.000. Aparece eso sí la certificación de los contadores de la empresa SAGONA, BOURG, LEE, MATHEW & CO. que indicaron los pasivos al 22 de febrero de 2006 (folios 294 cuaderno 1 y 206/207 cuaderno 2).

Por lo anterior el Tribunal considera que los vendedores incumplieron esta obligación, teniendo en cuenta que si bien es cierto pagaron el pasivo, no remitieron a la compradora la certificación que así lo demostrara.

Por lo anterior, la excepción llamada de "no entrega del paz y salvo por obligaciones de S3 WIRELESS INC." no habrá de prosperar, mientras que la excepción denominada "no entrega de certificación sobre inexistencia de otros créditos o deudas de S3 WIRELESS INC." si prosperará. Ambas excepciones fueron propuestas por la convocada.

En conclusión, el Tribunal considera que si bien algunas obligaciones fueron cumplidas cabalmente por los contratantes y otras sólo en parte, lo cierto es que las de mayor entidad se incumplieron por ambas, ora en forma recíproca y simultánea, ora aisladamente, pero sin que en todo caso pueda decirse que una incumplió primero que la otra una obligación que fuera presupuesto o condición indispensable para que su co-contratante honrara las suyas.

Las consecuencias de ese incumplimiento recíproco y simultáneo se examinarán por el Tribunal a continuación.

7. EFECTOS DE LOS INCUMPLIMIENTOS RECÍPROCOS

Ya atrás quedó dicho cuáles fueron las pretensiones que, luego de varias sucesivas modificaciones, finalmente terminaron formulándole las partes a este Tribunal en el escrito de "integración de la demanda con su reforma sustitutiva", la una, y en el de "demanda integrada de reconvención", la otra.

En lo fundamental, esas pretensiones se contraen, por el lado de la convocante, a que se declare que la convocada no ha pagado el saldo insoluto del precio del contrato de

196
195

compra venta de acciones que celebraron el 22 de febrero de 2006, y a que se la condene al pago de dicho saldo junto con el valor de la cláusula penal convenida y los intereses correspondientes. Así mismo solicitó que se les ordenara a los convocantes a hacer entrega a la convocada de los títulos de las acciones pagadas por ella.

Por el lado de la convocada, a que se declare que fue la convocante la que incumplió el contrato y a que, en consecuencia, se ordene su resolución y se impongan las condenas respectivas en materia de restituciones y de indemnización de perjuicios, incluido el valor de la cláusula penal.

A juicio del Tribunal, lo anterior significa decir entonces que de lo que aquí se trata es, sin duda, de un proceso en el que una y otra, convocante y convocada, han comparecido a ejercer, recíprocamente, si bien cada una con una finalidad opuesta, la acción que a las partes de un contrato bilateral de derecho privado les conceden los artículos 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio. Que por supuesto es la misma que, específicamente referida a la compra venta, le da al vendedor el artículo 1930 del Código Civil.

Se trata pues, como bien se sabe, de la acción, tradicionalmente denominada *resolutoria* —en razón de una de las opciones que otorga—, (o más precisamente de la ‘acción resolutoria por incumplimiento’, para distinguirla de otras modalidades de resolución³³) conforme a la cual cada uno de quienes han celebrado un contrato goza, en ciertas circunstancias, de la facultad de demandar por la vía judicial, a su elección, bien el cumplimiento del contrato, ora su resolución, ambos con indemnización de perjuicios.

Como también se sabe suficientemente, y ha sido además reconocido entre nosotros de vieja data de manera pacífica por la jurisprudencia y la doctrina, esas “*ciertas circunstancias*”, por una parte presuponen, como es obvio, la existencia de un contrato bilateral³⁴ válido y vigente, y por otra consisten en las siguientes condiciones básicas indispensables: **(i)** que ese contrato se haya incumplido total o parcialmente por el contratante a quien se va a demandar, y **(ii)** que, en cambio, sus estipulaciones hayan

³³ Como la resolución por mutuo acuerdo entre las partes o la resolución a la que puede dar lugar la aplicación de la teoría de la imprevisión (llamada resolución por excesiva onerosidad)

³⁴ Por expresa disposición de la ley colombiana, un contrato es “*bilateral*, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente” (artículo 1496 del Código Civil)

197
196

sido cumplidas cabal y oportunamente por la parte que se propone hacer ejercicio de la acción.

A falta de una cualquiera de ellas, la acción resolutoria simplemente no es viable. O, lo que en la práctica es lo mismo, ella está irremisiblemente condenada al fracaso; bien por el camino de que las pretensiones formuladas por el actor terminen debiendo ser denegadas, bien por el de que prospere en cambio, si es el caso, la excepción que el demandado haya opuesto contra la acción.

