

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO DE**

**FAJOBE S.A.S**

**Vs.**

**ARQUITECTURA DE MONTAJES S.A. – ARMONSA Y OTROS**

**LAUDO ARBITRAL**

Bogotá D.C., siete (7) de febrero de 2014

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO DE****FAJOBE S.A.S****Vs.****ARQUITECTURA DE MONTAJES S.A. – ARMONSA Y OTROS****LAUDO ARBITRAL****Bogotá D.C., siete (7) de febrero de 2014****CAPITULO PRIMERO****ANTECEDENTES****I. SOLICITUD DE CONVOCATORIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO**

Mediante escrito presentado en catorce (14) de noviembre de 2012, ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, la sociedad FAJOBE S.A.S, a través de apoderado, formuló demanda arbitral contra la sociedad ARQUITECTURA DE MONTAJES S.A. - ARMONSA<sup>1</sup>

**II. EL PACTO ARBITRAL**

El pacto arbitral del presente trámite está contenido en la Cláusula Compromisoria del Contrato de Compraventa de Activos celebrado entre la sociedad FAJOBE

---

<sup>1</sup> Cuaderno principal 1, folios 1 a 29

77

S.A.S y la sociedad ARQUITECTURA DE MONTAJES S.A. - ARMONSA, el nueve (9) de noviembre de 2006.<sup>2</sup>

En efecto, en la mencionada cláusula se estableció:

“DÉCIMA SEGUNDA. CLÁUSULA COMPROMISORIA. – Toda diferencia o controversia relativa al presente Contrato y a su ejecución y liquidación se someterá a la decisión de árbitros de acuerdo con las normas vigentes y a las siguientes reglas:

- a. El Tribunal será en Derecho.
- b. El Tribunal estará integrado por tres árbitros, nombrados de común acuerdo. Si pasado un mes contado a partir del requerimiento de cualquier de las partes no se pudieren nombrar el o los árbitros, estos serán nombrados por la Cámara de Comercio de Bogotá.
- c. El Tribunal funcionará en la ciudad de Bogotá en el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá y conforme a sus reglamentos.”

### III. LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

En la demanda se propusieron las pretensiones que se transcriben a continuación:

“PRETENSIONES:

“1. Que se manifieste que el contrato de Compraventa de Activos y el denominado acuerdo privado de compensación, ambos de fecha 9 de noviembre de 2006, son contratos coligados.

“2. Que se manifieste que el acuerdo privado de compensación de fecha noviembre 9 de 2006, contiene prestaciones de carácter comercial, regidas por el derecho mercantil.

“3. Que se manifieste que ARQUITECTURA DE MONTAJES S.A., EIMER MEDINA RUÍZ y ALBEIRO MEDINA RUÍZ, o cualquiera de ellos, incumplieron las obligaciones a su cargo, establecidas en el acuerdo privado de compensación de fecha noviembre 9 de 2006.

---

<sup>2</sup> Cuaderno de pruebas 1, folios 1 a 11

"4. Que se manifieste que cualquier reclamación formulada con posterioridad al mes de abril de 2012, con respecto a la prestación comercial establecida en el numeral 1, CLAUSULA PRIMERA, del CUERDO PRIVADO DE COMPENSACIÓN es extemporánea, puesto que ya prescribió tal derecho.

"5. Que se manifieste que ARQUITECTURA DE MONTAJES S.A., EIMER MEDINA RUÍZ y ALBEIRO MEDINA RUÍZ, o cualquiera de ellos, incumplieron las obligaciones a su cargo, establecidas en el contrato de Compraventa de Activos de fecha noviembre 9 de 2006.

"6. Que como consecuencia de los incumplimientos acreditados ante el Tribunal, según la pretensión anterior, se condene a ARQUITECTURA DE MONTAJES S.A., EIMER MEDINA RUÍZ y ALBEIRO MEDINA RUÍZ a pagar solidariamente, en favor de FAJOBE S.A.S la cláusula penal por valor de \$543.200.000 prevista en la cláusula décima primera del contrato de Compraventa de Activos de fecha noviembre 9 de 2006.

"7. Que se indexe la condena prevista en el numeral anterior.

"8. Que se condene a los demandados en costas del proceso y agencias en derecho."

#### **IV. TRÁMITE INICIAL**

Tras la presentación de la demanda arbitral por parte del apoderado de la sociedad FAJOBE S.A.S, el Centro de Arbitraje y Conciliación procedió a invitar a las partes, mediante comunicaciones de fecha dieciséis (16) de noviembre de 2012, a una reunión para la designación de los árbitros que habrían de fallar la controversia.

##### **A. Nombramiento del Tribunal**

En reunión que tuvo lugar el veintiséis (26) de noviembre de 2012, el apoderado de la parte actora solicitó que de acuerdo con el texto del pacto arbitral invocado, se designara a los árbitros a través de sorteo público, una vez agotado el término establecido en el pacto arbitral. El Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá accedió a lo solicitado y fijó como fecha para el sorteo

público el diez (10) de enero de 2013, lo cual fue informado a las partes mediante comunicaciones de fecha siete (7) de diciembre de 2012.

En la fecha fijada se llevó a cabo el sorteo, por virtud del cual fueron designados como árbitros los doctores Juan Manuel Díazgranados Ortiz, Gabriela Monroy Torres y Juan Carlos Esguerra Portocarrero.

