

**LAUDO**

**CÁMARA DE COMERCIO DE CALI  
CENTRO DE CONCILIACIÓN, ARBITRAJE Y  
AMIGABLE COMPOSICIÓN**

Cali, ocho (08) de mayo de dos mil quince (2015).

Agotado el cumplimiento de las etapas procesales previstas en el Estatuto Arbitral (Ley 1563 de 2012), el Tribunal de Arbitraje procede a resolver la controversia.

**CAPÍTULO I**

**RESUMEN DE LA REFORMA A LA DEMANDA INTEGRADA Y  
DE LAS RESPECTIVAS CONTESTACIONES**

A continuación se resumen los hechos de la reforma integrada de la demanda y las contestaciones de los convocados:

<b>REFORMA DEMANDA CEBALLOS FLÓREZ SAS</b>	<b>CONTESTACIÓN REFORMA DEMANDA SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA S.A.</b>	<b>CONTESTACIÓN DEMANDA EUGENIO CARLOS FLÓREZ HERNANDEZ</b>
Hecho 1: Se refiere a la escritura de constitución de la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A.	Es cierto.	Es cierto.
Hecho 2: Se refiere a la reforma de la denominación social de la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura	Es cierto.	Es cierto.

S.A. para incorporar la sigla SPRBUN		
<p>Hecho 3: Mediante escritura pública de diciembre de 2008 Eugenio Carlos Flórez Hernández y María del Carmen Ceballos Flórez celebraron contrato de transacción en el cual, el primero concedió a la segunda el usufructo sobre el 40% de las acciones que tenía en la SPRBUN, es decir, sobre 335.213 acciones. De esta forma, como él tenía 838.034 acciones, quedó con el dominio pleno sobre 502.821 acciones, y con la nuda propiedad sobre 335.213 acciones.</p>	<p>Parcialmente cierto.</p> <p>Inicialmente en el 2002 Eugenio Carlos Flórez Hernández entregó a María del Carmen Ceballos Flórez el Usufructo sobre el 40% de sus acciones en la SPRBUN, es decir 142.644 acciones correspondientes al 40% de las 356.610 acciones de que era propietario. Posteriormente se presentaron conflictos entre ellos, pues, en virtud de una capitalización el señor Flórez Hernández aumentó su número de acciones de 356.610 a 838.034. Para zanjar diferencias, Eugenio Carlos Flórez Hernández y María del Carmen Ceballos Flórez, celebraron un contrato de transacción, protocolizado mediante escritura pública N° 3494 del 19 de diciembre de 2008 de la Notaria 14 de Cali, en el cual se</p>	<p>No es cierto.</p> <p>La transacción contenida en la escritura pública 3494 del 19 de diciembre de 2008 de la Notaría 14 de Cali, pretendió poner fin a las diferencias surgidas en la liquidación de la sociedad conyugal del señor Eugenio Carlos Flórez y Mara del Carmen Ceballos; evidentemente en el año 2002 se constituyó usufructo sobre las 356.610 acciones que el primero tenía en la SPRBUN; posteriormente en virtud de futuras capitalizaciones el número de sus acciones aumentó a 838.034. Teniendo en cuenta que no se había contemplado qué pasaría en el evento de presentarse capitalizaciones, ello fue motivo de varios procesos judiciales que se transaron en la escritura pública 3494 mencionada.</p>



Centro de  
**Conciliación, Arbitraje y  
Amigable Composición**

	<p>acordó que el Usufructo a favor de María del Carmen Ceballos Flórez no solamente recaía sobre el 40% de las 356.610 acciones que inicialmente tenía Eugenio Carlos Flórez en el 2002, sino sobre 335.213 acciones, equivalentes al 40% de las 838.034 que poseía en el 2008.</p>	<p>En el mencionado contrato de transacción se indica que de producirse una nueva capitalización que aumente el número de acciones de Eugenio Carlos Flórez, la usufructuaria tendrá derecho al usufructo sobre el 40% de las mismas.</p>
<p>Hecho 4: María del Carmen Flórez se reservó los derechos económicos y políticos sobre las 335.213 acciones que tenía en usufructo.</p>	<p>Dentro de los derechos económicos y políticos que confiere el Usufructo, la Ley no contempla que el usufructuario pueda apropiarse de las acciones. Los derechos que tiene María del Carmen Ceballos Flórez y, por consiguiente, Ceballos &amp; Flórez S.A.S, como usufructuaria de las 335.213 acciones se circunscriben a deliberar, votar y percibir utilidades sobre esas acciones, pero no puede ni gravarlas ni enajenarla sin apropiarse de ellas; tampoco lo anterior se pactó en el</p>	<p>No es cierto. En el contrato de transacción no se contempló que María del Carmen Ceballos Flórez pudiera adquirir la propiedad sobre el 40% de las acciones de las acciones que tenían usufructo.</p>





# Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición

	contrato de transacción.	
Hecho 5: María del Carmen Ceballos Flórez cedió el Usufructo sobre las 335.213 acciones a Ceballos & Flórez S.A.S	Es cierto, aclarando que María del Carmen Ceballos Flórez envió a la SPRBUN un contrato de cesión de usufructo de ella a Ceballos & Flórez SAS sobre 335.213 acciones.	Es cierto.
Hecho 6: La Asamblea de accionistas de la SPRBUN, en reunión del 25 de septiembre de 2009 (Acta N° 28), capitalizó la cuenta de revalorización del patrimonio.	Es cierto, en virtud de esta capitalización a Eugenio Carlos Flórez le correspondieron 26.985 acciones.	Es cierto.
Hecho 7: Como consecuencia de la capitalización a que se refiere el hecho 6 anterior, a Eugenio Carlos Flórez Hernández le correspondieron 26.985 acciones, cuyo 40%, es decir, 10.794 acciones, fueron dadas en Usufructo a María del Carmen Ceballos Flórez .	Es cierto, aclarando que en el contrato de transacción protocolizado en la escritura pública 3494 del 19 de diciembre de 2008, se pactó que en toda nueva capitalización (no en la compra de nuevas acciones) María del Carmen Ceballos Flórez tendrá derecho al Usufructo sobre el 40% de las acciones capitalizadas, que le correspondan a Eugenio Carlos Flórez .	No es cierto. Si bien a Eugenio Carlos Flórez le correspondieron en virtud de la capitalización 26.985 acciones no es cierto que el 40% de las mismas, es decir 10.794 le correspondían a María del Carmen Ceballos Flórez; a ella solo le correspondía el usufructo sobre el 40% de esas acciones.





# Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición

	<p>En consecuencia, en virtud de la capitalización del 2009, como a Eugenio Carlos Flórez le correspondieron 26.985 acciones, María del Carmen Ceballos tiene derecho al usufructo sobre el 40% de las mismas, es decir sobre 10.794 acciones; posteriormente María del Carmen Ceballos informó a la SPRBUN que cedió este usufructo sobre 10.794 acciones a Ceballos &amp; Flórez S.A.S</p>	
<p>Hecho 8: María del Carmen Ceballos Flórez, cedió el usufructo sobre las 10.794 acciones a Ceballos &amp; Flórez S.A.S, quedando esta última con el derecho de usufructo sobre 346.007 acciones.</p>	<p>Queda contestado en la respuesta al hecho 7 anterior.</p>	<p>Es cierto, aclarando que María del Carmen Ceballos tan solo fue beneficiaria del usufructo, no de la titularidad de esas acciones.</p> <p>Adicionalmente, en la cesión del contrato de usufructo entre María del Carmen y la demandante se pactó que el objeto de la misma era "percibir el usufructo sobre el 40% de las acciones que llegaré a tener el señor</p>



		Eugenio Carlos Flórez Hernández como consecuencia de cualquier nueva capitalización..."; es decir, que estos contratos de cesión se concretaron al usufructo del 40% de las acciones de propiedad de Eugenio Carlos Flórez.
Hecho 9: La Asamblea de la SPRBUN, en su reunión del 23 de septiembre de 2011 (Acta N° 32), capitalizó la reserva ocasional.	Es cierta la capitalización de la reserva ocasional que consta en el acta N° 32, en virtud de la cual a Eugenio Carlos Flórez le correspondieron 169.818 acciones más.	Es cierto.
Hecho 10: Como consecuencia de la capitalización a que se refiere el hecho 9 anterior, la SPRBUN entregó a Eugenio Carlos Flórez Hernández 169.802 acciones así: 101.881 acciones con derecho pleno, y 67.921 acciones solamente con la nuda propiedad, pues, le concedió el Usufructo a Vannesa de Pilar Flórez Ceballos, a quien María del Carmen	No es cierto. En virtud de la capitalización contenida en el acta N° 32, se registró en el libro de accionistas a Eugenio Carlos Flórez como titular de 169.818 acciones y a Vannesa del Pilar Flórez Ceballos como usufruitaria del 40% de esas acciones, es decir 67.927 acciones.	Es cierto. A Eugenio Carlos le correspondían las 169.802 acciones por efecto de la capitalización de septiembre de 2011 (ACTA No. 32); así se acordó en el contrato de transacción.  La cesión celebrada entre María del Carmen Ceballos y su hija Vannesa del Pilar Flórez Ceballos, en mayo 14 de 2010, fue clara

<p>Ceballos Flórez le había cedido el Usufructo el 14 de mayo de 2010.</p>		<p>en señalar que el objeto de la misma versaba sobre el usufructo en relación con las nuevas acciones que recibiera Eugenio Carlos Flórez en virtud de nuevas capitalizaciones; por ello a Vannesa del Pilar Flórez le correspondió el usufructo de 67.921 acciones.</p>
<p>Hecho 11: La SPRBUN violó la Ley y los Estatutos porque a la Sociedad Ceballos &amp; Flórez S.A.S, ha debido entregarle el derecho pleno de dominio sobre las 67.921 acciones, lo anterior, por cuanto a la fecha de la capitalización de la reserva ocasional Ceballos &amp; Flórez S.A.S., tenía el Usufructo más los respectivos derechos económicos y políticos sobre 346.007 acciones.</p>	<p>No es cierto, la SPRBUN ha obrado de conformidad a lo pactado en el contrato de transacción celebrado por escritura pública N° 3494 del 19 de diciembre de 2008.</p>	<p>No es cierto. No le cabe derecho alguno a Ceballos &amp; Flórez S.A.S para reclamar la propiedad plena de las acciones que cita, pues, ni se los confiere la ley, ni el contrato de transacción celebrado. Los contratos de cesión, en los que se amparan los demandantes se concretan al usufructo de tan solo el 40% sobre las acciones propiedad de Eugenio Carlos Flórez; carecen, en consecuencia, de cualquier título o calidad que les permita acceder al dominio de acciones en ningún porcentaje.</p>

<p>Hecho 12: Ceballos &amp; Flórez S.A.S reclama a la SPRBUN la nuda propiedad sobre 67.921 acciones porque ellas son fruto de la capitalización de una reserva ocasional (Acta N° 32), que se compone de utilidades, y que la Asamblea puede repartir en dinero o en acciones.</p>	<p>No es cierto, en el contrato de transacción celebrado en el 2008, se pactó que en las nuevas capitalizaciones que aumentasen el número de acciones de Eugenio Carlos Flórez, la usufructuaria tendría el derecho de Usufructo sobre el 40% de esas acciones.</p> <p>La capitalización de la reserva ocasional que consta en el acta N° 32, queda cobijada por el contrato de transacción, en virtud del cual la usufructuaria tiene derecho solamente al 40% del usufructo sobre las acciones capitalizadas, pero no a la propiedad de las mismas; puntualizando, la usufructuaria tiene derecho a que se le entregue el usufructo de 67.927 acciones, no su propiedad.</p> <p>La pretensión de que se le entregue la propiedad sobre las</p>	<p>No es cierto. Es irrelevante el hecho de que la capitalización lo haya sido de una reserva ocasional, pues, a Ceballos &amp; Flórez S.A.S., como cesionaria de María del Carmen Ceballos Flórez sólo le corresponde recibir utilidades sobre el 40% de las acciones propiedad de Eugenio Carlos Flórez.</p> <p>La deducción del demandante no es correcta en el sentido de pretender dar al fenómeno de la capitalización la condición de ser utilidad.</p>
---	--	--



	67.927 acciones violaría el derecho de preferencia, en la negociación de acciones, establecido en los estatutos y en la ley, en favor de la sociedad y demás accionistas.	
Hecho 13: La SPRBUN se equivocó al entregar al señor Eugenio Carlos Flórez Hernández la nuda propiedad sobre las 67.921 acciones.	<p>No es cierto, el 40% establecido como porcentaje del usufructo se debe aplicar a las 169.818 acciones que le correspondieron a Eugenio Carlos Flórez, dando como resultado que a Vannesa del Pilar Flórez Ceballos le corresponden 67.927 acciones en usufructo.</p> <p>Lo que pretende la demandante es aplicar doblemente el porcentaje del 40%, puesto que solicita que sobre la diferencia entre las dos cifras anteriormente indicadas, es decir, 101.890 acciones, se aplique el 40% nuevamente.</p>	No es cierto. Pretende la parte demandante que se le adjudiquen dividendos sobre el doble del porcentaje que en realidad le corresponde.
Hecho 14: Ceballos & Flórez S.A.S, hasta la fecha viene ejerciendo sus	Es cierto que Ceballos & Flórez S.A.S. es cesionaria del usufructo de las	Es cierto.

derechos económicos y políticos, en virtud del usufructo sobre las 346.007 acciones.	346.007 acciones propiedad de Eugenio Carlos Flórez, sin embargo, el usufructo sobre las 67.927 acciones de Eugenio Carlos Flórez está hoy en cabeza de Vannesa del Pilar Flórez Ceballos.	
--	--	--

## CAPÍTULO II

### SÍNTESIS DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA INTEGRADA

A continuación se resumen las pretensiones de la demanda integrada:

- 1-. Que se reconozca que Ceballos & Flórez S.A.S tiene la nuda propiedad sobre 67.921 acciones fruto de la capitalización de la reserva ocasional (Acta N° 32).
- 2-. Se ordene a Eugenio Carlos Flórez Hernández reintegrar a Ceballos & Flórez S.A.S la nuda propiedad sobre las 67.921 acciones.
- 3-. Que se ordene a la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA S.A. SPR-BUN, corregir el libro de registro de accionistas.
- 4-. Que se condene en costas a los demandados.