Estos asertos no son otra cosa que el entendimiento que casi sin excepción se les ha venido dando en el derecho colombiano a las disposiciones legales que rigen la materia, que lo son principalmente los artículos 1546³⁵ y 1609³⁶ del Código Civil. Según ese entendimiento, solo está legitimado para exigir judicialmente de su co-contratante el cumplimiento de un contrato o para demandar alternativamente su resolución por incumplimiento, aquel contratante que haya cumplido o se haya allanado a cumplir su parte de lo pactado.

El fundamento de este postulado no es otro que la idea apenas razonable y justa de que el contratante cumplido no tiene por qué quedar en desventaja ante la mora de su co-contratante. Pero también, la de que por el contrario, sería abiertamente injusto e irrazonable que quien no ha honrado sus obligaciones en debida forma pueda disponer del derecho a perseguir judicialmente a quien por no haber cumplido tampoco las suyas, se halla en su misma situación. Porque en ese caso la desventaja se crearía al revés.

Por ende, según ese mismo entendimiento, si ambos contratantes se encuentran en mora, porque ni el uno ni el otro les han dado el cumplimiento debido a las prestaciones a su cargo, ninguno de ellos está legitimado para promover una acción contra el otro en procura de demandar la ejecución o la resolución del contrato.

Cuando tal es el caso, no hay duda sobre que se hace evidente el riesgo de que, como lo han reconocido al unísono la jurisprudencia y la doctrina, el negocio jurídico —y

³⁵ A cuyo tenor: "En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. "Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios."

con él por supuesto los intereses subyacentes— termine frustrándose y quedando expósito.

Naturalmente, estos planteamientos, tanto como las consecuencias e inconvenientes que de ellos se desprenden en tema de tanta trascendencia, han dado lugar —y ello es igualmente bien sabido— a que tanto la jurisprudencia como la doctrina colombianas hayan debido dirigir muchas veces su mirada sobre el asunto, tratando de darles la más apropiada interpretación posible a las normas legales que regulan la materia.

Desde el comienzo la posición de la Corte Suprema de Justicia, como la de los demás órganos judiciales y la de los tribunales de arbitramento que han tenido que ocuparse del tema, ha sido constante y prácticamente unánime en el sentido de sostener, con toda lógica, que si ninguna de las partes de un negocio jurídico bilateral lo ha cumplido o se ha allanado a cumplirlo, ambas están en mora y, por ende, ninguna de ellas está legitimada para demandar su cumplimiento o su resolución.

En efecto, a partir de 1923, la Corte empezó a sostener que *"...con arreglo a todo lo expuesto no es dable declarar la resolución de un contrato en que ambas partes anduvieron descuidadas para su cumplimiento, o, mejor dicho, en que por negligencia no se logró ese cumplimiento cabal al finalizar los tres años, sin que pueda precisarse que una de ellas cayó primero en mora...."*³⁷³⁸.

³⁶ Según el cual, "En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos."

³⁷ Sentencia del 19 de noviembre de 1923, con ponencia del magistrado doctor Dionisio Arango.

³⁸ Esa misma posición se reiteró luego, entre muchísimas otras, en sentencia del 30 de agosto de 1939, con ponencia del magistrado Liborio Escallón; en sentencia del 2 de febrero de 1940 con ponencia del magistrado Hernán Salamanca, en la que se dijo que "[...]el derecho optativo para pedir la resolución del contrato no corresponde sino al contratante que ha cumplido por su parte sus prestaciones contractuales, porque es de este cumplimiento de donde surge el derecho de exigir que los demás cumplan las suyas. En el caso de que ninguna de las partes contratantes dé adecuado cumplimiento a sus obligaciones recíprocas, no existe la situación jurídica de mora y entonces es improcedente el ejercicio de la acción resolutoria [...]; en sentencia del 23 de marzo de 1943, del mismo magistrado; en sentencia del 13 de julio de 1943, del magistrado Liborio Escallón; en sentencia del 17 de junio de 1948, del magistrado Hernán Salamanca; en sentencia del 17 de septiembre de 1954, del magistrado Alberto Zuleta Angel, en la que se dijo: "[...] el contratante que exige el cumplimiento de una obligación surgida de contrato bilateral, debe demostrar que ha dado cumplimiento a las obligaciones que le incumben o que ha estado dispuesto a hacerlo. Por su parte, el contratante a quien se le exige el cumplimiento de sus obligaciones, puede rehusarlo si el otro contratante no ha cumplido o no se ha allanado a cumplir [...]. Que la acción resolutoria es improcedente cuando ambos contratantes han faltado al cumplimiento de sus respectivas obligaciones, pues en tal caso a ninguno de ellos se le puede considerar en mora [...]; en sentencia del 16 de febrero de 1956, del magistrado José Hernández Arbeláez, en la que se dijo: "[...]...el contratante que exige el cumplimiento de una obligación surgida de contrato bilateral, debe demostrar que ha dado cumplimiento a las obligaciones que le incumben o que ha estado dispuesto a hacerlo. Por su parte, el contratante a quien se le exige el cumplimiento de sus obligaciones, puede rehusarlo si el otro contratante no ha cumplido o no se ha allanado a cumplir...Que la acción resolutoria es improcedente cuando ambos contratantes han faltado al cumplimiento de sus respectivas obligaciones, pues en tal caso a ninguno de ellos se le puede considerar en mora..."; en sentencia del 28 de febrero de 1959, del magistrado Ignacio Escallón, en la que se dijo: "[...] si la intención de la demanda de reconvencción fue la de obtener el cumplimiento del contrato de promesa de compraventa, la situación jurídica en que se colocó el autor de aquella no pagando la totalidad del precio estipulado, no le daba margen legal al sentenciador para evacuar favorablemente las súplicas impetradas allí, porque la acción de cumplimiento de un contrato a que se refiere el art. 1546, inciso 2 del Código Civil, corresponde exclusivamente, como lo ha dicho la Corte en numerosos fallos [...] al contratante que ha cumplido por su parte con sus obligaciones contractuales[...]; en sentencia del 14 de marzo de 1963, del magistrado José J. Gómez; en sentencia del 12 de marzo de 1964, del magistrado Enrique López de la Pava, en la que se dijo: "[...]la acción resolutoria favorece en realidad al contratante que ha ejecutado o se ha allanado a cumplir sus obligaciones en la forma y tiempo debidos, pero no a quien ha incurrido en incumplimiento, aunque éste obedezca a la impuntualidad del otro contratante, caso en el cual lo que sucede