El doctor Díazgranados no aceptó la designación, de manera que fue nombrado el doctor Fernando Montoya Mateus, quien había sido nombrado como árbitro suplente por virtud del mencionado sorteo. Los doctores Gabriela Monroy Torres y Juan Carlos Esguerra Portocarrero aceptaron su designación dentro del término legal, así como el doctor Fernando Montoya Mateus.

#### **B. Instalación del Tribunal, admisión y traslado de la demanda**

A continuación, el Centro de Arbitraje y Conciliación citó a la audiencia de instalación del Tribunal, la cual se llevó a cabo el ocho (8) de febrero de 2013.<sup>3</sup>

En dicha audiencia se declaró legalmente instalado el Tribunal, se nombró como presidente al doctor Juan Carlos Esguerra Portocarrero, como secretaria a la doctora Anne Marie Mürrle Rojas, la cual tomo posesión de su cargo el día doce (12) de febrero de 2013<sup>4</sup> y se reconoció personería a los apoderados de las partes. Así mismo se admitió la demanda y se ordenó correr traslado por el término legal.

#### **C. Contestación de la demanda, excepciones y traslado de las mismas**

En la contestación de la demanda, presentada el siete (7) de marzo de 2013, la apoderada de ARQUITECTURA DE MONTAJES S.A, del señor EIMER MEDINA RUIZ y del señor ALBEIRO MEDINA RUIZ, se pronunció frente a los hechos y a las pretensiones de la demanda, propuso excepciones, aportó y solicitó pruebas.<sup>5</sup>

Las excepciones de mérito propuestas en la contestación de la demanda, son las siguientes: (i) Prescripción de las acciones (Artículo 938 del Código de Comercio); (ii) Prescripción de las acciones (Artículo 23 de la Ley 256 de 1996) (iii) Prescripción del término de las obligaciones de no concurrencia; (iv) Inaplicabilidad de las obligaciones de no concurrencia al demandado señor Eimer Medina Ruiz; (v) Transgresión por parte del demandante, de lo instituido en el

<sup>3</sup> Cuaderno principal 1, folios 159 a 161

<sup>4</sup> Cuaderno principal 1, folio 173

<sup>5</sup> Cuaderno principal 1, folios 233 a 283

artículo 44 del Código Sustantivo del Trabajo; (vi) Transgresión por parte de la demandante del principio de buena fe instituido en el artículo 871 del Código de Comercio, de la adecuada interpretación establecida en el artículo 6º de la ley 256 de 1996, y de la libertad de escoger profesión u oficio y de la libertad de trabajo prescritas en los artículos 26 de la Constitución Política de Colombia y 8 del Código Sustantivo del Trabajo respectivamente; (vii) Cumplimiento integral de sus obligaciones contractuales por parte de los demandados; (viii) Aplicación por parte de la demandante de los principios esenciales y del verdadero contenido de la cláusula novena del “Contrato de Compraventa de Activos”, en forma contradictoria, distorsionada e inicua.

El quince (15) de marzo de 2013 se corrió traslado a la parte convocante de las excepciones formuladas, término dentro del cual se pronunció sobre el contenido del escrito de excepciones.<sup>6</sup>

#### **D. Audiencia de conciliación**

El día treinta (30) de abril de 2013 se llevó a cabo una audiencia de conciliación en la cual a pesar de que los apoderados de las partes manifestaron que les asistía animo conciliatorio, no fue posible llegar a acuerdo alguno.<sup>7</sup>

#### **E. Honorarios y gastos del Tribunal**

Fracasado el intento conciliatorio, el Tribunal procedió a fijar los gastos del trámite y los honorarios de los árbitros y de la secretaria, de conformidad con las tarifas fijadas por el Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, pues la cláusula suscrita por las partes expresamente remite a la aplicación de dicho Reglamento.

### **V. PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE**

El día veintiocho (28) de mayo de 2013 se llevó a cabo la primera audiencia de trámite, en la cual el Tribunal se pronunció sobre su competencia.<sup>8</sup>

En esa oportunidad el Tribunal tuvo en cuenta la cláusula compromisoria suscrita por las partes, y además, los siguientes aspectos entre otros:

<sup>6</sup> Cuaderno principal 1, folios 297 a 299

<sup>7</sup> Cuaderno principal 1, folio 306

<sup>8</sup> Cuaderno principal 2, folio 329

### **A. Partes**

Convocante: Es FAJOBE S.A.S., sociedad constituida por escritura pública 4418, otorgada el 29 de septiembre de 1993 en la Notaria 35 de Bogotá D.C. Su domicilio es la ciudad de Bogotá D.C. y su representante legal es el gerente, señor Francisco José Betancur Azcárate. Todo lo anterior consta en el certificado de existencia y representación legal que obra a folios 11 a 14 del cuaderno principal número 1 del expediente.

La parte convocante ha comparecido a través de apoderado a quien el Tribunal reconoció personería.

Convocada: Está integrada por las siguientes personas:

ARQUITECTURA DE MONTAJES S.A. Sigla ARMONSA, sociedad comercial con domicilio en la ciudad de Palmira, Valle, constituida por escritura pública número 1682 del 2 de junio de 1999, otorgada en la Notaría 13 de Cali. La representación legal de esta sociedad está en cabeza de su Gerente, señor Rubén Ruano Ruiz. Todo lo anterior, consta en el certificado de existencia y representación legal, expedido por la Cámara de Comercio de Palmira, que obra de folio 15 a 18 del Cuaderno Principal número 1 del expediente.