## CAPÍTULO III

### ESTADO Y ACTUACIÓN PROCESAL

#### A). LOS PRESUPUESTOS PROCESALES PARA LA DECISIÓN DE FONDO:

El Tribunal procede a su estudio, así:

1). *Primer presupuesto: La competencia del Tribunal:*

Se tiene como cláusula compromisoria la contenida en la estipulación de fecha 9 de junio de 2008, cuyo texto fue transcrito en la Demanda impetrada, punto I Solicitud de integración, presentada el 29 de diciembre/2014 [Ver, Cdno. 1°, Folio 47 y 47 Vto.], a cuyo tenor se contrae el presente Tribunal. Pasa el Tribunal a ocuparse de dicha cláusula:

1.1 La cláusula compromisoria y las pretensiones de la demanda:

Este es un proceso que se ha originado con la demanda propuesta por la sociedad CEBALLOS & FLÓREZ S.A.S., parte convocante, contra la SOCIEDAD PORTUARIA DE BUENAVENTURA S.A. – S.P.R. BUN y el señor EUGENIO CARLOS FLÓREZ HERNÁNDEZ, partes convocadas, en el que se controvierte, en esencia, el reconocimiento a la sociedad Ceballos & Flórez S.A.S de la nuda propiedad sobre 67.921 acciones, resultantes de la capitalización de la reserva ocasional hecha en la SOCIEDAD PORTUARIA DE BUENAVENTURA S.A.-S.P.R. BUN, [Ver, Acta N° 32 de fecha 23 de septiembre de 2011, visible a folios 42 a 55 Vto. Cdno 1°], y que, consecuentemente, se condene al señor EUGENIO CARLOS FLOREZ HERNANDEZ a reintegrar a la sociedad CEBALLOS & FLÓREZ S.A.S., la nuda propiedad de 67.921 acciones emitidas por la primera sociedad nombrada.

Se trata, pues, de diferencias *sustantivas* con origen, prima facie, convencional, que se hacen fundar específicamente sobre la legalidad del derecho real de usufructo sobre acciones (entre Eugenio Carlos Flórez Hernández y María del Carmen Ceballos Flórez, y del contrato de transacción celebrado entre sí, mediante la escritura pública No. 3494 de 19 de diciembre de 2008, de la Notaría 14 de Cali), que deben ser definidas por el Tribunal a tenor de las pretensiones hechas en la demanda integrada, la cual recoge, en rigor, pretensiones declarativas y consecuentes de condena.

Como se dijo, las diferencias determinadas por las pretensiones y hechos de la demanda se formulan en sede de arbitraje, con base en la cláusula compromisoria de los estatutos de la sociedad



# Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición

demandada, que la demandante invoca aduciendo su calidad de usufructuaria en la sociedad convocada al proceso, prevalida del artículo 412 del Código de Comercio, que reconoce al usufructuario de acciones los mismos derechos del accionista.

## 1.2 Estudio de la cláusula compromisoria como presupuesto para definir la competencia de los árbitros:

Con base en lo antes expresado pasa ahora el Tribunal a hacer el estudio de la cláusula compromisoria citada, a la luz de las exigencias de ley, para determinar la competencia arbitral a fin de resolver de fondo las controversias sustantivas aludidas, adoptando el orden de exposición que sigue:

### a). El pacto arbitral y sus elementos esenciales:

Dada la naturaleza del asunto, el presente arbitraje tiene carácter *voluntario y convencional* (art. 1, Ley 1563/2012). Dicho pacto, por la oportunidad y formas en que las partes sociales lo celebraron, adopta la modalidad de *cláusula compromisoria* (art. 4, ibídem), cuya consecuencia determina un modo específico de solución de controversias respecto de una situación prevista *ab initio* con carácter eventual, que apareja la exclusión del conocimiento del conflicto por parte de la justicia estatal, y establece una relación jurídica obligacional y vinculante entre quienes lo celebran, y quienes además se acogen a él, con fundamento en el artículo 116 de la C.P., y, en particular, de quien tiene la calidad de usufructuario de acciones sociales, proveniente de un accionista de la sociedad en cuyos estatutos obra la cláusula compromisoria.

La cláusula compromisoria, además, como forma particular del pacto arbitral, para que adquiriera validez jurídica debe reunir los elementos esenciales que son comunes a todo contrato, y los que su propia naturaleza impone. A tales requisitos o elementos de la *esencia* se contrae el Tribunal para indagar acerca de su competencia para decidir el fondo y con carácter de cosa juzgada formal y material, la demanda impetrada, su contestación, y las excepciones de mérito planteadas. Se estudian seguidamente.



b). La supremacía del orden público:

La cláusula compromisoria, nacida de la autonomía de la voluntad de las partes sustanciales, tiene como límite el orden público, cuando la voluntad desborda la barrera del interés general. En esencia, es lícito pactar el arbitraje como recorte a la facultad soberana del Estado para administrar justicia, en un caso particular y concreto, mientras tal facultad no salga comprometida por vía de generalidad. El primer deber, pues, del Tribunal a este respecto es indagar si la celebración del negocio jurídico arbitral viola el derecho público o el interés público. Tal interés, en nuestro ordenamiento jurídico, se encuentra consagrado en normas de igual carácter, que prescriben ciertos actos como contrarios al derecho público o al interés público (artículo 1521 C.C., y artículo 899 num. 2 C. Co.), o cuando las referidas actuaciones resultan contrarias a la moral o a las buenas costumbres. Hecho el análisis pertinente, el Tribunal estima que el acto jurídico que dio origen al convenio de la cláusula compromisoria (contrato de sociedad comercial, a cuyo alero se celebró el usufructo sobre acciones), se encuentra prohijado por la regla general y común de la legislación civil (artículo 1494 c.c.) y la particular del Código de Comercio (artículo 864), siendo, además, claro, para los árbitros que el artículo 412 del C. Co. extiende al usufructuario de acciones la posibilidad de ejercer los derechos derivados del estado de asociado, en relaciones controversiales con la sociedad y/o los accionistas, entre los cuales está servirse de la cláusula compromisoria para dirimir las controversias que el usufructuario tiene contra la sociedad emisora de las acciones y uno de sus accionistas, por causa y en razón del contrato de usufructo celebrado. Es, apenas obvio, que la cláusula compromisoria resulte válida entre la sociedad y sus accionistas, quienes se ligan por virtud de los estatutos sociales, y que el usufructuario puede invocarla a su favor, en disputas contra el accionista-usufructuante y la sociedad emisora de acciones, porque tal derecho deviene de la propia ley. Bajo esta perspectiva particular resulta legítimo el contrato de sociedad, la adopción de la cláusula compromisoria, la celebración del usufructo sobre acciones entre un accionista y un tercero (que también puede ser asociado), y la invocación legal al arbitraje que el usufructuario hace con respecto a la sociedad, a la cual imputa cargos, y el accionista que dio origen al usufructo accionario. Visto así, estos instrumentos fundamentales y básicos para el arbitraje no vulneran el interés público (ver, artículos 968 a 980 del Código de Comercio, y 1521 C.C.).

c). La declaración de voluntad de las partes:

Examinada la declaración de voluntad de las partes en cuanto a la cláusula compromisoria, concluye el Tribunal que ella está revestida de licitud, a la luz de la doctrina civil (art 1495) y comercial (art 864), y no ha sido censurada, a cuyo efecto basta ver que la cláusula compromisoria fue celebrada, en el presente caso, por personas plenamente capaces de ejercicio, de lo cual no existe prueba en contra, y fue aceptada por un usufructuario que, igualmente, como sujeto capaz, se acoge al beneficio dado por la ley comercial para llamar en su auxilio la cláusula compromisoria. De otro lado, ninguna de las partes procesales, atadas por la cláusula compromisoria mencionada, cuestionó concreta y específicamente en el proceso la *capacidad negocial* (entiéndase, de ejercicio) ni el consentimiento real y libre de vicios de las otras partes del proceso para convenir el arbitraje, esto es, que el pacto arbitral aludido se hubiera obtenido por error, fuerza o dolo, como tampoco discutió que *per se* el objeto o la causa de la referida estipulación arbitral resultaran ilícitos, aunque, no se desconoce que, bajo otro respecto, la parte convocada niega de fondo las pretensiones sustanciales de la actora, lo cual es ciertamente diferente, y también discute la competencia del Tribunal.

d). La capacidad dispositiva:

Por disposición legal las partes vinculadas a la cláusula compromisoria deben tener capacidad *dispositiva* respecto a la materia que vinculan a la jurisdicción arbitral. En estricto rigor, en el presente caso, la controversia se suscita, en los términos planteados por la parte actora, alrededor de la reclamación del derecho de usufructo de determinado número de acciones, propio del régimen comercial societario. El carácter patrimonial de la disputa planteada sobre la base al derecho a reclamar el usufructo mencionado, que informa palmariamente la presente causa procesal, pone de presente que el interés jurídico que se predica del pacto arbitral sólo afecta al patrimonio de las personas demandante y demandadas, y que no existe disposición legal o medida judicial

que le quite su carácter disponible, por lo cual el arbitraje podía ser objeto específico de declaración de voluntad, para someter a esta jurisdicción transitoria y excepcional, el conflicto sobre dicho interés patrimonial (artículo 116 C.N.). Distinto es que, con el ejercicio de la acción, se hubiera pretendido obtener condenas en materia que vulnera el orden público, el interés público, la moral o las buenas costumbres. En consecuencia, el contenido de la cláusula compromisoria vinculante se encuentra singularizado, no se extiende a otros conflictos por vía de generalidad ni de permanencia, sino únicamente a las relaciones conflictivas que el usufructuario, prevalido del derecho dado por el artículo 412 del C. Co., plantea como actor contra el accionista constituyente del usufructo, y la sociedad emisora de las acciones, a la cual se imputa la responsabilidad de no haber destinado cierto número de acciones emitidas en la capitalización de fecha 23 de septiembre de 2011, para que quedaran afectadas por el derecho real de dominio, pese a haber estado advertida del deber de hacerlo, y ello trae eficacia a la decisión arbitral.

e). La disponibilidad del conflicto:

No basta que las partes tengan capacidad de ejercicio, sino que, además, la ley dispone que la materia del conflicto debe ser *disponible* (Art. 1, Ley 1365/2012), porque de no tener ese carácter no habría posibilidad jurídica de pactar el arbitraje. Tres son las cuestiones atinentes al punto: La *primera* indagación que el Tribunal hace está referida a la *capacidad* de las partes para ejercer derechos por sí mismas, sin el ministerio ni la autorización de otra, que es lo que caracteriza la capacidad de ejercicio. En orden a resolver este primer interrogante el Tribunal encuentra probado que las personas naturales que intervienen en el proceso, gozan de plena capacidad jurídica *negocial* al haber obrado en el ámbito personal y dentro del marco material de sus actuaciones jurídicas individuales y patrimoniales, sin comprometer o vulnerar derechos de terceros ni el interés u orden público, y sin que en modo alguno se hubiera alegado que se hallaban en condición de incapacidad absoluta o relativa o de interdicción judicial, y la sociedad comercial vinculada a la causa ha sido citada al proceso como emisora de acciones que son del interés del usufructuario constituido por el accionista, lo que pone de presente que su actuación jurídica en el caso que se decide, cabe dentro del concepto de su *habilitación objetiva* para desenvolverse como una persona jurídica colectiva. El



# Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición

*segundo* presupuesto que detiene la atención de los árbitros es la capacidad de los contratantes para *disponer* de su derecho, lo que lleva a decir que cada uno debe tener la posibilidad legal y de facto de comprometer sus derechos patrimoniales, por causa o con ocasión de sus actuaciones u omisiones culposas o dolosas, sin impedimento alguno de la ley. El Tribunal, examinada la naturaleza de la controversia, encuentra que ella es enteramente *patrimonial*, y que su naturaleza y carácter no impide -de derecho y de hecho- asumir responsabilidades jurídicas que eventualmente puedan derivarse de su albedrío, negligencia o dolo, lo que pone de presente que, bajo este particular respecto, los sujetos sustanciales y procesales que interactúan en esta causa, bien pueden discutir entre sí la existencia de un derecho sustancial, de tipo patrimonial. Nada impide legalmente que, un sujeto que se cree usufructuario, reclame a otro, a quien señala como usufructuante, la nuda propiedad sobre acciones de propiedad de este último, y que en la extensión material de dicha situación jurídica pretenda vincular al proceso a la sociedad emisora de las acciones que presunta e hipotéticamente deben estar limitadas por el usufructo, al no haber dado ésta, en decir, la convocada, cumplimiento a su deber de materializar y registrar dicho derecho en el libro de accionistas de la sociedad emisora. Ninguna de las partes procesales desconoció procesalmente a las restantes la disponibilidad del conflicto. Finalmente, en criterio de los árbitros no existe norma legal que excluya expresamente a la materia, de la posibilidad de ser definida por árbitros, luego, estamos en presencia de pretensiones presuntamente insatisfechas, de tipo declarativo, y de condena patrimonial.