En 1967, con ponencia del magistrado doctor Gustavo Fajardo Pinzón, la corporación explicó en detalle la base conceptual de su posición diciendo que “[...]si en todo contrato sinalagmático [...] las contrapuestas obligaciones se sirven mutuamente de causa, en el sentido de que la causa de la obligación de cada parte se hace concreta en el cumplimiento de la obligación de la otra, existiendo así entre las recíprocas obligaciones una interdependencia en que se asegura el equilibrio del contrato, es apenas lógico, como lo preceptúa el artículo 1609 del Código Civil, que en un contrato de esta índole ninguno de los contratantes pueda considerarse en mora de satisfacer su compromiso, dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no cumpla por su parte, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos. Y esto, que el derecho establece como medio de defensa: *exceptio non adimpleti contractus*, encuentra por activa su paralelo en la condición resolutoria insita por ministerio del artículo 1546 *ibidem*, en los contratos bilaterales, para el caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado, y que tiene como supuesto indefectible el de que el otro contratante, que pretende prevalerse de esa condición resolutoria tácita, haya cumplido por su parte su compromiso o esté allanado a cumplirlo en la forma y tiempo debidos...”³⁹⁴⁰

Por otro lado, plenamente consciente de que al sostener, a rajatabla —como acaba de verse—, que si ninguno de los contratantes se había avenido a cumplir con sus obligaciones ambos estaban en mora y por ende ninguno de ellos podía demandar del otro el cumplimiento o la resolución del contrato, la propia Corte construyó, con apoyo en la doctrina extranjera, la tesis llamada de la ‘*resolución por mutuo disenso*

es que la mora de una parte purga la de otra, quedando ambas desprovistas del amparo de aquella acción mientras subsiste esa mora recíproca. Así se desprende de la inteligencia y aplicación armónicas de los arts. 1546 y 1609 del C. Civil [...]”; en sentencia del 2 de noviembre de 1964, del magistrado Enrique Coral Velasco; en sentencia del 22 de noviembre de 1965, del magistrado Gustavo Fajardo Pinzón, en la que se dijo: “[...]por sabido se tiene que, en los contratos bilaterales, las contrapuestas obligaciones se sirven recíprocamente de causa, hasta el punto del poder afirmarse que la causa de la obligación de una de las partes se polariza en el cumplimiento de la obligación de la otra. Y este cumplimiento ha de ser integral, para que la causa de la obligación de la primera no desaparezca o se desquicie, pues, ciertamente, si en la intención de cada contratante está el que la prestación a su favor sea completa, mal puede corresponder a ese pensamiento, ni ofrecerse como causa de su obligación, una prestación mutilada o parcial, que no fue la acordada. De aquí que la acción resolutoria acogida por la ley, como sanción del incumplimiento de una de las partes a favor de la que satisfizo lo pactado o se allanó a cumplirlo en la forma y tiempo debidos, tenga cabida, no solo en el caso de falta absoluta de cumplimiento del contratante infiel, sino también en el cumplimiento parcial, que rompe el plano de equilibrio de las partes en el negocio [...] Aplicación especial de este sistema hace el artículo 1930 del Código Civil para el supuesto de que el comprador estuviere constituido en mora de pagar el precio en el lugar y tiempo convenidos, hipótesis en la cual, ‘el vendedor tendrá derecho para exigir el precio o la resolución de la venta, con resarcimiento de perjuicios’, y a que se cumplan los demás efectos a que por virtud del artículo 1932 haya lugar [...]”; en sentencia del 3 de noviembre de 1971, del magistrado José María Esguerra Samper; en sentencia del 12 de agosto de 1974, del magistrado Humberto Murcia Ballén; en sentencia del 7 de octubre de 1976, del magistrado Alberto Ospina Botero, en la que se dijo: “[...]Ahora bien, como al ejecutarse el contrato se puede dar el caso de que ambas partes resulten niveladas o colocadas en la misma posición jurídica de incumplidas, la acción de resolución en tal evento no nace para ninguna de ellas a la vida jurídica, porque en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora de cumplir lo pactado mientras el otro no cumpla por su parte o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos [...]”