EIMER MEDIA RUÍZ, identificado con la cédula de ciudadanía número 16.985.244 expedida en Palmira.

ALBEIRO MEDINA RUÍZ, identificado con la cédula de ciudadanía número 6.342.631 expedida en La Cumbre.

### **B. Capacidad**

Las partes convocante y convocada tienen capacidad para transigir, y las diferencias sometidas al conocimiento y decisión de este Tribunal son susceptibles de definirse por transacción.

### **C. Apoderados**

Las partes han comparecido al presente proceso arbitral representadas judicialmente por abogados, a quienes se les ha reconocido personería.

#### **D. Materia objeto del proceso arbitral**

Luego de un examen preliminar, el Tribunal encuentra que las pretensiones formuladas se enmarcan dentro del pacto arbitral celebrado entre las partes.

### **VI. LAS PRUEBAS DEL PROCESO**

Durante la primera audiencia de trámite, el Tribunal decretó las pruebas del proceso, las cuales se practicaron de la siguiente manera:

#### **A. Documentales allegadas por las partes**

El Tribunal ordenó tener como pruebas los documentos anexados a la demanda<sup>9</sup> y a la contestación de la demanda<sup>10</sup>, así como los anexados en el escrito presentado por el convocante al correr traslado de las excepciones de mérito.

#### **B. Interrogatorios**

Los interrogatorios decretados por el Tribunal, se practicaron de la siguiente forma:

- El interrogatorio del señor Eimer Medina Ruiz tuvo lugar en audiencia del cuatro (4) de julio de 2013. De la transcripción correspondiente se corrió traslado en auto del veintidós (22) de octubre de 2013.
- El interrogatorio del señor Albeiro Medina Ruíz tuvo lugar en audiencia del cuatro (4) de julio de 2013. De la transcripción<sup>11</sup> correspondiente se corrió traslado en auto del veintidós (22) de octubre de 2013.
- El interrogatorio del señor Rubén Ruano Ruiz tuvo lugar en audiencia del cuatro (4) de julio de 2013. De la transcripción<sup>12</sup> correspondiente se corrió traslado en auto del veintidós (22) de octubre de 2013.

<sup>9</sup> Cuaderno principal 1, folio 6 y ss.

<sup>10</sup> Cuaderno principal 1, folios 281 y 282

<sup>11</sup> Cuaderno de pruebas 2, folios 434 y 435

<sup>12</sup> Cuaderno de pruebas 2, folios 436, 437 y 438



### **C. Testimonios**

Los testimonios decretados por el Tribunal, se practicaron de la siguiente forma:

- La declaración del señor Carlos Alberto Cárdenas se llevó a cabo el día diez (10) de julio de 2013. De la transcripción correspondiente se corrió traslado en auto del veintidós (22) de octubre de 2013.
- El testimonio del señor Rolando Ortiz fue llevado a cabo el día diez (10) de julio de 2013. De la transcripción correspondiente se corrió traslado en auto del veintidós (22) de octubre de 2013.
- El testimonio del señor Juan Diego Forero fue llevado a cabo el día diez (10) de julio de 2013. De la transcripción correspondiente se corrió traslado en auto del veintidós (22) de octubre de 2013.
- El testimonio del señor Jairo Alfonso Murcia fue llevado a cabo el día diez (10) de julio de 2013. De la transcripción correspondiente se corrió traslado en auto del veintidós (22) de octubre de 2013.
- La parte convocante desistió de los testimonios de Eulises Rojas, Esperanza Méndez y Álvaro Salazar Molina, frente a lo cual la apoderada de la parte convocada no presentó oposición, de manera que el Tribunal accedió a tal desistimiento.<sup>13</sup>

### **D. Exhibición de documentos**

El Tribunal decretó la exhibición de los siguientes documentos:

- La relación de clientes de CUMESA a partir del 7 de noviembre de 2006 y hasta el día de la diligencia, que se relacionen con actividades referida a la producción de cubiertas y arquitectura metálica, lámina prepintada y fabricación de maquinaria y repuestos a través de los equipos CNC (Centro de Mecanizado y Torno con Control Numérico Computarizado)
- Relación de contratos suscritos por CUMESA S.A., hoy ARMONSA, a partir de noviembre 9 de 2006 y relacionados con las actividades señaladas en el punto anterior.

---

<sup>13</sup> Cuaderno principal 1, folios 346 y 366

- Facturas de adquisición de equipos y/o de arrendamiento de equipos relacionados con la actividad señalada en el punto anterior, a partir de noviembre 9 de 2006
- Actas de junta directiva a partir de noviembre 9 de 2006
- Libro de registro de accionistas
- Libro de actas de asamblea general de accionistas
- Comprobantes y soportes contables relacionados con el negocio que ha dado lugar a la controversia entre las partes

Esta exhibición de documentos se llevó a cabo en diligencia del día cuatro (4) de julio de 2013<sup>14</sup>.

### **E. Dictámenes periciales**

#### Dictamen pericial técnico

El Tribunal decretó el dictamen solicitado en el literal D) del acápite de pruebas de la demanda, que debía ser elaborado por un perito con conocimiento de actividades relacionadas con la producción de cubiertas y arquitectura metálica, lámina, prepintada y fabricación de maquinaria y repuestos a través de los equipos CNC (Centro de Mecanizados y Torno con Control Numérico Computarizado).

Posteriormente, en audiencia del dieciséis (16) de julio de 2013, la parte peticionaria de la prueba desistió de varias de las preguntas que debía absolver el experto y accedió a que las preguntas restantes fueran contestadas por la perito contadora, a lo cual accedió el Tribunal.