### f). La patrimonialidad del conflicto:

El conflicto que, por esta vía se decide, es de contenido *patrimonial*, en su origen y en sus efectos, luego tiene carácter disponible. Basta recabar que las pretensiones de la demanda persiguen en rigor el derecho al reconocimiento del derecho patrimonial o económico a que el usufructuario se beneficie de los dividendos que se decreten y que correspondan a las acciones limitadas con el mencionado derecho real, desde la época en que eventualmente tal derecho surgió y a los rendimientos que tales acciones produzcan en el futuro, caso que, en ese evento, se ordene el reparto de la utilidad neta por parte de la asamblea de accionistas.





g). La forma escrita del pacto arbitral:

A este punto el Tribunal considera que el pacto arbitral, bajo la modalidad de cláusula compromisoria, satisface el escrito, como lo prevé el artículo 4 de la Ley 1365/2012, y se atempera a la jurisprudencia nacional [Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 24 de junio de 1996, radicación 838, entre otros]. La cláusula compromisoria está probada y ella liga a la sociedad y los accionistas al arbitraje, y por efecto del artículo 412 del C. Co. la misma queda al alcance del usufructuario para demandar por vía arbitral a la sociedad emisora de las acciones, porque la ley le confiere a éste los mismos derechos del accionista con relación o respecto a la sociedad, de modo que si el accionista puede invocar el arbitraje frente a la sociedad emisora de las acciones, el mismo derecho tiene el usufructuario frente a ésta para reclamar la integridad de su derecho de usufructo.

h). La fijación del alcance de la cláusula compromisoria:

Como se tiene sabido, la fijación del alcance de esta cláusula es determinante para que los árbitros puedan fijar su competencia, y si ésta es plena o parcial. Bajo este entendimiento, el Tribunal encuentra, hecha la constatación pertinente, que el asunto que motiva el arbitraje encaja dentro del ámbito material de contenido de la estipulación arbitral, como quiera que se refiere a la relación sustancial ya precisada, sin exceder su esfera.

2). *Segundo presupuesto: La relación usufructuaria:*

Son fundamentalmente materia de la controversia planteada ante los árbitros los aspectos atinentes a la relación usufructuaria que liga al accionista Eugenio Carlos Flórez Hernández con la usufructuaria Ceballos & Flórez S.A.S., y la Sociedad Portuaria de Buenaventura S.A., S.P.R. BUN, como está establecida en los Hechos y Pretensiones contenidas en la demanda integrada y en el escrito de subsanación, controvertida en la contestación a la misma y en lo alegado en las excepciones de fondo que fueron formuladas tanto por el accionista como por la sociedad emisora de las acciones [Reforma de Demanda y Subsanación: folios 353 y ss y 360 y ss, respectivamente, Cdo. 1°; Contestaciones y excepciones: folios 365 y ss, y 369 y ss. Cdo. 1°], cuyo contenido no es menester detallar ahora, porque tal precisión fue hecha en la

parte inicial del presente laudo. Conforme a dicha relación sustancial conflictiva, habida cuenta de lo expuesto por los árbitros al ocuparse del examen de la cláusula compromisoria como presupuesto para definir lo atinente a su competencia, a objeto de decidir la presente causa litigiosa, y, considerando el objeto y naturaleza del proceso, en consonancia con las razones de hecho y de derecho esgrimidas por cada parte procesal, sostiene su competencia para conocer y decidir este litigio, tal como lo resolvió en la primera audiencia de trámite [Auto No. 18, acta No. 11 del 6 de marzo de 2015, folios 068 y ss, Cdno 3°].

3). *Tercer presupuesto: la demanda en forma y los demás presupuestos procesales:*

La demanda integrada (incluida la subsanación), presentada por la parte convocante [ver, folios 353 y ss y 360 y ss, Cdno 1°], fue finalmente admitida por los árbitros, por Auto No. 12 de fecha 5 de diciembre de 2014 [Ver, Acta No. 07 (sic, corregido por Acta No. 08)], [folios 047 a 049, Cdno 3°], y de ella se corrió traslado a las partes convocadas. Los demandados contestaron y formularon excepciones de fondo [folios 365 y ss, Cdno. 1°, y folios 369 y ss, Cdno. 1°]. La audiencia de conciliación se celebró de conformidad con lo previsto en el artículo 432 del CPC (artículo 24 de la Ley 1365/2012), (Ver, Acta No. 10 de fecha 29 de enero de 2015).

La parte convocante y las convocadas gozan de plena capacidad jurídica para tener la calidad de parte en este proceso y, además, tienen capacidad procesal para actuar y ejercer todos los actos adjetivos autorizados por la ley. A estas condiciones se agrega que la demanda y las contestaciones suyas, cumplen con los requisitos *formales* establecidos en la ley procesal, con lo cual se configuran los presupuestos procesales *de demanda y contestación en forma* para proceder a emitir la decisión sobre la controversia.

4). *Cuarto presupuesto: observancia de las garantías procesales:*

Estudiados los factores determinantes de la competencia y los presupuestos procesales, y habiendo hecho los árbitros pronunciamiento acerca de los mismos, corresponde referirse a las garantías procesales, con el propósito de concluir sobre el adecuado trámite del proceso y el respeto a los derechos de



# Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición

carácter adjetivo que tienen los sujetos procesales durante el desarrollo de la *litis*, teniendo siempre presente que el fin de las normas y garantías procesales es la efectividad de los derechos sustantivos de quienes concurren al proceso (artículo 4º, CPC), de lo cual se concluye que las normas procedimentales teleológicamente están dirigidas a garantizar los intereses concretos de derecho privado que corresponden a los litigantes. Siendo ello así, la actuación procesal está llamada a convertirse en una expresión de la jurisdicción que dota de legitimidad y eficacia no sólo la intervención del aparato judicial, en este caso, del excepcional y transitorio de los árbitros, sino también la actuación de quienes concurren como parte al proceso.

Habida cuenta de que la Constitución Nacional, el Código de Procedimiento Civil, la jurisprudencia y la doctrina, consagran y dan contenido a las garantías y derechos fundamentales de orden procedimental, se procede a verificar que los mismos hayan sido atendidos y satisfechos en forma tal que pueda hablarse de la observancia plena de las formas propias del proceso arbitral, y del ejercicio del derecho de acción, defensa y contradicción, lo cual hace de la siguiente forma:

1). *El debido proceso:*

Se ha cumplido esta garantía sometiendo el proceso al procedimiento señalado por la ley, que manda bastantear los asuntos arbitrales mediante la aplicación de las reglas del proceso verbal, de manera que no se evidencia inadecuación de trámite que pudiera generar una nulidad procesal. De ello dan cuenta todas las piezas procesales de las partes (demanda, contestaciones, formulación de excepciones de fondo, etapa conciliatoria, práctica de pruebas, y alegaciones); las resoluciones proferidas por los árbitros para despachar aquellas (auto admisorio de la demanda, notificaciones, traslados, cumplimiento de la etapa conciliatoria); decreto de pruebas a petición de parte y de oficio, y citación a alegaciones, etc., y en general, las actuaciones surtidas en el curso de la instancia, lo que se traduce en la observancia plena de las etapas, formas y términos procesales.

La naturaleza del proceso contencioso quedó en este caso fijada por la demanda integrada, de manera que en torno a sus fundamentos de hecho y de derecho y, concretamente, a sus





# Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición

pretensiones, se entabló la correspondiente contradicción litigiosa, en un marco de libertad que permitió a las partes el ejercicio del derecho de acción y de defensa. La demanda integrada fue, por ende, la actuación fundamental que *demarcó* el radio de acción de las correspondientes contestaciones, y el punto de partida y de llegada de todas las manifestaciones hechas a la contestación de la misma.

La relación jurídico-procesal establecida al contestarse la demanda se cumplió con el lleno de las exigencias del principio del debido proceso. La relación de *litis dependencia* formada en este trámite arbitral entre la demandada en relación con la demanda, se sujeta al trámite señalado por las normas constitucionales y legales. Así las cosas, existiendo claramente la relación demanda-contestación, y habiéndose trabado la relación jurídico-procesal en torno a los hechos y pretensiones del libelo introductorio, en este caso integrado, los árbitros vienen a decidir ahora dentro del marco petitorio que se controvierte, sin opción de fallar por fuera de las peticiones o más allá de ellas, como tampoco las partes pueden esperar pronunciamiento fuera de esos precisos límites, porque se violaría flagrantemente el debido proceso y las demás garantías de orden procesal. La demanda integrada estableció el polo *personal* de la relación procesal, de una parte, y el contenido *material* de esa misma relación, de ahí que lo que se decida en el laudo deba estar en íntima relación de conexidad con la conducta personal y directa de las partes en el proceso, sin que puedan predicarse los efectos del laudo contra quien no ha sido parte demandante ni demandada en él. En estas condiciones la garantía al debido proceso que el Tribunal arbitral debía dar y, en efecto dio, se pregona del marco de referencia establecido en la demanda, su reforma e integración, el cual no fue ampliado por otros medios de defensa, distintos a la contestación, a disposición de las partes convocadas.

## 2). *El derecho de contradicción o de audiencia bilateral:*

La parte actora o convocante ejerció legítimamente el derecho de acción, y las partes demandadas resultaron vinculadas al proceso mediante demanda respecto de la cual se dio el término legal de traslado para su comparecencia a la causa, y para el ejercicio de su derecho fundamental de defensa. A las excepciones de fondo formuladas por las partes convocadas se dio el traslado pertinente a la convocante, para el ejercicio de su derecho a contradecir, y se



decretaron las pruebas solicitadas para acreditar su configuración. Por ende, desde el comienzo en que se trabó en legal forma la relación jurídica procesal, ambas partes fueron oídas en todas las etapas del proceso (conciliación, decreto y práctica de los medios probatorios, alegaciones, etc.); se les garantizó la posibilidad de contradecir la prueba en igualdad de condiciones y oportunidades, y todas las decisiones adoptadas por los árbitros en las audiencias fueron puestas en conocimiento de la parte demandante y demandadas para que pudieran impugnarlas en su debida oportunidad.

3). *El principio de equilibrio procesal:*

Las partes gozaron de igualdad o equilibrio procesal en la esfera de su actuación, habiéndoseles dado la debida protección jurídica, en igualdad de condiciones y circunstancias. A su turno, los demandados tuvieron, en pie de igualdad, la posibilidad de formular excepciones, y la convocante gozó del traslado para pronunciarse sobre ellas. Ambas partes pidieron pruebas, obtuvieron su decreto, adicionalmente intervinieron en su práctica, y pudieron controvertirlas. Al mismo tiempo, las partes del proceso alegaron de fondo clausurado el debate probatorio. Por último, ambas partes gozaron de igualdad de oportunidades para impugnar las decisiones de los árbitros, mediante los recursos que estimaron conveniente formular, y los fundamentaron con entera libertad argumentativa.

El Tribunal destaca que, dada la complejidad del *thema decidendum*, garantizó a ambas partes el derecho a probar los hechos que a cada una de ellas concernía, en particular, los referidos a la relación usufructuaria ya descrita, de modo que mientras se garantizó a la convocante que pudiera demostrar la existencia de la misma, también permitió que la parte convocada, en idéntico plano de igualdad procesal, intentara probar por los medios legítimos y a su alcance la inexistencia de la misma, dándole a la regla *onus probando incumbit actor* un alcance equitativo y garantista. Bajo este aspecto no hay motivo de desconocimiento de la garantía procesal referenciada.

4). *La garantía del principio dispositivo:*

Observan los árbitros que en el asunto debatido en el proceso las partes tienen plena capacidad procesal de carácter *dispositivo*, que

hace que la materia quede dentro de la esfera de los derechos sustanciales y del interés meramente particular o privado, pesando sobre demandante y demandados la formulación de las argumentaciones debidas, en orden a concretar el alcance que una y otra parte le otorgan a esa controversia, estimulando de esta forma la función arbitral y proporcionando a los árbitros los fundamentos fácticos de la sentencia (laudo) mediante actos de postulación (como son la formulación de la demanda, su contestación sin allanamiento, los medios exceptivos, etc.), de modo tal que dicha formulación y contradicción fijan el marco jurídico preciso de las pretensiones, en relación con el cual los árbitros no pueden proferir decisiones más allá de lo que abarque el *thema decidendum*. Bajo otra perspectiva, no existe precepto legal que considere al asunto indisponible. Con todo, frente a cada pretensión y excepción de fondo el Tribunal deberá examinar más adelante su arbitrabilidad.

Así las cosas, el principio dispositivo, que tiene carácter tutelar, quedó condicionado a las peticiones de ambas partes en el proceso, especialmente por la promoción de la demanda, su reforma e integración, su contestación y las excepciones perentorias o de fondo. Las afirmaciones o hechos fundamentales y las pruebas aportadas al proceso regular y oportunamente, y las practicadas, constituyen el fundamento único de la sentencia o laudo, porque así lo han determinado las partes en litigio, de manera que las partes están gravadas con la carga de las afirmaciones y de las pruebas, puesto que la decisión de los árbitros necesariamente tiene que producirse según lo alegado y probado (*secundum allegata y probata*).

5). *El principio preclusivo y de eventualidad:*

Conforme al trámite que corresponde al proceso arbitral, en la instancia se observaron y surtieron en forma secuencial y concatenada todas las etapas o secciones que las reglas procesales fijan, lo que se tradujo en que los actos adjetivos de las partes y de los árbitros, se cumplieran en los términos y oportunidades señalados por la ley procesal, de manera que agotada cada una de dichas etapas iba precluyendo su oportunidad, con lo que se revistió de seguridad al procedimiento y se atribuyó firmeza a las decisiones de los árbitros. Ambas partes gozaron de la oportunidad para atacar y defender sus posiciones en la etapa

pertinente del proceso hasta el momento mismo de presentar sus alegaciones de conclusión, tuvieron libertad y discreción para adoptar posturas procesales, y asumir papel activo frente a su propio interés. Algunas peticiones de las partes fueron formuladas con la intención que tuvieran especial pronunciamiento en el laudo y a ellas se contraerá el presente fallo (la formulación de excepciones de fondo).