³⁹ Sentencia del 16 de noviembre de 1967.

⁴⁰ La doctrina ha tenido, también desde siempre, la misma posición. Así por ejemplo, Fernando Vélez, quien en su célebre obra sostuvo, de modo por demás elocuente, que “[p]ara que el vendedor pueda hacer uso de uno de los derechos alternativos que le otorga el artículo 1930, es necesario que justifique que ha cumplido por su parte la obligación correspondiente para que sea indebida la mora del comprador, según el artículo 1609”

260
199

tácito' o 'por resiliación'⁴¹. Según ella, el juez del contrato debe inclinarse por entender, al menos en principio, y declarar en consecuencia, que el incumplimiento de un contrato por ambas partes es un signo evidente de su mutua voluntad de deshacerlo.

Sobre el tema se ha pronunciado la H. Corte Suprema de Justicia en reiterada jurisprudencia⁴², así: “[...] esta última manera de disolverse el contrato se da ante la recíproca y simultánea inejecución o incumplimiento de las partes con sus obligaciones contractuales, pues la conducta reiterada de los contratantes de alejarse del cumplimiento oportuno de sus obligaciones, solo puede considerarse y, por ende traducirse, como una manifestación clara de anotar el vínculo contractual.”

Por su parte, el tratadista Fernando Hinestrosa, lo explica con toda claridad así: “[...] con todo, desde hace algo mas de veinticinco años la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, con oscilaciones, comenzó a abrir la posibilidad de obviar esa paralización ad eternum del contrato bilateral mutuamente incumplido, tomando ese incumplimiento bilateral como un desistimiento mutuo o una conducta concluyente en el sentido de destrate. Hoy parece estabilizada su posición en el sentido de interpretar la coincidencia de ambas partes en su negativa de ejecutar sus obligaciones como un desistimiento o convenio de retractación...”⁴³

De acuerdo con lo expuesto, cuando las partes contratantes incumplen sus obligaciones recíprocas, se debería presumir que su verdadera intención es dejar sin efectos la convención celebrada. Sin embargo, hay que tener en cuenta que no siempre que ocurre un incumplimiento recíproco de las partes, puede hablarse de disolución del contrato por mutuo disenso tácito. Para que éste se configure, deben existir pruebas contundentes de la voluntad inequívoca de las partes de terminar el contrato. En caso que se advierta en alguna de las partes, la voluntad de perseverar en el negocio o alguna conducta positiva tendiente a cumplir con sus compromisos, no es viable la aplicación de esta figura.

⁴¹ Siguiendo la terminología francesa

⁴² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencias de 5 de noviembre de 1979, 16 de julio de 1985, 1 de diciembre de 1993, 7 de marzo de 2000, entre otras.

⁴³ HINESTROSA, Fernando. Tratado de las obligaciones. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, pg. 864-865.

201
200

En todo caso, para evitar la terminación abrupta y sobre todo la irremisible frustración de aquellos contratos en relación con los cuales la conducta de las partes mostraba signos evidentes de su aspiración de verlos salir airoso, esos mismos tribunales —de la mano de la doctrina nacional y extranjera— buscaron siempre ponerle a esta tesis unas cortapisas muy estrictas. Por una parte, la exigencia, apenas natural, de que además del hecho del incumplimiento por ambas partes de sus obligaciones recíprocas, su *“conducta [...] sea suficientemente indicativa del desistimiento de la convención”*⁴⁴. Por otra, la de que la declaración judicial de ese mutuo disenso tácito tiene que haber sido expresamente solicitada por una de las partes del proceso.

Empero, de lo dicho se desprende entonces que, por definición, la teoría del mutuo disenso tácito, si bien sirve bien para destrabar algunos casos de recíproco incumplimiento, no sirve para darles solución a aquellos en los que habiendo un incumplimiento recíproco de los contratantes, no hay sin embargo una demostración inequívoca de su voluntad de no continuar adelante con la convención; o en los que, con todo y existir tal demostración, no se ha invocado el mutuo disenso tácito a la hora de acudir a la instancia judicial.