#### Dictamen pericial contable

Dentro del término de traslado de las excepciones de mérito<sup>15</sup>, la parte convocante solicitó un peritaje elaborado por una perito contadora, para efectos de lo cual el Tribunal nombró a la perito Gloria Zady Correa, quien tomó posesión de su cargo el día cuatro (4) de julio de 2013.

La perito presentó el dictamen dentro del término legal, y del mismo se corrió traslado en audiencia del veintiséis (26) de agosto de 2013.<sup>16</sup>

<sup>14</sup> Cuaderno de pruebas 2, folios 1 a 409

<sup>15</sup> Cuaderno principal 1, folios 298 y 299

<sup>16</sup> Cuaderno principal 1, folio 376

En audiencia del veinticuatro (24) de septiembre de 2013 se decretó la aclaración y complementación del dictamen solicitada por la apoderada de la parte convocada, la cual fue presentada el día ocho (8) de octubre de 2013.<sup>17</sup>

Mediante escrito radicado dentro del término de traslado de la aclaración del dictamen, la apoderada de la parte convocada, en ejercicio de la facultad consagrada en el artículo 31 de la Ley 1563 de 2012 presentó una experticia rendida por el ingeniero industrial Manuel Enrique Vargas Ortiz y por el Arquitecto Juan Manuel García Silva.

Recibida la experticia mencionada, el Tribunal citó a una nueva audiencia para que concurrieran tanto la perito Gloria Correa como los profesionales que elaboraron el estudio aportado por la parte convocada.

Dicha audiencia tuvo lugar el 28 de octubre de 2013 y su transcripción obra a folios 470 y siguientes del cuaderno de pruebas número tres del expediente.

#### **F. Oficios**

El Tribunal decretó los siguientes oficios:

- Oficio dirigido al representante legal de la sociedad PANELMET S.A.S
- Oficio dirigido al representante legal de la sociedad IZAMOS S.A.S

La respuesta a tales oficios fue entregada a la perito contadora para rendir su dictamen, de manera que en audiencia del veintiocho (28) de octubre de 2013 el apoderado de la parte convocante solicitante de la prueba consideró que con la documentación enviada a la perito contadora se estima debidamente contestados los oficios librados.

---

<sup>17</sup> Cuaderno de pruebas 3

## **G. Inspecciones Judiciales**

El apoderado de la parte convocante solicitó la inspección judicial a Armonsa, Panelmet S.A.S. e Izamos, inspecciones de las cuales desistió posteriormente.

## **VII. TÉRMINO DEL PROCESO**

La primera audiencia de trámite tuvo lugar el 28 de mayo de 2013 y se han decretado las siguientes suspensiones del término del proceso:

- Entre 29 de mayo y el 3 de julio de 2013, incluidas ambas fechas, esto es durante veintitres (23) días hábiles.
- Entre el 17 de julio de 2013 y el 19 de agosto de 2013, incluidas ambas fechas, esto es durante veintidós (22) días hábiles.
- Entre el 25 de septiembre de 2013 y el 3 de octubre del mismo año, incluidas ambas fechas, y desde el día 7 de octubre de 2013 hasta el día 15 de octubre de 2013, ambas fechas incluidas, esto es durante doce (12) días hábiles.
- Entre el 29 de octubre de 2013 y el 27 de noviembre de 2013, ambas fechas incluidas, esto es durante diecinueve (19) días hábiles.
- Entre el 4 de diciembre de 2013 y el 5 de febrero de 2013, incluidas ambas fechas, esto es durante cuarenta y tres (43) días hábiles.

De acuerdo con lo anterior, el laudo se profiere dentro del término legal.

## **VIII. ALEGACIONES DE LAS PARTES**

En audiencia que tuvo lugar el día tres (3) de diciembre de 2013, los apoderados de las partes presentaron verbalmente sus alegatos de conclusión, de los cuales entregaron un resumen escrito que fue incorporado al expediente.

A los argumentos contenidos en los alegatos de las partes se hará referencia en el capítulo siguiente sobre consideraciones del Tribunal.

## CAPÍTULO SEGUNDO

### CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

#### I. LAS PRETENSIONES PRIMERA A CUARTA DE LA DEMANDA

El accionante formuló en su demanda como primera pretensión, que se declarara el carácter de coligados, de los contratos celebrados entre las partes, en los siguientes términos:

*“Que se manifieste que el contrato de Compraventa de Activos y el denominado acuerdo privado de compensación, ambos de fecha 9 de noviembre de 2006, son contratos coligados.”*

En relación con la pretensión transcrita, expresó, bajo el acápite de hechos de la demanda, lo siguiente:

*“7. Con el fin de llevar a cabo el negocio propuesto, las partes suscribieron el contrato de Compraventa de Activos, el acuerdo privado de compensación y un contrato individual de trabajo. Todas esas relaciones jurídicas tenían como finalidad permitir la adquisición de un negocio integral que denominaron, “UEN CUMESA”.*

*“(…)*

*“11. Pese a que se convinieron tres relaciones contractuales complementarias y conexas, para las partes, resulta evidente que el contrato marco lo constituía el denominado CONTRATO DE COMPRAVENTA DE ACTIVOS.*

*“(…)*

*“13. Teniendo perfecto conocimiento que lo que se estaba comprando era una actividad industrial específica y determinada que seguiría siendo explotada, exclusivamente, por FAJOBE, se convino el precio y las condiciones de compraventa, así como las demás condiciones que se pactaron en el contrato marco denominado CONTRATO DE COMPRAVENTA DE ACTIVOS y contratos complementarios y conexas.*

“(...)