6). *El principio del derecho de defensa:*

Por virtud del artículo 29 de la Constitución Nacional, el derecho fundamental de defensa asiste a toda persona llamada a un proceso, en este caso, arbitral contencioso, declarativo y de condena, para hacerse parte en él, defender sus derechos subjetivos e intereses jurídico-patrimoniales, mediante la plenitud de formas propias del proceso, con las mismas oportunidades que la parte actora, disponiendo de iguales medios y términos para pedir, presentar, solicitar e intervenir en la práctica de pruebas. Los árbitros estiman cumplido y observado este derecho fundamental, de orden constitucional, en razón a que la parte convocada al proceso gozó y tuvo la oportunidad y los medios idóneos para:

- a). Tener conocimiento formal de su llamamiento a un proceso judicial;
- b). Fue notificada debidamente y en legal forma de la existencia del proceso en su contra;
- c). Se le corrió traslado para contestar la demanda, su reforma e integración y hacerse parte en la causa;
- d). Tuvo la oportunidad y formuló excepciones perentorias o de mérito;
- e). Intervino en la etapa conciliatoria;
- f). Ejercitó actos de postulación;
- g). Fue oída en todas las etapas del proceso;
- h). Todas las providencias dictadas en el curso de la instancia fueron de conocimiento suyo;



Centro de  
**Conciliación, Arbitraje y  
Amigable Composición**

- i). Formuló el recurso de reposición contra los autos del Tribunal, cuando lo estimó conveniente o necesario;
- j). Controvirtió las actuaciones de la parte demandante;
- k). Aportó y pidió pruebas e intervino en su práctica;
- l). Estuvo asistida por abogado;
- m). Todas las audiencias se llevaron a cabo con su intervención; y
- n). Presentó alegaciones de conclusión.

Bajo este entendimiento el Tribunal no encuentra motivo alguno que pueda tener significado de violación del derecho de defensa. Corolario de lo antes examinado es que las partes procesales:

- 1). Gozaron de la garantía del debido proceso;
- 2). Se les reconoció el derecho de contradicción o de audiencia bilateral;
- 3). Tuvieron igualdad procesal;
- 4). Ambas partes gozaron de poder o facultad dispositiva procesal;
- 5). El proceso se surtió en etapas preclusivas en las que intervinieron ambas partes, y
- 6). Se garantizó y respetó el derecho al debido proceso, y de defensa.

**B). EXAMEN ACERCA DE LAS NULIDADES PROCESALES:**

Se ocupan los árbitros de examinar lo concerniente a las nulidades procesales en los siguientes términos:





a). estudio de las nulidades procesales:

Proceden enseguida los árbitros a estudiar, como presupuesto para hacer pronunciamientos de fondo, si en el trámite del proceso se produjo alguna causa de nulidad procesal o de orden constitucional, para extraer las conclusiones pertinentes. Sea lo primero dejar sentado que nuestro ordenamiento procesal civil se acoge al sistema taxativo y restrictivo de las nulidades procesales, de manera que sólo tienen ese carácter las que expresamente prevé la ley. Siguiendo la clasificación legal se procede a examinar primero las que tienen carácter general y posteriormente las especiales, en caso de haberlas.

Se despachan de la siguiente forma:

- 1). Que el proceso corresponda a diferente jurisdicción, y carecer de competencia (artículo 140, num. 1 y 2, c.p.c.):

Siendo la arbitral una jurisdicción que se pone en movimiento en forma excepcional y transitoria, si el proceso no correspondiese al conocimiento de los árbitros debería entonces ser de competencia de la justicia ordinaria (civil). Con todo, como se ha dejado establecido al abocar el examen de la cláusula compromisoria, son los árbitros los llamados a pronunciarse de fondo no sólo sobre la controversia litigiosa, sino también acerca de la validez del pacto arbitral, por el principio universal de la autonomía que se reconoce en el derecho arbitral.

- 2). Proceder contra providencia ejecutoriada del superior o revivir un proceso legalmente concluido o pretermitido íntegramente la respectiva instancia:

Del propio modo, como es la primera y única vez que se tramita la controversia, los árbitros en su actuación no han procedido contra providencia ejecutoriada ni tampoco han revivido un proceso legalmente concluido sobre igual materia, y menos puede decirse que se hubiera pretermitido la instancia (num. 3).

- 3). Tramitar la demanda por un proceso diferente al que le corresponde (num. 4):





# Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición

Como quiera que el proceso a seguir está determinado por el derecho material contenido en las pretensiones, la causal se estructura sólo cuando se escoge un tipo de proceso diferente del asignado por la ley. Es claro que en el presente caso se está ante un proceso de tipo contencioso o controversial, con intereses contrapuestos, en el que se busca que se hagan pronunciamientos declarativos y de condena, pero, cabe anotar que se ha surtido mediante la forma procesal y ritual consagrada en la ley, y ésta dispone que los procesos de carácter arbitral se tramiten con sujeción a las reglas del proceso verbal.

4). *Haberse adelantado el proceso después de ocurrida una causal de suspensión o interrupción (num. 5):*

El presente proceso arbitral no ha sufrido parálisis por causa de interrupción (enfermedad o muerte de las partes, etc.) ni tampoco ha sido suspendido y reanudado en forma irregular.

5). *Cuando se omiten las oportunidades o términos para pedir o practicar pruebas o formular alegatos de conclusión (num. 6):*

Aunque la causal sólo opera cuando se omiten *totalmente* los términos para pedir o practicar pruebas, o para alegar, cabe decir que todas las solicitadas en las oportunidades procesales fueron decretadas y practicadas con bilateralidad de audiencia. En lo concerniente a las alegaciones de conclusión se llevaron a cabo en la audiencia del día 28 de abril de 2015, según Acta No. 14, por ende, no hay motivo generador de nulidad procesal por estos hechos.

6). *Cuando es indebida la representación de las partes (num. 7):*

En el presente proceso se satisfizo a cabalidad el requisito de la debida representación, porque la persona jurídica demandante actuó por intermedio de apoderado judicial, lo mismo se predica de las partes convocadas.

7). *No haberse hecho en legal forma al demandado (representante o apoderado) la notificación del auto admisorio de la demanda (num. 8):*





Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición

La aludida notificación se hizo personalmente a los apoderados de las partes convocadas, el 20 de junio de 2014 a la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA S.A. SPR-BUN, y el 4 de julio de 2014 al señor EUGENIO CARLOS FLOREZ HERNÁNDEZ.; Sin embargo, como posteriormente la demanda fue reformada e integrada en un solo escrito, la notificación del auto admisorio de ésta se surtió por estado fijado el 10 de diciembre de 2014 en la Secretaría de la Sede del Tribunal.

8). *No haberse practicado en forma legal la notificación a personas determinadas (o el emplazamiento a indeterminados), (num. 9), o haberse dejado de practicar una providencia distinta de la que admite la demanda (num. 9, inc. 2):*

Vista la situación desde el punto *subjetivo* las notificaciones procesales de todas las decisiones del Tribunal fueron hechas a las partes demandante y demandadas, y *objetivamente* no hubo una sola providencia que hubiera dejado de ser notificada, y

9). *Que la nulidad se presente en la sentencia (laudo), (inc. 6, artículo 142, ibídem):*

En el presente laudo se descarta de plano haber proferido condena a quien no ha intervenido como parte en el proceso, o haber declarado probada una excepción no propuesta, o dictarse el laudo contra sentencia ejecutoriada en proceso concluido, o dictarse el laudo encontrándose suspendido el proceso arbitral.

En conclusión capitular: No se generó ninguna causal de nulidad procesal en el curso de esta instancia, como tampoco fue introducida petición alguna de una cualquiera de las partes para que fuera declarada una en particular. De otro lado, si se llegó hipotéticamente a presentar motivo de nulidad procesal quedó saneado el defecto porque las partes no lo alegaron oportunamente, y por haber seguido surtiéndose la actuación sin reproche alguno de las partes, según los numerales 1 y 2 del artículo 144 C.P.C., y de otro lado el Tribunal expresamente manifiesta que no se formuló ninguna violación o excepción de carácter constitucional por ninguna de las partes, y no la advierten los árbitros.





b). *El thema decidendum (demanda, reforma, integración, contestación, excepciones):*

La naturaleza del proceso *contencioso* hace que exista mutua contradicción de relaciones conflictivas entre los interesados, no siendo posible al juez (entiéndase árbitro) resolver solicitud alguna sin antes oír a la parte contra quien se opone, para que ésta pueda ejercer su derecho a la defensa. La demanda es entonces la pieza procesal que determina la iniciación del proceso, en cuanto contiene hechos y pretensiones que deben ser materia de expreso pronunciamiento dentro de los límites de su formulación, encaminada a ser conocida por la parte demandada vía de la correspondiente notificación. La demanda alude al elemento objetivo de la reclamación a la parte contraria, y exige que ésta última haga manifestación contra la situación fáctica y los pedimentos que aquella contiene. El marco de la controversia procesal se sitúa así entre las formulaciones de la parte actora y su contradicción por la demandada, y por las cuestiones especiales que se aleguen de manera exceptiva. Así, pues, notificada la demanda queda trabada la relación jurídica-procesal o lazo jurídico de la instancia, de manera que entre actor y demandado surge una situación de *litis dependencia* que hace que el juez o árbitro se obligue a conocer mediante la realización de determinados actos, las pretensiones opuestas de las partes y a proveer sobre ellas, en los precisos y específicos términos en que ha sido fijado el *petitum*. Dicho de otra forma el juez o árbitro no puede decidir *por fuera de ese marco petitorio que se controvierte ni fallar por fuera de lo pedido ni más allá de su contenido*, y del mismo modo las partes no pueden esperar pronunciamientos por fuera de él. En términos sencillos pero precisos la relación procesal se establece entre la parte demandante y a quien llama ésta al proceso como demandado, y sobre los hechos y peticiones del libelo introductorio.

Desde el punto de vista de los *sujetos* se entiende que forman parte de dicha relación el demandante y quien es llamado por éste al proceso, y no otras personas naturales o jurídicas. Al juez se le proponen los polos personales de la relación jurídica-procesal, expresada de un lado entre el demandante y el ente estatal como administrador de justicia, y entre el demandado y dicho administrador. Se trata entonces de una relación procesal pública, formal, y autónoma, que no se establece directamente entre las partes sino por intermedio del juez. Es potestad del actor decidir



contra quién dirige su acción, y al demandado le toca manifestarse acerca de si los hechos alegados y las pretensiones hechas le atañen a él, por lo cual puede allanarse, aceptarlos, negarlos y discutirlos, en referencia siempre con lo expuesto en el libelo introductorio.

En cuanto concierne al *contenido* de dicha relación procesal la demanda debe establecer su alcance, y las circunstancias de modo, tiempo y lugar que rodean la situación fáctica, y las pretensiones que se pide se hagan contra el demandado. El juez debe entonces proveer a la demanda de la parte actora, en consonancia con los hechos personales que puede alegar el demandado a su favor. Se trata, por consiguiente, de hechos propios o personales del demandante y de hechos propios y personales del demandado. Lo que el juez (o árbitro) decida tiene que guardar relación de causalidad y conexidad con la conducta personal y directa de cada parte, de lo que se sigue que no puede imponer ninguna condena contra quien no ha sido parte en el proceso. De otra parte, el demandado está limitado a litigar en causa propia y en el universo del derecho subjetivo controvertido. Tales formulaciones y contradicción fijan el marco jurídico preciso de las pretensiones, en relación al cual los árbitros no pueden proferir decisiones más allá del *thema decidendum*. Así las cosas, el principio dispositivo de las partes del proceso queda condicionado a las peticiones de ambas partes, en particular, por la demanda, reforma, integración, su respuesta y las excepciones de mérito formuladas.

Enfatizado lo anterior el Tribunal deja sentado que en presente proceso no hubo contrademanda o demanda de reconvención, que ampliara el *thema decidendum* de la demanda, su contestación y las excepciones de mérito.

## CAPÍTULO IV

### TÉRMINO DE DURACIÓN DEL TRÁMITE ARBITRAL

Al no convenir las partes el término del proceso, su duración, conforme a lo establecido en el artículo 10 de la Ley 1563 de 2012, es de seis (6) meses, a contados partir de la finalización de la primera audiencia de trámite, la cual tuvo lugar el 6 de marzo de 2015, término que vencería el 6 de septiembre de 2015.

## CAPÍTULO V

### JURISDICCIÓN, COMPETENCIA Y EXCEPCIONES A ESTA ÚLTIMA

Antes de abordar los temas para resolver de fondo el presente litigio, resulta pertinente reiterar que, según la asunción de competencia determinada el 6 de marzo de 2015 (ACTA No. 11), el Tribunal es competente para resolver el asunto sometido a su estudio, como ya quedó establecido en los capítulo III del presente laudo, a tenor de la cláusula compromisoria contenida en la reforma a los Estatutos Sociales de la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A, aprobada en Asamblea General Ordinaria de Accionistas, celebrada el 23 de septiembre de 2011, Acta N° 32, protocolizada mediante escritura pública N° 2245 de fecha 9 de diciembre de 2011, Notaría 1ª de Buenaventura. Su tenor es el siguiente:

*“Las diferencias que ocurran entre los accionistas entre sí o entre éstos con la sociedad por razón del contrato social, se resolverán por un Tribunal de Arbitramento que se sujetará a las normas vigentes y de acuerdo con las siguientes reglas: a) El Tribunal estará integrado por tres (3) árbitros elegidos de común acuerdo entre las partes y en su defecto mediante sorteo adelantado por la dirección del Centro de Conciliación de la Cámara de Comercio de Cali de la lista de árbitros que para el efecto lleva; b) La organización interna del Tribunal se sujetará a las reglas previstas para el efecto por el Centro de Conciliación y Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Cali; c) El Tribunal decidirá en derecho; d) El Tribunal funcionará en el Centro de Conciliación y Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cali”*

No obstante, se despacharán desfavorablemente por el Tribunal las alegaciones hechas por las partes demandadas como excepciones frente a la COMPETENCIA de los árbitros, por las siguientes razones:



Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición

1-. Porque las pretensiones de la demanda van encaminadas al reconocimiento de la calidad de accionista de la convocante, sobre la cantidad de 67.921 acciones de la Sociedad Portuaria de Buenaventura S.A., SPR-BUN, y puesto que de accederse a las pretensiones de la demanda quedaría ella cobijada por la cláusula compromisoria que está establecida para todos los conflictos entre accionistas y entre estos y la sociedad.