Como es de suponer, esos otros casos en los que no es aplicable la tesis del mutuo disenso, han sido una continua preocupación de jueces y doctrinantes. Porque aunque, como quedó dicho, sistemáticamente se ha considerado y señalado mil veces que, salvo esa fórmula del mutuo disenso, en ellos ninguno puede ejercer la acción resolutoria pues las dos partes están en mora, y por tanto se impone rechazarla, siempre ha sido evidente el muy mal sabor que deja en el juez una situación, como esta, en la que las cosas quedan prácticamente condenadas a no resolverse.

Ello llevó hace unos años a la Corte Suprema de Justicia a buscar otro camino.

Primero, creyó encontrarlo diciendo, en sentencia del 29 de noviembre de 1978, con ponencia del magistrado doctor Ricardo Uribe-Holguín, que *“[...]el ejercicio de la acción resolutoria no se limita al caso de que el demandante haya cumplido ya e intente, en virtud de la resolución, repetir lo pagado; se extiende también a las hipótesis en que el*

⁴⁴ Corte Suprema de Justicia. Casación civil del 20 de septiembre de 1978, citada en la sentencia del 5 de noviembre de 1979 con ponencia del magistrado doctor Ospina Botero, (Gaceta Judicial No. 2400)

actor no haya cumplido ni se allane a cumplir porque a él ya se le incumplió y por este motivo legítimamente no quiere continuar con el contrato. No es siempre necesario que el contratante que demanda la resolución con indemnización de perjuicios haya cumplido o se allane a hacerlo [...]”.

Sin embargo, no contenta con este planteamiento, apenas un año después, mediante sentencia del 5 de noviembre de 1979, con ponencia del magistrado doctor Alberto Ospina Botero, dio marcha atrás, al decir: “[...]la jurisprudencia de la Corte, salvo la sentencia de 29 de noviembre de 1978, al fijar el verdadero sentido y alcance del artículo 1546 del Código Civil, en más de un centenar de fallos ha sostenido que constituyen presupuestos indispensables, para el buen suceso de la acción resolutoria tácita, los siguientes: a) que el contrato sea bilateral; b) que quien promueva la acción haya cumplido con sus obligaciones o que haya estado dispuesto a cumplirlas; y, c) que el otro contratante haya incumplido las obligaciones que le corresponde [...] Por tanto se rectifica la doctrina de la Corte en este preciso punto en cuanto sostuvo en sentencia atrás citada que cuando ninguno de los contratantes cumplía cualquiera de ellos podía demandar la resolución.”

El siguiente cambio se dio con ocasión de la sentencia del 7 de diciembre de 1982, de la que fue ponente el magistrado doctor Salcedo Segura, en la que se dijo que, en realidad, “[e]n los contratos bilaterales, cuando ambos han incumplido, ninguno está en mora. Pero ambos pueden, a su arbitrio, demandar la obligación principal, sin cláusula penal y sin indemnización de perjuicios. Y obviamente pueden pedir la resolución, también sin indemnización de perjuicios. Ese es el verdadero y único sentido del artículo 1609. Se evita, con la interpretación de esta norma, el estancamiento de los contratos que conduce a tremendas injusticias y que, para evitarlas llevó a la Corte, con ese sano propósito, a crear la figura de la disolución por mutuo disenso tácito, que como quedó anteriormente expuesto, es inaplicable frente a un litigante que se opone abiertamente a la resolución deprecada, [...]”⁴⁵

Sin embargo, esta nueva posición jurisprudencial, en principio bastante convincente, solo tuvo corta vida. En parte, porque en cuanto concluía que, puesto que no estaban en mora, ambos contratantes podían demandar tanto el cumplimiento como la

⁴⁵ Sentencia del 7 de diciembre de 1982, magistrado ponente doctor Salcedo Segura (Gaceta Judicial No. 2406, pág. 347)

resolución, nada decía sobre cómo resolver el problema que se planteaba si el uno pedía lo primero y el otro lo segundo.

En todo caso, apenas tres años más tarde, mediante sentencia del 16 de julio de 1985, la Corte volvió a su tesis de siempre, diciendo que *"el Código Civil es afirmativo y contundente en ubicar el fenómeno de la resolubilidad (sic) o del cumplimiento del contrato en cabeza de la parte que ha estado puntual para atender las prestaciones a su cargo. [...] Se cierra, por tanto, el camino para resolver un contrato bilateral o para exigir su cumplimiento, si se está frente a una situación sustancial definida de desatención recíproca y simultánea [...] En otras palabras, no sirve el artículo 1609 de argumento para disciplinar la resolución de un contrato que es incumplido por las partes, puesto que, como ya se dijo y con apoyo en el artículo 1546, solo se confiere al contratante cumpliente (sic) frente al incumplidor (sic), salvo en aquellos casos de contratos con obligaciones no simultáneas, [...]"*⁴⁶