*“18. El contrato denominado ACUERDO PRIVADO, suscrito el mismo 9 de noviembre 2006, tiene estrecha relación y está íntimamente ligado al CONTRATO DE COMPRAVENTA DE ACTIVOS. Por tal razón, en la cláusula primera, numerales 2 y 3, se hace mención expresa a la UEN CUMESA. De igual forma, la cláusula segunda, numerales 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 7 se refiere a la UEN CUMESA. En relación a la cláusula tercera, numerales 1, igualmente se refiere a la UEN CUMESA.*

(...)

*“24. Las obligaciones a cargo de los demandados contenidas en el contrato de Compraventa de Activos, fueron complementadas mediante el documento denominado “ACUERDO PRIVADO DE COMPENSACIÓN” de fecha noviembre 9 de 2006.*

(...)

*“33. En la cláusula décima segunda del contrato de Compraventa de Activos, que es el contrato marco, se estipuló la cláusula compromisoria, bajo la modalidad de arbitraje institucional a cargo del Centro de arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá. Dicho pacto se extiende al “ACUERDO PRIVADO DE COMPENSACIÓN”.*

La parte demandada en la contestación de la demanda se opuso a lo pretendido en la demanda y manifestó que los contratos celebrados entre las partes son acuerdos enteramente independientes y autónomos, advirtiendo siempre que *“todas las estipulaciones contenidas en el ACUERDO PRIVADO DE COMPENSACIÓN, forman parte integrante del CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO A TÉRMINO INDEFINIDO, celebrado entre la Sociedad FAJOBE S. A. (Hoy FAJOBE S. A. S.) en calidad de EMPLEADORA y el Señor EIMER MEDINA RUIZ en calidad de TRABAJADOR, y en consecuencia su aplicación práctica se circunscribe exclusivamente al ámbito jurídico de la RELACIÓN DE DERECHO INDIVIDUAL DEL TRABAJO DE CARÁCTER PARTICULAR, regulada en la normativa del CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO.”*

Así, al referirse en la contestación de la demanda al hecho séptimo, expresó:

*“Es de relevante importancia precisar, que en razón a su singular naturaleza, el ‘CONTRATO DE COMPRAVENTA DE ACTIVOS’, está regulado en la normativa aplicable a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles y en este caso específico fue celebrado entre dos Personas Jurídicas que ejercen profesionalmente el comercio, con TOTAL AUTONOMÍA del CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO A TÉRMINO INDEFINIDO y ACUERDO PRIVADO DE COMPENSACIÓN, celebrados, entre la Sociedad FAJOBE S. A. (Hoy FAJOBE S. A. S.) en calidad de EMPLEADORA y el Señor EIMER MEDINA RUIZ en calidad de TRABAJADOR, que evidentemente se constituyó en una RELACIÓN DE DERECHO INDIVIDUAL DEL TRABAJO DE CARÁCTER PARTICULAR, regulada en la normativa del CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO.”*

Planteados como antecede los extremos de la litis en este específico punto, encuentra del caso el Tribunal referirse al concepto de “contratos coligados” para luego establecer si los acuerdos celebrados entre las partes participan de tal carácter, y en caso afirmativo, determinar si la “coligación de contratos” permite extender los efectos de una cláusula compromisoria pactada en uno de ellos, de la manera que lo reclama el demandante.

Y es que la cláusula compromisoria que ha dado origen a este trámite arbitral se encuentra pactada tan solo en uno de los tres contratos aportados al proceso, que las partes denominaron “de *Compraventa de Activos*.”

Dicho contrato no entiende regular íntegramente todas las relaciones de las partes en conflicto para el propósito que tuvieron en mente, sino que tales relaciones igualmente se han estructurado en un contrato de trabajo cuya celebración había sido prevista en el primero.

Dados los antecedentes que dieron lugar al presente Laudo y de que se dio cuenta anteriormente, es indiscutible que existe un vínculo jurídico entre el contrato de “*Compraventa de Activos*” y el contrato de trabajo que las partes denominaron “*acuerdo privado de compensación*”.

En efecto, nos encontramos frente al fenómeno que Enneccerus califica como “unión de contratos” o que Christian Larroumet denomina “conjuntos contractuales” o “contratos interdependientes” constitutivos de los llamados “contratos coligados”, dentro de la terminología empleada por Giorgianni.

Estos contratos coligados pueden ser básicamente de tres clases: unión meramente externa de contratos, unión alternativa de contratos y unión con dependencia bilateral o unilateral.

En el litigio que nos ocupa se presenta sin lugar a dudas la llamada unión con dependencia unilateral de contratos, como quiera que al analizar aquél de “*Compraventa de Activos*”, contenido de la cláusula compromisoria y el mencionado contrato de trabajo, nos encontramos en presencia de dos (2) contratos en principio completos exteriormente pero con referencia o reenvío del segundo al primero de ellos, en otros términos, la celebración del contrato de trabajo se dio dada la existencia del contrato de “*Compraventa de Activos*”, lo que se traduce en que al menos la celebración de éste condujo a la conclusión de aquel, colocándonos dentro de los llamados “contratos subordinados”. Particularmente la causa del contrato de trabajo que dio lugar a la formación de una relación de subordinación y dependencia la encontramos en el llamado “*Compraventa de Activos*”.