2.-En este punto el Tribunal se remite a lo manifestado en líneas anteriores, en el sentido de dejar claro que para los árbitros "el artículo 412 del C. Co. extiende al usufructuario de acciones la posibilidad de ejercer los derechos derivados del estado de asociado, en relaciones controversiales con la sociedad y/o los accionistas, entre los cuales está servirse de la cláusula compromisoria para dirimir las controversias que el usufructuario tiene contra la sociedad emisora de las acciones y uno de sus accionistas, por causa y en razón del contrato de usufructo celebrado".

CAPÍTULO VI

EL MARCO NORMATIVO SUSTANCIAL, JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINAL DE LA MATERIA JURÍDICA DEBATIDA

A). USUFRUCTO DE ACCIONES:

1). CONCEPTO:

De acuerdo con el artículo 823 del Código Civil y normas concordantes, el usufructo es un derecho real que se adquiere, entre otras formas, por medio de un acto jurídico voluntario entre vivos (o por testamento), en virtud del cual el usufructuante transfiere al usufructuario la facultad de utilizar y gozar de un bien de propiedad del primero, así como a percibir los frutos que este produzca, con la obligación del último de restituir el bien al vencimiento del plazo pactado. Por medio de él quien resulta usufructuario tiene la ventaja o privilegio de obtener para sí los frutos naturales civiles producidos por la cosa fructuaria. Resulta claro entonces que en este derecho real se superponen dos derechos: el del titular del derecho real de usufructo y el del nudo propietario, quien es titular de los demás atributos de la propiedad



del bien dado en usufructo, los cuales coexisten y se superponen a tenor del artículo 824 ibídem.

Como lo explica el profesor FRANCISCO REYES VILLAMIZAR, en su obra DERECHO SOCIETARIO, 2ª edición, pág. 361, Temis, Bogotá, por medio del usufructo no se transfiere la propiedad del bien al usufructuario, "*sino tan solo su uso y goce*". Ello deja ver que se trata de una *limitación* al derecho de dominio o propiedad plena, con la que el *usufructuante* se convierte en *nudo* propietario y conserva sólo el *ius abutendi* (disposición), y el usufructuario adquiere el uso y los frutos (*usus y fructus*), (Ver, LUIS GUILLERMO VELÁSQUEZ JARAMILLO, Bienes, 8ª edición, pág. 397, Editorial Temis, Bogotá, 2000).

## 2). EL USUFRUCTO DE ACCIONES:

Sea lo primero decir sobre el punto, que el Código de Comercio, como cuestión propia de la *negociabilidad* plena o limitada de las acciones, reconoce la posibilidad de constituir el derecho real de usufructo sobre *acciones* en las sociedades por acciones, caso que ocupa al Tribunal, y establece su régimen en los artículos 410 y 412 ibídem. En virtud de tal derecho el usufructuario adquiere, a su turno, los derechos del accionista, en particular, los del uso y goce de los derechos que la acción comporta, con excepción del derecho a su enajenación o gravamen, y con cargo de su restitución al tiempo de liquidación de la sociedad (o del vencimiento del término convencional del usufructo). Al respecto, el jurista NESTOR HUMBERTO MARTINEZ NEIRA, en su obra titulada CATEDRA DE DERECHO CONTRACTUAL SOCIETARIO, Regulación Comercial y Bursátil de los Contratos Societarios, 2ª edición, pág. 717, Legis, Bogotá, destaca las consecuencias jurídicas que se derivan de dicha limitación a la propiedad y expresa que "*Para los efectos del análisis del usufructo sobre acciones, basta mencionar que del otorgamiento del usufructo se derivan, entre otras cosas, las siguientes consecuencias:*

- *El propietario del bien fructuario conserva la propiedad de la cosa, pero se limita su dominio en cuanto no puede utilizar ni gozar de ella. De allí que conserve la nuda propiedad.*
- *El beneficiario se hace titular del derecho de usufructo, mas no propietario de la cosa fructuada, pero sobre ésta tiene el derecho a utilizar y disfrutar de ella, y de percibir los frutos que produzca, los*



*cuales serán de su propiedad. Tanto los frutos naturales (art. 840 C.C.) como los frutos civiles (art. 849 C.C.) pertenecen al usufructuario”.*

### 3). NATURALEZA DEL CONTRATO DE USUFRUCTO:

El usufructo es un derecho real, por ende, erga omnes, que requiere la inscripción del mismo en el libro de accionistas (Ver, art. 410 C. Co.). Ello evidencia que en el usufructo entran en juego las figuras del título y el modo en su adquisición. El título puede ser un documento privado o un documento público (escritura pública) proveniente de sus constituyentes (como la compraventa, la donación, la dación en pago de una deuda, etc.), si se trata de acto jurídico entre vivos, o puede tener origen en el testamento o aún por virtud de la ley (Art. 825 C. Co.), que pone de presente la relación personal o de crédito o contractual celebrada por las partes. El modo, cuestión distinta al título que crea la relación personal da origen al derecho real, y se realiza con la inscripción del título en el libro de accionistas de la sociedad emisora de las acciones.

Mientras el contrato contentivo del usufructo no se registre en el libro de accionistas, solamente existirá *entre* las partes un derecho personal, es decir, todavía no ha trascendido a la esfera del derecho real, al paso que el derecho real con oponibilidad a terceros –entre ellos la misma sociedad, que no es parte del contrato-, solamente surge desde la referida inscripción del título. Solamente a partir del registro del usufructo en el libro de registro de accionistas, puede el usufructuario (titular del derecho real respectivo) ejercer y hacer exigible frente a la sociedad y terceros las prerrogativas concedidas en virtud del título convencional del usufructo, tal como lo explica NESTOR HUMBERTO MARTINEZ NEIRA en su obra titulada CATEDRA DE DERECHO CONTRACTUAL SOCIETARIO, Regulación Comercial y Bursátil de los Contratos Societarios, ob. cit., pág. 718.

En conclusión, no se puede afirmar que el contrato de usufructo sobre acciones sea solemne, partiendo de asociar su perfeccionamiento con la inscripción, pues, el registro en sí no es una solemnidad del *contrato*, “*sino una formalidad exigida para el nacimiento del derecho real, es decir, para que el derecho de goce y de uso nacido del acto o contrato pueda ser oponible a cualquier tercero, con los atributos de persecución y privilegio que le son propios*”, como lo sostiene

NESTOR HUMBERTO MARTINEZ NEIRA en su obra ya citada, pág. 719.

#### 4). DERECHOS DEL USUFRUCTUARIO DE ACCIONES:

El artículo 412 del Código de Comercio, aunque, no define el usufructo de acciones, sí precisa sus efectos en los siguientes términos: *“ART.- 412: Salvo estipulación expresa en contrario, el usufructo conferirá todos los derechos inherentes a la calidad de accionista, excepto el de enajenarlas o gravarlas y el de su reembolso al tiempo de la liquidación. Para el ejercicio de los derechos que se reserve el nudo propietario bastará el escrito o documento en que se hagan tales reservas, conforme a lo previsto en el artículo anterior”*.

Con fundamento en el artículo anterior se puede afirmar que, por regla general, el usufructuario tiene, en virtud de un pacto, el derecho de inspeccionar, deliberar, votar con las acciones dadas en usufructo, y percibir las utilidades respectivas. Pero, no puede enajenarlas o gravarlas. Con todo, el legislador reconoce un amplio campo de acción a la autonomía de la voluntad, permitiendo a las partes pactar en contrario. Por su parte, el accionista conserva la nuda propiedad sobre las acciones limitadas.

En conclusión, es claro que los derechos que emanan del usufructo son los que se determinen en el respectivo negocio jurídico, aspecto en el que los árbitros deberán detenerse para estudiar el caso que nos ocupa. Es claro que en el acto de constitución del usufructo se puede determinar qué tipo de derechos se reserva el nudo propietario y cuáles se transfieren al usufructuario.

#### B). DIVIDENDOS:

Los *dividendos* se asimilan legalmente a los frutos civiles que producen las acciones, según lo ha sostenido la SUPERSOCIEDADES en Oficio OA-2587 de 1 de marzo de 1974, porque son compatibles con la doctrina sentada por el Código Civil, al incluir en esta categoría a los intereses producidos por cierto capital, de conformidad al artículo 717 ibídem. Por ende, siguiendo la doctrina civil los dividendos producidos por el reparto de la utilidad líquida son propiedad del usufructuario, según principio contenido en el artículo 849 de dicha codificación. Sin embargo, como el derecho de usufructo puede ser total o parcial, las partes

pueden convenir que el usufructuario tenga derecho a todas las utilidades o sólo a una parte de ellas.

Cuando el usufructo se extiende al dividendo, este último se puede pagar al usufructuario en dinero o en acciones liberadas de la misma sociedad emisora (Inc. 3, art. 455 C. Co.).

La regla general, con sustento en el inciso segundo del artículo 156 del estatuto mercantil, reiterada en el inciso 2 del artículo 455 del mismo, es que los dividendos deben pagarse en dinero efectivo. Sin embargo, es posible, como ya se dijo, cancelarlos con acciones de la misma sociedad, observando las reglas contenidas en el artículo 455 del Código de Comercio. Así las cosas, si no existe una situación de control conforme al artículo 260 del Código de Comercio, adicionado por el artículo 33 de la Ley 222/95, la asamblea general de accionistas puede, con el voto del 80% de las acciones presentes o representadas en la reunión, disponer que el dividendo se pague con acciones liberadas de la misma sociedad, lo cual vincula a todos los accionistas. De no obtenerse esta mayoría, sólo podrán entregarse acciones a título de dividendo a los accionistas que así lo acepten, y si existe una situación de control, el pago del dividendo en forma de acciones liberadas de la sociedad sólo procede respecto de los accionistas que así lo acepten, independientemente de que se obtenga la mayoría del 80% indicada.

### C). CONTRATO DE TRANSACCIÓN:

Es un contrato mediante el cual las partes acuerdan concesiones recíprocas, que cada una realiza al renunciar parcialmente a sus pretensiones, con el propósito de solucionar en forma directa una controversia actual o inminente. En ella resulta, pues, fundamental, las mutuas y recíprocas renunciaciones que las partes contratantes se hacen para llegar a un acuerdo (Ver, G.J., Tomo XLVII, Imprenta Nacional, pág. 479). Es un contrato *intuitu personae*, ya que se realiza en función de las calidades especiales de cada parte; a través de este sólo se pueden transigir derechos patrimoniales que sean susceptibles de renuncia; con sacrificio parcial de las pretensiones recíprocas, y con efectos de cosa juzgada en última instancia (Ver, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia de 6 de mayo de 1966).

En este mismo sentido, la SALA CIVIL, DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, respecto a este tema afirma lo siguiente: “*son tres los elementos específicos de la transacción a saber: primero, la existencia de un derecho dudoso o de una relación jurídica incierta, aunque no esté aún en litigio; segundo, la voluntad o intención de las partes de mudar la relación jurídica dudosa por otra relación cierta y firme; tercero, la eliminación convencional de la incertidumbre mediante concesiones recíprocas*”. (G.J. XLVII, 480) (...).”

“*Es, por tanto, un contrato bilateral, vale decir, generador de obligaciones para ambas partes; principal, ya que no requiere de otro negocio jurídico para su subsistencia; oneroso, como quiera que reviste utilidad para ambas partes; conmutativo, pues, las prestaciones de éstas se miran como equivalentes y, finalmente, consensual, habida cuenta que se perfecciona con el sólo consentimiento (Ver, Casación civil de 26 de mayo de 2006, Exp. 7992).*” (En igual sentido, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL, Sentencia de Casación de 29 de junio de 2007, Referencia: Expediente No. 6428).

En síntesis, el contrato de transacción es un negocio jurídico que tiene el alcance objetivo que las partes le otorgan, y el acuerdo que estas celebren respecto a sus derechos no es susceptible de interpretaciones o discusiones posteriores, como claramente lo establece el artículo 2483 C.C. Así, el acuerdo a que llegan las partes *objetivamente* está determinado por sus recíprocas renunciaciones, y el reconocimiento de la firmeza en el tiempo de dicho acuerdo, con la misma solidez que una sentencia en firme. Ese es el carácter de la fuerza juzgada formal y material que se otorga a la transacción (Ver, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia de 14 de diciembre de 1954, G.J. LXXIX, pág. 267). En igual sentido se pronuncia la doctrina nacional (ROBERTO VALDÉS SÁNCHEZ, La Transacción, pág. 237, Legis, Bogotá, 1998).

#### **D). RESERVAS:**

Como es suficientemente conocido, las reservas se constituyen, con cargo a utilidades, a fin de procurar la estabilidad económica de la compañía, previendo los riesgos derivados de circunstancias futuras e inciertas (Artículo 87 del Decreto 2649 de 1993).

Es claro que la reserva *legal* es creada por la ley para proteger el patrimonio social, en su conjunto, contra las pérdidas de la

sociedad, tal como lo establece el artículo 452 C. Co. Está integrada con el 10% de las utilidades líquidas de cada ejercicio, hasta que ascienda por lo menos al 50% del capital suscrito en las sociedades por acciones, del social en la limitada y en comanditas simples y del asignado a la sucursal extranjera (artículos 452, 350, 371, 341 y 476 del Código de Comercio). Según Concepto de la SUPERSOCIEDADES (Oficio 09897 del 23 de junio de 1975), no es posible repartirla ni capitalizarla durante la vida de la empresa, salvo en lo que exceda el mínimo del 50% exigido por la ley. El CONSEJO DE ESTADO, por su parte, en Sentencia de 10 de septiembre de 1982, págs. 140 y 141, sostiene el mismo criterio anterior.