De entonces a esta parte, la Corte ha reiterado constantemente y ya sin nuevas variaciones, su inveterada posición: *"[E]n caso de que todas las partes que celebran un contrato sean negligentes en el cumplimiento de sus obligaciones, para las cuales ni la ley ni el contrato señalan orden de ejecución, la solución de la doctrina, no pudiéndose considerar como morosa a ninguna, es la improcedencia para todas de las dos acciones que alternativamente concede el inciso 2º del artículo 1546 del Código Civil, lo que equivale a afirmar que la parte que reclama por esa vía ha de estar por completo limpia de toda culpa, habiendo cumplido escrupulosamente con sus deberes, al paso que sea la otra quien de modo a ella imputable no haya hecho lo propio"*⁴⁷. Y luego mediante sentencia del 16 de abril de 2002, en la que señaló que *"[...] la acción resolutoria, como la de cumplimiento, se halla reservada para la parte cumplida de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1546 del C. Civil, [...]"*⁴⁸. Y de modo semejante, en sentencia del 16 de junio de 2006, con ponencia del magistrado doctor Valencia Copete⁴⁹.

En el caso sometido a decisión del Tribunal, esta plenamente probado —como atrás quedó dicho en detalle— que ambas partes incumplieron con las obligaciones estipuladas en el contrato de compraventa de acciones que celebraron el 22 de

⁴⁶ Sentencia del 16 de julio de 1985, magistrado ponente doctor Bonivento Fernández (Gaceta Judicial No. 2419 pág. 133)

⁴⁷ Sentencia del 1º de diciembre de 1993, magistrado ponente doctor Jaramillo Schloss. (Gaceta Judicial 2464, pág. 713)

⁴⁸ Sentencia del 16 de abril de 2002, magistrado ponente doctor Trejos Bueno (expediente No. 7255)

⁴⁹ Expediente No. 7786

204
203

febrero del 2006, las cuales debían ejecutarse simultáneamente, o que algunas obligaciones aisladas no eran previas al cumplimiento de otras.

Por tal razón, en aplicación estricta de lo señalado por los artículos 1546 y 1609 del Código Civil, y de acuerdo con lo que, según viene de verse, tiene dicho sobre el particular la Corte Suprema de Justicia, ninguno de los contratantes está legitimado para pedir ni el cumplimiento ni la resolución del contrato, por lo que el Tribunal habrá de negar las pretensiones de ambas partes.

¿Qué hacer entonces en una situación como esta, donde ambos contratantes son incumplidos y ninguno puede ejercer la acción consagrada por el artículo 1546 del Código Civil? El Tribunal, para evitar que la situación quede, como lo ha expresado la jurisprudencia, "estancada", estudiará en concreto si alternativamente resulta posible aplicar la mencionada hipótesis del mutuo disenso.

Como atrás se dijo, la jurisprudencia de nuestras altas cortes y la doctrina han establecido, que para que se pueda aplicar el mutuo disenso tácito es necesario:

1.- Que exista un incumplimiento recíproco y simultáneo de las partes, con sus obligaciones contractuales; 2.- Que aún si no se pide por las partes, de su comportamiento aparezca, sin lugar a dudas o equívocos, en forma contundente, que es su deseo, dar por terminado el contrato y disolver el vínculo obligacional; y 3.- Tratándose de Tribunales de Arbitramento, que esta petición se haya solicitado o fundamentado en forma expresa ante los árbitros.

En el caso *sub-examine*, si bien las dos partes incurrieron en el incumplimiento recíproco del contrato, ni hay prueba alguna de su intención de librarse de sus ataduras contractuales ni al Tribunal se le solicitó su "resiliación" por mutuo disenso.

Por el contrario, hay pruebas contundentes en el sentido contrario, ya que una de las partes, la actora o convocante y además reconvenida, pidió expresamente que se ordene cumplir lo que quedó pendiente de ejecutar o cumplir del contrato aludido.

205
204

Así pues, el Tribunal no puede resolver el contrato por mutuo disenso, si no existe la intención de ambos contratantes, en forma expresa o tácita sin dudas, ya que así como el contrato surge del concurso de voluntades, conforme con el artículo 1602 del Código Civil, no puede ser invalidado sino por el consentimiento mutuo o por causas legales.

Por otra parte, de acuerdo con el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, para que la sentencia sea congruente, ella debe estar en consonancia con los hechos y las pretensiones planteados en la demanda y en la reconvención, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas, si así lo exige la ley.

En la primera parte de este escrito, se transcribieron las pretensiones de la demanda y de la demanda de reconvención, así como las excepciones alegadas por las partes. La parte convocante y reconvenida pide que se declare el incumplimiento del contrato y se ordene su cumplimiento con el pago de indemnización de perjuicios e intereses de mora y la entrega de los títulos de las acciones; la convocada, a su turno, se opone a las pretensiones, fundamentada en el incumplimiento del contrato por la parte convocante, e interpone demanda de reconvención, en la que solicita se declare el incumplimiento y con base en éste, se resuelva el contrato también con indemnización de perjuicios; la convocante se opuso a esta pretensión alegando la excepción de contrato no cumplido, contemplada en el artículo 1609 del Código Civil.