Lo anterior como consecuencia de las características de las relaciones económicas que median entre las prestaciones y de la voluntad de los propios interesados, así como de la causa impulsiva y determinante en su celebración, sin que por ello cada uno de dichos contratos deje de estar sujeto a la disciplina del tipo contractual al que pertenezca.

Cada uno de esos contratos puede ser considerado como la causa de la celebración del otro. *“Más precisamente, se trata para las partes en esos contratos de realizar una operación económica que supone la celebración de contratos no necesariamente entre las mismas personas, sino también entre personas diferentes, una de las cuales es parte en los dos contratos.”* (Christian Larroumet, Droit Civil, Tomo 3, Les Obligations Le Contrat, 4° Edición, Económica, pág. 455).

De conformidad con el análisis que antecede, la pretensión primera de la demanda habrá de prosperar, como quedará consignado en la parte resolutive de este laudo.

Por otra parte, es evidente que el interés principal del demandante en la primera pretensión declaratoria a la que se ha referido el Tribunal, radica en extender el alcance de la cláusula compromisoria pactada en el contrato de *Compraventa de Activos*, a las controversias derivadas del cumplimiento de las obligaciones pactadas en el “*Acuerdo Privado de Compensación*”, lo cual, a su juicio, es consecuencia de la pretendida coligación entre los contratos.

Es así que el contenido de las pretensiones 2 a 4 de la demanda es del siguiente tenor:



*"2. Que se manifieste que el acuerdo privado de compensación de fecha noviembre 9 de 2006, contiene prestaciones de carácter comercial, regidas por el derecho mercantil.*

*"3. Que se manifieste que ARQUITECTURA DE MONTAJES S.A., EIMER MEDINA RUÍZ y ALBEIRO MEDINA RUÍZ, o cualquiera de ellos, incumplieron las obligaciones a su cargo, establecidas en el acuerdo privado de compensación de fecha noviembre 9 de 2006.*

*"4. Que se manifieste que cualquier reclamación formulada con posterioridad al mes de abril de 2012, con respecto a la prestación comercial establecida en el numeral 1, CLAUSULA PRIMERA, del CUERDO (Sic) PRIVADO DE COMPENSACIÓN es extemporánea, puesto que ya prescribió tal derecho."*

En relación con la competencia del Tribunal para decidir las pretensiones recién transcritas, la atribución jurisdiccional dada en el pacto arbitral exige hacer las siguientes precisiones:

En primer lugar, es pertinente señalar que no ha habido discusión alguna en la jurisprudencia y la doctrina al reconocer que el principio de habilitación constituye piedra angular de la competencia arbitral, por lo cual no viene al caso citar las innumerables providencias que se han referido al tema.

Basta pues señalar , a manera de ejemplo, que la Corte Constitucional ha expresado que *"el arbitramento se rige por el principio de voluntariedad o habilitación, el cual establece como requisito sine qua non para su procedencia, que las partes hayan manifestado previa y libremente su intención de deferir a un grupo de particulares la solución de sus diferencias. Para la Corte, la celebración de dicho negocio supone no solamente la decisión de someter una determinada controversia a consideración de un grupo de particulares, en los cuales depositan su confianza de que la decisión que adopten – cualquiera que ella sea – se ajuste al orden constitucional y legal; sino también la obligación de acatarla plenamente."*

Ingrediente de este principio de habilitación, también reiterado en profusión de decisiones judiciales, es la necesidad de precisión de la manifestación de voluntad de quienes acuerdan el pacto arbitral en punto de la determinación de las controversias a las que éste se refiere.

Sobre el particular, en sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON, de fecha veintinueve (29) de noviembre de dos mil doce

(2012) , se expresó como uno de los requisitos de la cláusula compromisoria *"la mutua e inequívoca decisión de someter las eventuales diferencias que puedan surgir con ocasión del mismo, a la decisión de un Tribunal de Arbitramento."*

En tales condiciones, el juez arbitral tiene la posibilidad de interpretar la voluntad de las partes al celebrar el pacto arbitral, pero teniendo en cuenta los términos en los que debe cumplirse el requisito aludido.

A este respecto, también en providencia del Consejo de Estado se expresó:

*"Esta cláusula está concebida desde el momento de su celebración, por tanto, para operar en caso de "eventuales diferencias", sin que de manera concreta pueda anticiparse la existencia cierta de las mismas, es decir, no se fijan extremos de la controversia pues los conflictos son futuros e inciertos, aunque necesariamente deben estar directamente vinculados con el objeto del contrato que las origina, en estricto sentido material, de lo cual se colige que en ningún caso la cláusula compromisoria podría tener efectos en relación con materias no previstas o ajenas por completo a la relación jurídica de origen como tampoco está llamada a generar, en principio, efectos retroactivos (...). Así las cosas, la interpretación que realice el operador judicial en relación con la cláusula compromisoria debe consultar la voluntad de las partes y a ella le son aplicables, por igual, las demás reglas de interpretación de los contratos, sin que el juez respectivo -arbitral o de anulación-, pueda sustituir el consentimiento que le da origen, condición que impone una valoración rigurosa de su contenido (...). Con fundamento en las disposiciones legales analizadas y en la jurisprudencia de esta Corporación, se tiene que la cláusula compromisoria requiere una manifestación expresa de las partes, en cuyo contenido reflejen su voluntad de someter los conflictos que entre ellas puedan surgir con ocasión del contrato que celebran, a la justicia arbitral, "voluntad ésta que es distinta de la voluntad contractual y por lo tanto se expresa dentro del mismo instrumento o acto jurídico, o por separado", razón por la cual el pacto arbitral no puede presumirse y su existencia no puede deducirse por vía interpretativa."*

De lo antes expuesto se concluye sin dificultad que la sola coligación entre contratos no permite deducir la extensión de los efectos de la cláusula compromisoria pactada en uno de ellos, a las controversias derivadas de otra relación contractual, sin que exista expresa voluntad de las partes en tal sentido.