Las reservas estatutarias son aquellas creadas por el contrato social. Conforme al artículo 453 "...serán obligatorias mientras no se supriman mediante una reforma del contrato social, o mientras no alcancen el monto previsto para las mismas". En consecuencia, al pactarse una reserva estatutaria (con las mayorías previstas para las reformas estatutarias) debe indicarse su monto y el tiempo durante el cual debe detraerse el porcentaje respectivo de las utilidades sociales. A diferencia de la legal, sí pueden capitalizarse o repartirse, previa reforma estatutaria, que presupone la supresión de la reserva, y observando las condiciones exigidas en el artículo 455 del Código de Comercio, lo que significa que para capitalizarse a favor de todos los accionistas se requiere el voto favorable de al menos el 80% de las acciones representadas y, en caso contrario, solamente podrán entregarse acciones a quienes así lo consientan, y al resto en dinero.

Finalmente, las ocasionales, que son las que interesan en el presente caso, las crea el máximo órgano social con base en el numeral 1 del artículo 420 y 453 del estatuto mercantil, sin necesidad de reformar los estatutos; de acuerdo con la doctrina vigente de la SUPERSOCIEDADES, esta facultad es indelegable. A continuación se transcriben los artículos mencionados:

*"ART. 420: La asamblea general de accionistas ejercerá las funciones siguientes:*

*1.- Disponer qué reservas deben hacerse además de las legales; ...".*

“ART. 453: ... Las reservas ocasionales que ordene la asamblea sólo serán obligatorias para el ejercicio en el cual se hagan y la misma asamblea podrá cambiar su destinación o distribuirlas cuando resulten innecesarias”.

## CAPÍTULO VII

### HECHOS PROBADOS Y LA DEFINICIÓN DEL CASO

Los hechos, que a juicio del Tribunal en pleno, aparecen probados en el presente proceso, son los que a continuación se enuncian:

1.- Existe un contrato de transacción contenido en la escritura pública 3494 del 19 de diciembre de 2008 de la Notaría 14 del Círculo de Cali, celebrado entre Eugenio Carlos Flórez y María del Carmen Ceballos, en el cual se establece:

**“2.1.2.4. De producirse cualquier nueva capitalización o cualquier fenómeno que, sin implicar la compra de nuevas acciones por parte del señor Eugenio Carlos Flórez Hernández, aumente el número de acciones que a su nombre tiene en la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura, este aumento beneficiará a la usufructuaria en la medida en que le dará el derecho a percibir por cuenta del usufructo la misma proporción del 40% sobre esas nuevas acciones”.** (Negrillas fuera de texto).

Para el Tribunal del texto transcrito se deduce que cada vez que el número de acciones de propiedad del señor Eugenio Carlos Flórez aumente en virtud de una *capitalización*, la usufructuaria tendrá el derecho a percibir la misma proporción del 40% a título de usufructo sobre esas nuevas acciones.

2.- El contrato de transacción contenido en la escritura pública 3494 del 19 de diciembre de 2008 de la Notaría 14 del Círculo de Cali aparece registrado en el libro de accionistas de la Sociedad Portuaria de Buenaventura S.A., SPR-BUN, según consta en el folio 209 del cuaderno No. 1, y así lo corroboró la señora María del Carmen Ceballos, al absolver su interrogatorio de parte [Pregunta realizada por el Presidente del Tribunal, folio 006, Cdno. No. 7 Pruebas de la parte convocada), y el abogado de la mencionada sociedad, doctor Carlos Alfonso Rodríguez (Pregunta realizada por el Presidente del Tribunal al solicitarle un resumen de los hechos que le constaran del proceso, folio 009, Cdno. No. 7 Pruebas de la parte convocada). Es, por ello, que el Tribunal de arbitraje otorga el



## Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición

carácter de plena prueba a los medios de demostración aquí citados y examinados.

Por lo tanto ello es oponible a terceros incluyendo la sociedad demandada, de conformidad con lo anteriormente explicado.

3.- En virtud del contrato de transacción celebrado por escritura pública 3494, ya citada, otorgada el 19 de diciembre de 2008 en la Notaría 14 del Círculo de Cali, los derechos conferidos a la usufructuaria (económicos), amén de los derechos políticos, se circunscribieron a obtener sobre las nuevas acciones, el usufructo del 40% de esas acciones, como expresamente se concluye del apartado 2.1.2.4 de dicha escritura pública, y, desde luego, tal usufructo se concreta en la posibilidad de que la usufructuaria obtenga los dividendos que generen tales acciones.

4.- Dentro de los derechos del accionista-nudo propietario, derivados del tantas veces citado contrato de transacción, está volverse propietario de las acciones que se distribuyan como producto de capitalizaciones. Ello se deriva del punto 2.1.2.4., del contrato en mención, del que fluye claramente en el evento de cualquier capitalización, que, desde luego, no es lo mismo que adquirir acciones por vía de compraventa, el accionista aumenta como titular las acciones emitidas por la sociedad en mención, independientemente si el incremento en el número de acciones del accionista, crea o no un beneficio al usufructuario de anteriores acciones, en cierta proporción.

Pero, además, cuando se capitaliza una *reserva* las acciones que surgen de aquella pertenecen al accionista, salvo pacto en contrario. Es evidente que partiendo de la base de haber generado utilidades la sociedad, en determinado ejercicio contable, tal utilidad pertenece al activo patrimonial de la compañía, la que puede decidir soberanamente en la asamblea de accionistas, disponer la creación de reservas ocasionales, su capitalización o reparto. Habiéndose optado primero por destinar las utilidades a la creación de una reserva ocasional, y tomada luego la decisión de llevar su monto a la capitalización de la sociedad, es perfectamente claro que en tal circunstancia dicho aumento sólo puede ser distribuido en títulos representativos de acciones nominales, únicamente entre quienes tienen la calidad de accionistas, porque sólo ellos son los que tienen



Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición

participación e injerencia en la cuenta de capital como accionistas de la misma.

Diferente hubiera sido, a juicio del Tribunal, si las utilidades de años anteriores no se hubieran capitalizado, sino que se hubieran convertido directamente en dividendos, porque su pago en dinero hubiera sido un fruto civil producido por las acciones de que era titular el accionista en el momento del reparto, del cual le tocaría al usufructuario una porción igual al porcentaje de equivalencia de su derecho real de usufructo.

5.- En el Acta No. 32 de la Sociedad Portuaria de Buenaventura S.A., SPR-BUN, luego de aprobarse el pago de dividendos en acciones, que, por ende, se causa sólo en favor de quien al momento del decreto del dividendo tiene el carácter de accionista, según el artículo 455 C. Co., se aprobó la capitalización de una reserva ocasional, en virtud de la cual cada accionista tenía derecho, y sólo el accionista, enfatiza el Tribunal, a recibir el equivalente a 0,1963% por cada acción que poseyera. La parte demandante-usufructuaria, desde su perspectiva, ha entendido que parte de las acciones que debía recibir el señor Flórez, como accionista y partícipe de la capitalización de la reserva ocasional, le correspondía a ella en propiedad, pese a no tener la calidad de accionista respecto a tales acciones y para tal efecto, y sobre esa base estructuró su pretensión de reclamo de la titularidad de parte de las acciones emitidas vía capitalización.

En virtud de lo anterior, la Sociedad Portuaria de Buenaventura S.A., SPR-BUN registró 169.818 acciones para Eugenio Carlos Flórez, en su condición de titular de la propiedad de las mismas, con base en su participación porcentual en el capital social en dicho momento, provenientes aquellas de la capitalización de la reserva ocasional, de las cuales 67.927 quedaron limitadas con usufructo en favor de la señora María del Carmen Ceballos, cantidad igual al 40% en que se convino el usufructo sobre acciones cuya propiedad correspondía al señor Eugenio Carlos Flórez, según reza la estipulación 2.1.2.4 del contrato de transacción antes citado, lo cual queda probado con el Libro de Accionistas de la mencionada sociedad, y lo explicado por la persona encargada de hacer el registro en el libro, abogado Carlos Alfonso Rodríguez, como ya se anotó. El Tribunal de arbitraje asigna el carácter de plena prueba a





los medios de probanza aquí relacionados para la demostración de los hechos a los cuales aluden.

De otro lado, guardadas proporciones, así como el derecho a la suscripción de nuevas acciones le corresponde al nudo propietario (salvo cuando se trate del pago del dividendo en especie), las acciones fruto de una capitalización de una reserva pertenecen también al accionista, por la sencilla y contundente razón que el único que tiene participación e injerencia en el capital social es él mismo. Así lo sostuvo la Superintendencia de Sociedades en oficio OA-2587 del 1 de marzo de 1974: "...Sin embargo, esta regla no es aplicable en el caso de que la asamblea general de accionistas decreta un dividendo para ser pagado no en dinero sino en acciones liberadas de la sociedad, pues en este evento el nudo propietario está obligado a respetar la decisión del máximo órgano social, que forzosamente conlleva la atribución del derecho a suscribir al usufructuario...". Una cosa es, pues, decretar el reparto de utilidades como dividendos por vía de emisión de acciones liberadas, y otra bien diferente es capitalizar una reserva ocasional. En la primera modalidad el usufructuario tiene derecho a suscribir acciones, mientras que en la última sólo puede hacerlo el accionista.

6.- El ejercicio de los derechos derivados del usufructo, no conduce a la propiedad de las acciones, pues, se trata de dos derechos reales distintos aunque fluyan paralela y simultáneamente, salvo que los respectivos dividendos se paguen al usufructuario en acciones, o salvo que así se pacte en el contrato celebrado entre las partes.

Tan evidente resulta lo anterior que el tercer inciso del artículo 455 del Código de Comercio, prevé la posibilidad de que el dividendo se pague en acciones liberadas de la misma sociedad, y en tal caso el usufructuario tendría derecho a suscribirlas y se haría por lo mismo dueño de ellas, pero este no es el caso que actualmente se debate, pues, el debate procesal parte de considerar que la utilidad social se convierte en una reserva ocasional, y que la misma es posteriormente capitalizada.

Revisado el contrato de transacción, el Tribunal da cuenta que en el mismo *no se pactó que las acciones fruto de las capitalizaciones serían de propiedad de la usufructuaria*, ni que a ésta, al cabo de un



tiempo, además de detentar el usufructo, le correspondería la propiedad plena, ni situación similar.

Valga citar al profesor GABINO PINZON, en su obra SOCIEDADES COMERCIALES, volumen II, Tipos o Formas de Sociedades, Tercera Edición Refundida y Actualizada, pág. 221, Editorial Temis, Bogotá, refiriéndose a los derechos de enajenar o grabar las acciones dadas en usufructo y el de su reembolso al tiempo de su liquidación, "no se entienden naturalmente incluidos entre los que se confieren al usufructuario. Porque estos derechos esencialmente patrimoniales, derivados por su esencia del derecho de dominio de las acciones, son ajenos a un verdadero usufructo, que naturalmente se entiende extensivo solamente a los frutos que produzca la cosa fructuaria, según las reglas del derecho común, llamadas a operar en cuanto no se regule expresamente el contrato..." Evidentemente, el asunto es sencillo de entender, el usufructuario no puede enajenar las acciones limitadas con usufructo porque no son de su propiedad, como tampoco puede hacer derivar otro derecho real del usufructo que tiene. Nadie puede dar jurídicamente lo que no tiene. Con fundamento en lo anterior, tampoco sería lógico suponer que el usufructuario tuviera derecho a la plena propiedad de las acciones producto de una capitalización, porque, como ya se dijo, se trata de dos derechos distintos que discurren paralelos, pero, no se tocan, y sólo podría consolidarse el usufructo con la propiedad nuda al ocurrir una situación jurídica que comporte el fenómeno de la *confusión* de derechos reales.

7.- Una cosa son los *dividendos* y otra muy diferente la *reserva ocasional*. Dicho en otras palabras, la capitalización no tiene la condición de ser *utilidad*.

Si bien la reserva ocasional al decretarse se nutre de utilidades y parte de ellas, esas utilidades pierden tal carácter y se vuelven *reserva* con destino específico. De ahí que, cuando el máximo órgano social decide *capitalizar* la reserva ocasional, en manera alguna le está devolviendo al dar ese paso la condición de *utilidad*. Cosa distinta es que el mismo órgano social decida repartir en dinero la reserva, lo que claramente no fue lo que ocurrió en el caso sub *judice*.

Lo cierto es que una vez destinadas las utilidades a conformar una reserva ocasional, ya salen contablemente de la cuenta de *utilidades* para ingresar a la cuenta de *reserva* ocasional, es decir,





## Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición

que *pierden* contablemente y en la práctica el carácter de utilidades, y por conformar una reserva ocasional puede destinarse la misma a la finalidad escogida por el máximo órgano social. En fin, la asamblea es libre de aplicar la reserva ocasional al fin determinado, o eliminarla y repartir su monto en dinero, o destinar la citada reserva a una capitalización. Empero, cuando opta por una de las dos últimas posibilidades el efecto no es el mismo, porque, si elimina la reserva para repartir su monto, en el reparto concurren los accionistas y el usufructuario, pero, si lo que decide es capitalizar la reserva sólo tienen participación quienes tienen la calidad de accionistas en ese momento (a menos de convenio en contrario). Si en el presente caso, la asamblea decidió *capitalizarla*, entregando su valor en acciones a los accionistas, ya no se está hablando como utilidades distribuidas en acciones, caso en el cual sí serían de la usufructuaria, como se acaba de decir, sino como lo que fue, esto es, una verdadera capitalización con base en una reserva ocasional, sin importar cuál fue el origen de tal reserva.