De lo anterior se colige que ciertamente no hay mutuo disenso tácito; por el contrario, expresamente se ha pedido por una de las partes, como ya se precisó, que se cumpla con lo previsto en el contrato y mas aún, tratándose de Tribunales de Arbitramento, de acuerdo con jurisprudencia del H. Consejo de Estado, la solicitud de las partes para que el Tribunal se pronuncie sobre el asunto, debe ser expresa, por ser los árbitros jueces temporales y con competencia restringida.

En un caso reciente dijo el Consejo de Estado, con ocasión del recurso de anulación que se propuso contra un laudo arbitral en un caso semejante al que ocupa a este Tribunal:

"[...] se concluye, entonces, que el Tribunal de Arbitramento no podía, en el caso que ocupa la Sala, declarar la terminación del contrato celebrado entre las partes del proceso, por mutuo disenso tácito, sin incurrir en violación del principio de congruencia. En efecto, habiéndose ejercido por demandante y demandado la

206
205

acción prevista en el artículo 1546 del Código Civil...y estando demostrado, según la argumentación contenida en el laudo impugnado, que ninguna de ellas tenía legitimidad para formularla, por el hecho de haber incurrido ambas en incumplimiento, el Tribunal sólo estaba autorizado para negar las pretensiones de una y la otra. Al declarar terminado el contrato con fundamento en hechos y peticiones no contenidos en la demanda y su contestación, decisión, sin duda, sobre puntos no sujetos a su competencia, produciendo un laudo extra petita.”⁵⁰

Así lo ha explicado también la doctrina:

“[...] cuando el demandante pide se decrete la resolución con fundamente en el art. 1546 del C.C., norma que confiere el derecho a reclamar la aniquilación del contrato por incumplimiento de uno de los contratantes, no puede el juzgador decretar la rotura del vínculo negocial cuando en el proceso se acredite el mutuo incumplimiento deducido del querer tácito de desistir o anotar el contrato, ya que dicha decisión debe emerger de los artículos 1602 y 1625 del mismo ordenamiento sustantivo, y su aplicación iría contra el principio de la congruencia que pregonan el art. 305 del estatuto procedimental, que impide al juez decidir por fuera de lo pedido en la demanda.”⁵¹

Y así lo ha dicho igualmente la Corte Suprema de Justicia:

“[...] como es bien sabido, la sentencia “debe ser armónica con lo que constituye el objeto del litigio...Solo en casos determinados en que el juez se encuentra autorizado por el ordenamiento jurídico, puede hacer pronunciamientos oficiosos [...] El fallador, pues, no puede sin desbordar los límites de su potestad, resolver temas que no le hayan sido propuestos oportunamente por las partes.

“En la especie de este proceso se aprecia que una de las partes del contrato de promesa de compraventa demandó a la otra para que dicho contrato se declarara resuelto, a causa del incumplimiento no aceptado de esta última que rechazó las súplicas deprecadas y propuso la excepción de contrato no cumplido e ineficacia de la promesa celebrada. No se ajusta entonces a la realidad procesal, como alega

⁵⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Alier Eduardo Hernández Enriquez, Sentencia de 4 de mayo de 2000.

⁵¹ CANOSA TORRADO, FERNANDO. La resolución de los contratos. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 1995, pg. 170.

el recurrente, que se haya propuesto al juzgador la disolución del contrato por incumplimiento recíproco de las partes, ni tiene éste la facultad legal de adoptar de oficio tal decisión...'⁵²

En conclusión, en el caso *sub-examine* no se dan los presupuestos procesales para que el Tribunal aplique la figura del mutuo disenso tácito: no existe una conducta reveladora y contundente de donde se deduzca que las partes así lo deseen -por el contrario, una de ellas insiste en que se decrete el cumplimiento del contrato-; y, el Tribunal de Arbitramento carece de competencia para decretarlo, pues al no ser este punto parte de las peticiones y hechos contenidos en la demanda principal, la de reconvención y sus respectivas contestaciones y excepciones, de pronunciarse el Tribunal, incurriría en una clara violación del principio de congruencia, produciendo un laudo *extra petita*, como expresamente lo ha determinado el Consejo de Estado en el fallo ya citado del 4 de mayo del 2000.

8. 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).

Por cuanto en el presente caso no prosperarán las pretensiones de la demanda ni las pretensiones de la demanda de reconvención, no hay lugar a condena en costas.