Es así que en auto de fecha 30 de septiembre de 2011, el Tribunal Superior de Bogotá expresó:

*“En este orden de ideas, la sola circunstancia de que dos o varios contratos se hallen vinculados entre sí, en mayor o menor grado, no autoriza afirmar que la cláusula compromisoria prevista en uno de ellos necesariamente se extiende al otro u otros, puesto que, se insiste, por regla general el pacto arbitral por referencia exige que se indique en forma precisa el contrato al que se refiere. Así, por vía de ilustración, aunque varios negocios jurídicos puedan tildarse de coligados por tener una conexidad funcional y una relación de dependencia recíproca, no por ello se puede sostener, por lo menos en forma apodíctica, que la cláusula compromisoria acordada respecto de uno necesariamente comprende a los otros, puesto que la sola convergencia en “la realización de una operación económica unitaria y compleja”, no permite desconocer que cada convenio conserva “su identidad típica y por ende queda sometido a la regulación que le es propia”.*

Agregó el Tribunal:

*“El tema puede resultar más complejo tratándose de un subcontrato, ‘denominado también contrato derivado o contrato-hijo, [el cual] presupone la existencia de otro –contrato base, contrato-padre o contrato inicial-, y [que] tiene por objeto el cumplimiento de prestaciones similares, en todo o en parte, a las contenidas en éste’, toda vez que a la hora de aplicar al contrato-hijo la cláusula compromisoria prevista en el contrato principal, es indispensable tener en cuenta que la Constitución y la Ley exigen una habilitación en la que el contrato debe quedar debidamente precisado y las partes identificadas. La sola correspondencia no parece que sea suficiente.”*

*Igualmente se expresó en la providencia que “En el caso de los contratos normativos, que también podrían denominarse contratos marco, porque establecen las condiciones generales de orden comercial y financiero de los convenios que en virtud de ellos celebren sus contratantes, la conclusión puede ser diferente, en la medida en que los negocios jurídicos venideros necesariamente estarán regidos, si llegan a celebrarse –pues no existe obligación de hacerlo– por el entramado de estipulaciones generales previamente acordadas, por lo que previsto en aquéllos un pacto arbitral, éste se integrará al negocio jurídico ulteriormente ajustado. Lo propio puede afirmarse en relación con los denominados contratos de líneas rectoras, ‘cuyo único efecto es establecer las bases o directrices de futuros contratos’, pero que, a diferencia de los normativos, incorporan “pautas o líneas rectoras generales que pueden ser el resultado del acuerdo de ambos contratantes, o bien tratarse de cláusulas predispuestas por una de ellas a las cuales se adhiere la otra.”*

Ahora bien, incluso al margen de la normativa arbitral y de la jurisprudencia que en torno de ella se ha desarrollado, bastaría con invocar el principio de relatividad de los contratos en virtud del cual, si bien desde el punto de vista de su efecto preliminar u obligacional el contrato produce efectos erga omnes, en cuanto a sus efectos finales, esto es, el propio de la figura contractual específica, solo puede producir efectos respecto de las partes que han concurrido a su celebración, para concluir que el pacto arbitral incluido en el contrato de Compraventa de Activos no sabría extender sus efectos a otras figuras contractuales coligadas a él o no, celebradas entre las mismas partes o no.

En efecto, en Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 25 de abril de 2006, M.P.: Edgardo Villamil Portilla se lee:

*"En obsequio al principio de la autonomía de la voluntad de las partes, las previsiones legales enseñan que así como el contrato sólo concierne y obliga a quienes en él participan, el universo de sus estipulaciones se erige en un reducto cerrado que, en línea de principio, es territorio vedado para quienes están fuera de sus márgenes."* (subrayado fuera de texto).

*"En respeto a esa especie de inmunidad contractual por la cual los contratantes pueden hacer ad nutum todo cuanto no esté prohibido, las libertades de negociación, asociación y empresa logran cabal realización para que fluya sin estorbo la iniciativa privada.*

*"Consciente el legislador de que la autonomía del individuo no es absoluta, creó de modo excepcional la posibilidad de que terceros ubicados en la periferia del contrato pudieran acusar sus estipulaciones, siempre a condición de que ellas puedan causarles daño. No sobra añadir que esa injerencia de terceros ha de estar expresamente autorizada por el legislador, quien tiene la potestad de autorizar caso por caso la posibilidad de quienes ubicados en las márgenes del contrato puedan discutir su validez o sus efectos."* (subrayado fuera de texto)

En los términos del anterior análisis, se concluye que la competencia del Tribunal se restringe a las solas controversias surgidas con ocasión del denominado "Contrato de Compraventa de Activos", contenido de la cláusula compromisoria, al margen de su coligación con otro, de manera que las pretensiones segunda, tercera y cuarta, no prosperan, según quedará establecido en la parte resolutive de este laudo.