Puede afirmarse con certeza que la constitución de reservas ocasionales, a más de ser un derecho del máximo órgano social, encuentra legitimación objetiva cuando su creación está justificada respecto al fin y desarrollo de la empresa social. Claro está, implica destinar toda o parte de la utilidad social para crear la reserva, pero, ello se justifica, por la permanencia del negocio social, que es primordial. En estos términos, no puede afirmarse que al hacerlo la asamblea esté privando a los accionistas del derecho a repartir utilidades, porque la constitución razonada y justificada de las reservas ocasionales, se hace para la solidez y crecimiento de la iniciativa societaria, por propia iniciativa de los accionistas y usufructuarios en reunión del máximo órgano social. Sobre el particular, el profesor FRANCISCO REYES VILLAMIZAR, expresa que la constitución de la reserva es válida mientras no resulte injustificada: *“También es claro que en este momento el régimen restrictivo para crear reservas ocasionales se encamina a proteger el derecho esencial de los asociados a percibir utilidades, cuyo disfrute podría hacerse nugatorio si se constituyeran reservas injustificadas”* (Ver, Derecho Societario, 2ª edición, pág. 482, Temis). En la misma obra, en el pie No. 47 a dicha página, el autor señala: *“47.- Es claro, sin embargo, que la creación de reservas justificadas es un procedimiento válido, siempre que no se vulneren los porcentajes mínimos de utilidades, que se deben repartir o que, si se decide un reparto inferior para hacer las apropiaciones de reservas ocasionales, tal determinación cuente con las mayorías calificadas previstas para el efecto (C. Co. Artículos 155 y 454)”*. Y, además, por esta razón es



que generalmente el usufructuario tiene derecho a votar en las reuniones del máximo órgano social, para proteger sus intereses en busca de que se repartan utilidades, pero, obviamente se somete a la voluntad de las mayorías. Así lo señaló el maestro GABINO PINZON, en su obra SOCIEDADES COMERCIALES: "...Aunque el objeto del contrato sean solamente los frutos, es decir, los dividendos de las acciones, es apenas natural que el usufructuario, disponga de los medios necesarios para la protección y efectividad de sus derechos. Por eso, exceptuando la facultad de enajenar o gravar las acciones y la de recibir el reembolso de las mismas al tiempo de la liquidación, es apenas natural que el usufructuario ejerza los demás derechos del accionista; porque, en las reuniones ordinarias de la asamblea general han de aprobarse los balances de fin de ejercicio y la distribución de las utilidades correspondientes, es apenas lógico que el usufructuario pueda intervenir con su voto en las decisiones correspondientes de la asamblea, controlando la formación de las reservas que puedan afectar la participación de los accionistas en las utilidades y ejerciendo la facultad de examinar los libros y papeles justificativos de los balances, como cualquier accionista....". (Ver, Ob. cit., Volumen II, pág. 221).

8.- Las 67.921 acciones dadas en usufructo, producto de la capitalización de la reserva ocasional, que consta en el Acta No. 32 de la Sociedad Portuaria de Buenaventura S.A., SPR-BUN, pertenecen al accionista nudo propietario, señor Eugenio Carlos Flórez Hernández, parte demandada.

Tan así es que cuando la señora María del Carmen Ceballos cedió el derecho de usufructo a la señora Vannesa del Pilar Flórez Ceballos, se indicó lo siguiente: "*percibir el usufructo sobre el 40% de las acciones que llegare a tener el señor EUGENIO CARLOS FLÓREZ HERNÁNDEZ como consecuencia de cualquier nueva capitalización o cualquier fenómeno...*". Es decir, que este contrato de cesión demuestra por sí solo, como lo expuso acertadamente el apoderado del demandado Eugenio Carlos Flórez, que el mismo se concretó al usufructo de tan solo el 40% sobre las acciones propiedad del señor Flórez. Ningún otro derecho recibió la cesionaria (Ver folio 364 del Cdo. 1°). En consecuencia, no tiene la sociedad demandante derecho a acceder al dominio de las 67.921 acciones dadas en usufructo, en virtud de la capitalización de la que da cuenta el Acta No. 32 de la tantas veces citada sociedad demandada.

En la cesión celebrada por María del Carmen Ceballos, cedente, con su hija Vannesa del Pilar Flórez, cesionaria, se expresó que el derecho de usufructo que se cedía se radicaba sobre las nuevas acciones que recibiera Eugenio Carlos Flórez, en la Sociedad



# Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición

Portuaria de Buenaventura S.A., SPR-BUN, por efecto de cualquier nueva capitalización o cualquier fenómeno que aumentara su número de acciones excepto las que adquiriera por compra.

9.- A juicio del Tribunal prosperan las siguientes excepciones propuestas por los demandados:

9.1.- *Falta de legitimación en la causa por activa.* Quedó demostrado que la señora María del Carmen Ceballos suscribió un contrato de cesión de derechos con la señora Vannesa del Pilar Flórez, el 14 de mayo de 2010, en virtud del cual la primera cedió a la segunda, el derecho de usufructo contenido en el numeral 2.1.2.4., del documento de transacción celebrado y contenido en la escritura pública No. 3494 otorgada el 19 de diciembre de 2008 de la Notaría Catorce del Círculo de Cali, consistente en la facultad de percibir el usufructo sobre el 40% de las acciones que llegare a tener Eugenio Carlos Flórez en la referida sociedad, como consecuencia de cualquier nueva capitalización o de cualquier fenómeno, sin implicar la compra de nuevas acciones en ella. Por eso, a juicio del Tribunal arbitral dicha cesión adquiere carácter de plena prueba del hecho que comporta.

Si los derechos económicos del usufructo sobre las acciones en conflicto, esto es, las 67.927 acciones provenientes de la capitalización de la reserva ocasional que resultaban limitadas por el usufructo, fueron cedidos por la señora María del Carmen Ceballos a Vannesa del Pilar Flórez, la hoy demandante, carece de legitimación en la causa por activa. Este contrato de cesión fue inscrito en el libro de accionistas de la sociedad demandada el 11 de junio de 2010, [Ver folio 212, Cdno. 1º], y, por ello, los dividendos correspondientes al 40% de las acciones de propiedad de Eugenio Carlos Flórez, adquiridas en la capitalización en total de 169.818, registradas el 28 de diciembre de 2011 [Ver folio 212, Cdno. 1º], equivalente a 67.927 acciones, fueron consignados a órdenes de Vannesa del Pilar Flórez Ceballos. Para el Tribunal arbitral, la inscripción de la cesión aludida constituye plena prueba del hecho que comporta.

Quizás, valga la pena aquí y ahora, traer a colación los siguientes planteamientos de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, sobre la legitimación en la causa, para fortalecer lo escrito sobre la prosperidad de ésta excepción. Dice la Corte que la





# Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición

legitimación en la causa "... es en el demandante la calidad de titular del derecho subjetivo que invoca y en el demandado la calidad de obligado a ejecutar la obligación correlativa. Y el interés para obrar o interés procesal, no es el interés que se deriva del derecho invocado (interés sustancial), sino el interés que surge de la necesidad de obtener el cumplimiento de la obligación correlativa, o de disipar la incertidumbre sobre la existencia de ese derecho, o de sustituir una situación jurídica por otra." (Gs.Js. CXXXVI, pág.14; CLI, pág. 208). Pues, bien, es que en el presente negocio acontece que la señora María del Carmen Ceballos Flórez, quien funge como demandante, no es la titular del derecho subjetivo (sustancial) que invoca, puesto que lo cedió con anterioridad a la demanda a la señora Vanessa del Pilar Flórez Ceballos. Por eso, esa alta Corporación expresa nuevamente: "Si el demandante no es titular del derecho que reclama o el demandado no es persona obligada, el fallo ha de ser adverso a la pretensión de aquel." (G.J. CCXXXVIII, Págs. 364-365).

En efecto, el ejercicio de la acción sustancial exige la presencia de condiciones ineludibles, una de ellas, la legitimación en la causa por activa o pasiva (legitimatio ad causam). Justamente, la legitimación en la causa es cualidad necesaria para obrar o para contradecir, porque el juez o el árbitro no puede establecer o concretar la coincidencia entre una norma positiva y una situación de hecho, sino sólo cuando la estimula o promueve quien se halla precisamente dentro de dicha situación, de modo que como lo sostiene el maestro ÁLVARO LEAL MORALES "De esta suerte, para que la acción alcance una solución favorable es menester, además de la ya dicha concordancia entre el hecho y la voluntad de la ley, que no sea ejercida por cualquier sujeto de derecho, sino por quien está legitimado para hacerlo, y no contra cualquier persona sino contra quien está legitimado para contradecir..., pues, ello es una consecuencia de la llamada disponibilidad de los derechos subjetivos, entre los cuales, encuéntrase la acción" (Ver, Teoría del Proceso Civil, 2ª edición, págs.. 66 y 67, Ediciones Tercer Mundo, Bogotá, 1966).

Así lo expuso la Honorable Corte Suprema de Justicia en reciente sentencia, que bien cae como anillo al dedo para los efectos de despachar favorablemente esta excepción: "Si bien la posibilidad de que toda persona acceda a la administración de justicia es un principio de orden constitucional, tal garantía no es absoluta, ni su ejercicio puede ser producto del capricho o el arbitrio de los querellantes. Solamente el titular de derechos o quien puede llegar a serlo, está facultado para ponerla en funcionamiento, frente al obligado a respetarlos o mantenerlos indemnes. El nexo que une a las partes, permitiendo a la una accionar y a la otra responder a tales reclamos, es lo que se conoce como legitimación en la



*causa. Su importancia es tal, que no depende de la forma como asuman el debate los intervinientes, sino que el fallador debe establecerla prioritariamente en cada pugna al entrar a desatar la litis o, en casos excepcionales, desde sus albores.*

*De no cumplirse tal conexión entre quienes se traban en un pleito, se presentaría una restricción para actuar o comparecer, sin que se trate de un aspecto procesal susceptible de subsanación, sino que, por su trascendencia, tiene una connotación sustancial que impide abordar el fondo de la contienda”.*

La aludida Corte, en sentencia de 24 de julio de 2012, exp. 1998-21524-01, reiteró que “[l]a legitimación en la causa consiste en ser la persona que la ley faculta para ejercitar la acción o para resistir la misma, por lo que concierne con el derecho sustancial y no al procesal, conforme lo tiene decantado la jurisprudencia (...) En efecto, ésta ha sostenido que “el interés legítimo, serio y actual del “titular de una determinada relación jurídica o estado jurídico” (U. Rocco, Tratado de derecho procesal civil, T. I, Parte general, 2ª reimpresión, Temis-Depalma, Bogotá, Buenos Aires, 1983, pp. 360), exige plena coincidencia “de la persona del actor con la persona a la cual la ley concede la acción (legitimación activa) y la identidad de la persona del demandado con la persona contra la cual es concedida la acción (legitimación pasiva). (Instituciones de Derecho Procesal Civil, I, 185)” (CXXXVIII, 364/65), y el juez debe verificarla “con independencia de la actividad de las partes y sujetos procesales al constituir una exigencia de la sentencia estimatoria o desestimatoria, según quien pretende y frente a quien se reclama el derecho sea o no su titular” (cas. civ. sentencia de 1º de julio de 2008, [SC-061-2008], exp. 11001-3103-033-2001-06291-01). Y ha sido enfática en sostener que tal fenómeno jurídico “es cuestión propia del derecho sustancial y no del procesal, por cuanto alude a la pretensión debatida en el litigio y no a los requisitos indispensables para la integración y desarrollo válido de éste” (Sent. de Cas. Civ. de 14 de agosto de 1995, Exp. N° 4268, reiterada en el fallo de 12 de junio de 2001, Exp. N° 6050).” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ, SC4468-2014, Bogotá, nueve (9) de abril de dos mil catorce (2014).)

Por las razones anteriores prospera la presente excepción (9.1).

**9.2.-** Existencia de un contrato de transacción suscrito entre el señor Eugenio Carlos Flórez y María del Carmen Ceballos. Quedó demostrada la existencia del contrato de transacción contenido en la escritura pública No. 3494 otorgada el 19 de diciembre de 2008 de la Notaría 14 de Cali, en donde se resolvieron las diferencias existentes entre Eugenio Carlos Flórez y la señora María del Carmen Ceballos. En dicha escritura, en relación con el punto en

discusión, esto es, acerca de quién es el titular de las 67.927 acciones (limitadas con usufructo), se pactó:

**“2.1.2.4. De producirse cualquier nueva capitalización o cualquier fenómeno que, sin implicar la compra de nuevas acciones por parte del señor Eugenio Carlos Flórez Hernández, aumente el número de acciones que a su nombre tiene en la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura, este aumento beneficiará a la usufructuaria en la medida en que le dará el derecho a percibir por cuenta del usufructo la misma proporción del 40% sobre esas nuevas acciones”.** (negrillas fuera de texto).

Con fundamento en el punto anterior, el Tribunal ya definió que las acciones fruto de la capitalización de la reserva ocasional, de que da cuenta el Acta No. 32 de la Sociedad Portuaria de Buenaventura S.A., pertenecen a Eugenio Carlos Flórez, y la interpretación correcta es que la usufructuaria tiene derecho sólo al usufructo sobre el 40% de las acciones adquiridas por aquél en la citada capitalización.

Como la transacción es un modo de extinguir obligaciones de acuerdo con el artículo 1625 del C.C. y ésta produce efectos de cosa juzgada, el Tribunal encuentra que la diferencia que ahora se ventila, ya fue dirimida en el contrato de transacción mencionado, y, por ello, prospera la presente excepción (9.2).

**9.3.-** Las acciones usufructuadas no pueden ser apropiadas por la usufructuaria. Esta excepción prospera porque como quedó explicado, el usufructo confiere al usufructuario derechos tales como el de inspección, deliberar, votar, percibir dividendos, *pero no el de hacerse propietario de las acciones usufructuadas*. Resulta claro que en la escritura pública No. 3494 del 19 de diciembre de 2008 de la Notaría 14 de Cali no se pactó que la señora María del Carmen Ceballos, además de los dividendos, pasaría a ser propietaria de las acciones dadas en usufructo.