Y como quiera que luego de que en un comienzo fue solo la parte convocante la que asumió directamente el pago de la totalidad de las sumas señaladas por el Tribunal por concepto de honorarios y gastos del arbitraje, y más adelante, el 50% a cargo suyo fue reembolsado por la convocada, tal como se lo informó a la Secretaría el apoderado de la convocante, no hay lugar a ordenar devolución alguna por tal concepto.

⁵² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno, Sentencia de 7 de marzo de 2000.

208
207

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de arbitraje constituido para decidir en derecho las controversias entre **JOSÉ LUIS MALVEHY y OTROS** con **SERVISATÉLITE S.A.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero.- Declarar que no prospera la tacha de testigo sospechoso formulada por el apoderado de **SERVISATÉLITE S.A.**, contra el señor **CARLOS HERNÁN MALVEHY**, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

Segundo.- Declarar probada la excepción de "No entrega de certificación sobre inexistencia de otros créditos o deudas de S3 WIRELESS INC." y probada parcialmente la excepción de "No entrega de los títulos de las acciones correspondientes al primer pago", propuestas por **SERVISATÉLITE S.A.** con ocasión de la contestación a la "integración de la demanda con su reforma sustituida", por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

Tercero.- Denegar las demás excepciones propuestas por **SERVISATÉLITE S.A.** en la contestación a la "integración de la demanda con su reforma sustituida", por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

Cuarto.- Declarar probadas las excepciones de "Incumplimiento de Servisatélite de la obligación de suscribir un pagaré"; "Incumplimiento de Servisatélite en el pago del precio"; "Incumplimiento de la obligación de constituir una garantía sobre las acciones de S3 WIRELESS INC." e "Incumplimiento de suministrar informes sobre la administración de las sociedades S3 WIRELESS INC. y S3 WIRELESS COLOMBIA S.A.". Así mismo, declarar probada parcialmente la excepción de "Incumplimiento de (sic) no reducir la participación de Servisatélite S.A. en Cablecentro S.A." propuestas por los Convocantes, **JOSÉ LUÍS MALVEHY, GERMÁN GIRALDO SALINAS, JAMES ELBERT STEPHENSON, PAUL WAYNE STEPHENSON, JOHN STEPHENSON, MARÍA STEPHENSON, BEATRÍZ ELENA CARO, CATHERINE I. CHAVARRI, PHILLIP DAVID STEPHENSON, NEIL PATTON JAMES** y la sociedad **S3 WIRELESS INC.** en la

209
208

contestación de la “demanda integrada de reconvención”, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

Quinto.- Denegar la excepción de “Incumplimiento de la obligación de constituir una fiducia sobre las acciones de S3 WIRELESS COLOMBIA S.A.” propuesta por los Convocantes, **JOSÉ LUÍS MALVEHY, GERMÁN GIRALDO SALINAS, JAMES ELBERT STEPHENSON, PAUL WAYNE STEPHENSON, JOHN STEPHENSON, MARÍA STEPHENSON, BEATRIZ ELENA CARO, CATHERINE I. CHAVARRI, PHILLIP DAVID STEPHENSON, NEIL PATTON JAMES y LA SOCIEDAD S3 WIRELESS INC** en la contestación de la “demanda integrada de reconvención”, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

Sexto.- Denegar las pretensiones formuladas por los Convocantes, **JOSÉ LUÍS MALVEHY, GERMÁN GIRALDO SALINAS, JAMES ELBERT STEPHENSON, PAUL WAYNE STEPHENSON, JOHN STEPHENSON, MARÍA STEPHENSON, BEATRIZ ELENA CARO, CATHERINE I. CHAVARRI, PHILLIP DAVID STEPHENSON, NEIL PATTON JAMES y LA SOCIEDAD S3 WIRELESS INC** en el escrito denominado “integración de la demanda con su reforma sustituida”, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

Séptimo.- Denegar las pretensiones formuladas por **SERVISATÉLITE S.A.** en el escrito denominado “demanda integrada de reconvención”, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

Octavo.- Sin costas para las partes, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

Noveno.- Declarar causado el saldo final de honorarios de los Árbitros y de la Secretaria. El Presidente efectuará los pagos correspondientes.


Décimo.- En los términos de lo previsto en el artículo 17 del Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, por Secretaría procédase a la entrega del expediente a dicho Centro para efectos de su archivo.


210
2009

Décimo Primero.- Disponer que por la Presidencia del Tribunal se proceda a elaborar y presentarle a las partes la cuenta final de gastos de la partida "Protocolización, registro y otros", ordenando la restitución de las sumas remanentes a que hubiere lugar.

Duodécimo.- Disponer que por Secretaría se expidan copias auténticas de este laudo con las constancias de ley con destino a cada una de las partes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


JUAN CARLOS ESGUERRA PORTOCARRERO
Presidente


ALBERTO PRECIADO ARBELÁEZ
Árbitro


FERNANDO RESTREPO VALLECILLA
Árbitro


CAMILA DE LA TORRE BLANCHE
Secretaria