Y la solución propuesta para el negocio jurídico de la presente litis tiene venereo y fundamento en que, *es absolutamente contundente y claro que no existe en la Legislación Colombiana norma alguna que constituya al usufructo en modo de adquisición del derecho real de dominio o propiedad*; razón demás para que este Tribunal considere que de ninguna manera, forma o razón legal puede la usufructuaria tornar en propietaria, porque, como ya se dejó dicho, los dos





derechos se superponen pero no se subsumen ni se vuelven uno, por el sólo paso del tiempo.

Esta misma es la opinión de autorizada doctrina extranjera. Baste citar al profesor FRANCESCO MESSINEO, profesor de la Universidad de Milán, quien al respecto expresa: *“en efecto, no es dudoso que también las nuevas acciones pertenecerán al nudo propietario; el problema es el de si se extiende, y a cuántas de las nuevas acciones, el derecho de usufructo en favor del usufructuario de las acciones antiguas. Y, por las consideraciones que preceden, no es discutible, aunque se lo haya discutido (220), que una parte de las acciones nuevas caen en usufructo por efecto de la expansión natural del derecho originario del usufructuario.”* (Ver, Manual de Derecho Civil y Comercial, Tomo V, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Num. 152, pag. 515, letra cursiva original del texto).

9.4.- Conforme con la cláusula segunda 2.1.2.4., del contrato de transacción suscrito mediante escritura pública No. 3494 del 19 de diciembre de 2008, el usufructo objeto de discusión sólo recae sobre el 40% de las acciones del señor Eugenio Carlos Flórez Hernández, sea cual sea el concepto de la capitalización o fenómeno que incremente el número de acciones de suyas en la referida sociedad. Esta excepción prospera porque el punto 2.1.2.4. de la escritura en cita, no distingue clases de capitalizaciones, sino que, por el contrario, dice, según la interpretación del Tribunal, que en virtud de cualquier capitalización, las acciones capitalizadas pertenecen al accionista nudo propietario, esto es, al señor Eugenio Carlos Flórez, y a la usufructuaria sólo le corresponde el usufructo sobre el 40% de esas acciones capitalizadas y asignadas. En otras palabras, la capitalización de la reserva ocasional que se hizo en el Acta No. 32 de la SPRBUN, no escapa de la órbita del numeral 2.1.2.4 citado.

Teniendo en cuenta que se declarará la prosperidad de algunas excepciones de fondo propuestas por la parte convocada, conforme a lo dispuesto por el inciso segundo del Artículo 306 del CPC, que señala: *“Si el juez encuentra probada una excepción que conduzca a rechazar todas las pretensiones de la demanda, podrá abstenerse de examinar las restantes”*, razón suficiente para no resolver sobre las restantes excepciones propuestas. Es, por ende, claro que las excepciones de fondo planteadas por la parte DEMANDADA sólo en referencia con la parte DEMANDANTE, y la definición que el Tribunal de arbitraje ha dado a algunas de ellas, por no ser necesario adelantar



el estudio y definición de todas, única y exclusivamente se refieren a la situación material o sustancial traída a debate procesal por la parte convocante con respecto a las convocadas, y que, en consecuencia, no se extiende a la consideración y definición de otras relaciones sustantivas de una cualquiera de las actuales partes procesales y terceros.

## CAPÍTULO VIII

### JURAMENTO ESTIMATORIO, CONDENA EN COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO.

Para el Tribunal arbitral es evidente que la no prosperidad de las pretensiones en el presente asunto, no se debe a la falta de demostración de ninguno de los conceptos mencionados en el artículo 206 del C.G.P., sino fundamentalmente, a la falta de legitimación en la causa por activa, razón por la cual, no encuentra mérito para imponer la condena a la que alude la mencionada disposición.

Tomando en consideración que el Tribunal declarará probadas algunas de las excepciones de fondo propuestas por las partes convocadas, y por consiguiente, negará todas las pretensiones de la demanda, el Tribunal condenará en costas y agencias en derecho a la parte convocante, para lo cual se hace la siguiente liquidación.

#### 1). COSTAS.

Honorarios de los árbitros y del secretario, gastos de administración y otros gastos decretados mediante auto N° 17 del 29 de enero de 2015, no se tendrán en cuenta por cuanto la parte convocante quien es objeto de condena en costas fue quien asumió los gastos y honorarios (Acta N° 11-Informe Secretarial).

#### 2). AGENCIAS EN DERECHO.

Como agencias en derecho a cargo de la parte vencida se condena a la suma de TRES MILLONES CIENTO TRES MIL NOVECIENTOS DOCE PESOS (\$3.103.912.00), en favor de ambas partes demandadas, en igual proporción.

## CAPÍTULO IX

### EXAMEN DE PROCEDIBILIDAD DEL TRÁMITE ARBITRAL FRENTE A LAS CAUSALES DEL RECURSO DE ANULACION DEL LAUDO

Estima el Tribunal que antes de proceder a resolver o laudar la situación de hecho debatida, con base en los medios de prueba que se decretaron y practicaron en el proceso, los cuales han sido objeto de valoración y sana crítica, es pertinente dejar establecida la actividad de los árbitros en el trámite del mismo, a efecto de concluir si en alguna etapa del procedimiento surtido, y aun en la expedición de este proveído laudatorio, pudo haber incurrido en algún vicio o defecto de los que la ley y la jurisprudencia reconocen como "*in procedendo*", con capacidad para incidir en la *eficacia* del Laudo que se dicta, y que el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, eleva a la categoría de causales para la formulación del recurso extraordinario de Anulación contra la decisión que se profiera. A este tenor el Tribunal precisa:

- 1) En cuanto se refiere a la *inexistencia, nulidad o inoponibilidad del pacto arbitral*, hecho constitutivo de la primera causal, se precisa: Aunque la parte convocada alegó en el proceso la incompetencia del Tribunal para conocer y decidir la demanda impetrada por la parte convocante, por los motivos ya señalados atrás, según su opinión, el Tribunal se pronunció acerca de su competencia al comienzo de las consideraciones del presente laudo, llegando a la conclusión de que el pacto arbitral compromisorio referenciado por la parte demandante y atacado por las convocadas, reunía los requisitos legales para su existencia y validez, de lo que dedujo igualmente la capacidad del Tribunal para la tramitación del proceso y el proferimiento del laudo; de manera que, a juicio del Tribunal, no hay mérito para negar la eficacia a la Cláusula Compromisoria empleada para introducir la demanda ante la jurisdicción arbitral y, antes bien, ha llegado al resultado de que es competente para la tramitación y decisión por la vía

arbitral de los conflictos sustanciales que se adujeron en la solicitud de convocatoria y que se controvirtieron en la contestación a la misma.

En el recurso de anulación no se discute ni decide lo concerniente a los asuntos sustantivos ni se censura o castiga la forma como los árbitros han decidido estos asuntos (*in judicando*).

- 2) La acción ejercida no ha caducado, se ha tramitado la controversia conforme al arbitraje, la cláusula compromisoria está probada, y los árbitros han definido válidamente su competencia;
- 3) En lo que concierne a la posibilidad de una *indebida constitución del Tribunal*, en ninguna etapa del debate procesal se adujo motivo alguno de inconformidad o reparo por la integración del Tribunal, ni se planteó censura por su composición, ni se formularon razones de impedimento, recusación o inhabilidad de los árbitros;
- 4) Las partes, demandante y demandada, obraron por medio de sus apoderados, se surtieron legalmente las notificaciones de las providencias de los árbitros, lo que no dio lugar a emplazamientos, y no hay evidencia de que al respecto se hubiera formulado queja procesal alguna;
- 5) Respecto a la causal fundada en *no decretar pruebas pedidas o no practicar las decretadas*, para el Tribunal resulta claro que, atendiendo a la solicitud de decreto de pruebas de la convocante y de las convocadas, se decretaron y practicaron, en su debida oportunidad y con sujeción a las normas procesales, las pruebas pedidas. Ahora bien, si en hipótesis alguna prueba pedida no hubiese sido decretada, o alguna decretada no hubiere sido practicada, el defecto habría desaparecido al no insistir oportunamente la parte interesada en ella en su decreto o práctica, y por cuanto adicionalmente la decisión que tomará de fondo el Tribunal en este Laudo,



# Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición

encuentra de todas maneras abundante material probatorio para ser proferido el proveído;

- 6) El Tribunal se encuentra en la *oportunidad* legal de dictar el laudo, como quiera que aún no ha vencido el término de duración del arbitraje, según el recuento del tiempo que antes se hizo constar en él;
- 7) El *fallo se profiere en derecho*, porque legalmente así debe hacerse en el presente caso, al no haber señalado las partes expresamente que fuera en equidad o técnico, y porque está soportado en razones jurídicas serias y fundadas, amparadas por disposiciones legales, jurisprudenciales y de doctrina;
- 8) El Tribunal tiene la certidumbre que las decisiones que se toman en el laudo guardan *consonancia*, unas con otras, resultando congruentes, de modo que ninguna de ellas hace imposible la actuación simultánea de las restantes, de lo que se colige que no se impide el efecto natural que el fallo debe producir, que es lo que preserva la causal 8. [Ver, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Civil, Casación de 6 de marzo de 1969, tomo CXXIX; y CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 15 de mayo de 1992, exp. 5326, y Sentencia de 10 de mayo de 1994, exp. 8004]. Tampoco contiene el laudo errores aritméticos o errores por omisión o cambio de palabras o alteración de éstas, en la parte resolutive, o que influyan en ella;
- 9) El laudo está, a juicio de los Árbitros, dentro de los límites establecidos en las *pretensiones* de la parte convocante; con la *defensa* ejercida por las convocadas, de modo que no se resuelve fuera de lo pedido ni más allá de lo solicitado; por lo que se estima que no se configura la causal 9. Y, antes bien, se mantiene la *congruencia*, por las razones ampliamente expuestas en el laudo. El laudo abarca todas las *peticiones* formuladas, de manera que se ha decidido sobre todos los extremos de la *litis*, sin dejar puntos pendientes de definición.



## CAPÍTULO X

### PARTE RESOLUTIVA

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, el Tribunal de Arbitramento administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

### RESUELVE

**PRIMERO: DECLÁRANSE PROBADAS** las excepciones perentorias o de fondo propuestas por las partes convocadas **SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA S.A. – S.P.R.-BUN** y **EUGENIO CARLOS FLÓREZ HERNÁNDEZ**, en la contestación de la demanda, que se citan a continuación:

- a). Falta de legitimación en la causa por activa;
- b). Existencia de un contrato de transacción suscrito entre Eugenio Carlos Flórez Hernández y María del Carmen Ceballos Flórez;
- c). Las acciones usufructuadas no pueden ser apropiadas por la usufructuaria; y,
- d). Conforme con la cláusula segunda 2.1.2.4. del contrato de transacción suscrito mediante escritura pública No. 3494 del 19 de diciembre de 2008, el usufructo objeto de discusión sólo recae sobre el 40% de las acciones del señor Eugenio Carlos Flórez Hernández, sea cual sea el concepto de la capitalización o fenómeno que incremente el número de acciones de aquel en la SPRBUN”, por las razones jurídicas objeto de exposición a lo largo de las consideraciones del presente laudo arbitral.

**SEGUNDO: COMO CONSECUENCIA DE LO ANTERIOR, DENIÉGUANSE** todas y cada una de las pretensiones en que se fundó la demanda integrada de la convocante **CEBALLOS & FLÓREZ S.A.S.** contra la **SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA S.A. , S.P.R.-BUN, Y EUGENIO CARLOS FLÓREZ HERNÁNDEZ**, por las razones expuestas a lo largo de las consideraciones del presente Laudo.

**TERCERO:** Consecuencialmente, **CONDÉNASE** a la convocante **CEBALLOS & FLÓREZ S.A.S.** a pagar a las convocadas **SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA S.A., S.P.R. -BUN.** y a **EUGENIO CARLOS FLÓREZ HERNÁNDEZ**, por iguales partes, las costas DEL PROCESO, con inclusión de las agencias en derecho a favor de ambas partes convocadas POR MITADES, que según la liquidación efectuada en el laudo, ascienden a la suma total de **TRES MILLONES CIENTO TRES MIL NOVECIENTOS DOCE PESOS (\$3.103.912).**

**CUARTO:** Expídase por secretaría copia de este Laudo a cada una de las partes y al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cali. En la copia de la parte convocada se hará constar la ejecutoria del laudo y el mérito ejecutivo que presta dicha copia.

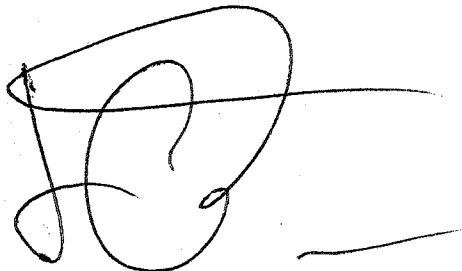
**QUINTO:** Archívese, el respectivo Laudo en el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cali, de conformidad a lo señalado por el artículo 47 de la Ley 1563 de 2012.

**SEXTO:** Por la Presidencia del Tribunal, hágase entrega del saldo de los honorarios a los árbitros y al secretario, y de la cantidad consignada por concepto de gastos, si lo hubiere.

**EL PRESENTE LAUDO QUEDA NOTIFICADO A LAS PARTES EN ESTRADOS Y PRESTA MERITO EJECUTIVO DE CONFORMIDAD A LO DISPUESTO EN EL INCISO TERCERO DEL ARTÍCULO 42 DE LA LEY 1563 DE 2012.**

**CÚMPLASE.**

El presidente,



**LUIS EDUARDO ARELLANO JARAMILLO.**



Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición

Los Árbitros,

*[Handwritten signature]*  
RODRIGO BECERRA TORO.

*[Handwritten signature]*  
HERNÁN DARIO MEJIA ALVAREZ.

El secretario,

*[Handwritten signature]*  
MANUEL FELIPE VELA GIRAEDO.