## II. LA PRETENSIÓN QUINTA DE LA DEMANDA

El texto de la pretensión quinta de la demanda es el siguiente:

*“5. Que se manifieste que ARQUITECTURA DE MONTAJES S.A., EIMER MEDINA RUÍZ y ALBEIRO MEDINA RUÍZ, o cualquiera de ellos, incumplieron las obligaciones a su cargo, establecidas en el contrato de Compraventa de Activos de fecha noviembre 9 de 2006.”*

La premisa mayor de esta pretensión y de las respectivas afirmaciones, alegaciones y pruebas, consiste en el aserto básico del incumplimiento de varias de las obligaciones que se estipularon en el contrato de Compraventa de Activos.

Como ocurre que entre el género de tales obligaciones hay una especie que tiene particularidades muy propias y una singular relevancia dentro del proceso, cual es la contenida en la cláusula novena de ese contrato, intitulada “Obligaciones de no concurrencia”, esa será una especie que el Tribunal tratará separadamente.

Para efectos de decidir la pretensión quinta de la demanda, es pertinente mencionar que usualmente, el examen acerca de las obligaciones estipuladas en un contrato y del cumplimiento cabal o no de las mismas, no presupone ni debe depender de un análisis previo sobre las personas que directa o indirectamente pueden tener relación con él o figurar en él, o sobre la naturaleza y el significado de tal relación o de tal figuración. Ello porque, también usualmente, las obligaciones que nacen de un negocio jurídico solo alcanzan a quienes han sido propiamente sus partes. En el caso de autos, el asunto es un tanto distinto. En él, no todos los que suscribieron la Compraventa de Activos lo hicieron en la misma condición, ni todos los que aparecen mencionados en sus estipulaciones tuvieron un vínculo real con él, como pasa a verse.

En un extremo, el de “la compradora”, se encuentra la sociedad FAJOBE S.A., quien acudió a su celebración por intermedio de la persona natural de su representante legal suplente, el señor Álvaro Salazar Molina. En el otro extremo, el de “la vendedora”, está la sociedad CUMESA S.A, (hoy ARMONSA), en cuyo nombre actuaron su representante legal, señor Eulices Rojas Chaverra y sus apoderados especiales, señores Eimer y Albeiro Medina Ruiz. Pero en este mismo extremo intervinieron también los señores Medina Ruiz, a título personal, diciendo hacerlo como responsables solidarios de las obligaciones asumidas por la

vendedora. Ello obliga al Tribunal a detenerse un tanto en el asunto, a fin de determinar lo que tales circunstancias implican frente a las obligaciones contractuales, a su cumplimiento y a las consiguientes responsabilidades.

Por supuesto, lo primero debe ser señalar que las anotadas manifestaciones, hechas en el introito del texto de la convención y en su cláusula final, denotan con toda claridad la voluntad común de definir que los sujetos parte del contrato eran dos: CUMESA, por un lado, y FAJOBE por el otro. Aquella la vendedora y esta la compradora. Los otros participantes, es decir, Eimer y Albeiro Medina Ruiz a título personal, concurrieron al contrato solo para respaldar las obligaciones de la vendedora. Dicho en otras palabras, exclusivamente Cumesa y Fajobe tuvieron en el negocio jurídico la condición de titulares de la relación contractual propiamente tales. Los hermanos Medina Ruiz, en cambio, fueron apenas intervinientes externos.

De esta distinción se desprende que mientras las citadas sociedades son sujetos autónomos y principales de los derechos y obligaciones recíprocos estipulados, los señores Medina son apenas garantes de las contraídas por la vendedora. La suya es solo una obligación accesoria de responsabilidad, así se trate, como en efecto se trata, de una obligación solidaria. Así pues, la totalidad de los deberes de prestación relativos a las obligaciones contractuales de la vendedora o débito primario de esa prestación, le son íntegramente exigibles a ella y solo a ella, pero, en cambio, incumplidos que sean, en todo o en parte, tanto ella misma como sus garantes están llamados a responder.

Y como atrás se anticipó, por otra parte está también, en punto a este mismo tema de las personas que figuran en el contrato, una manifestación adicional, que se hizo en la cláusula novena sobre las obligaciones de no concurrencia, en el sentido de que *“LA VENDEDORA asume la obligación, por el término de cinco (5) años contados a partir de la legalización del presente contrato, que (sic) ninguno de sus Representantes Legales, la misma sociedad VENDEDORA, ni sus accionistas realizarán ni desarrollarán actividades relativas a la fabricación, diseño, asesoría ni comercialización de maquinaria y equipos para producción de cubiertas y arquitectura metálicas, [...]”*

Teniendo en cuenta que esta estipulación contractual está específicamente referida a las obligaciones de no concurrencia, el Tribunal hará el análisis de la misma y de sus efectos en el capítulo correspondiente, en el que abordará el examen detallado de todo lo relativo a tales obligaciones.

De lo dicho en el presente acápite se desprende entonces que el examen que sigue, relativo al cumplimiento o no de las distintas obligaciones del contrato, solo se hará frente a aquellos sujetos a quienes las respectivas prestaciones les eran exigibles a título de débito primario.

#### **A. Obligaciones distintas de las de no concurrencia**

En punto a estas, lo primero que debe decirse es que ni de ellas ni de los incumplimientos que de ellas se predicán *in genere*, se hace precisión o concreción alguna en las pretensiones de la demanda. Ya atrás se vio, efectivamente, cómo solo en los hechos aparecen imputaciones de incumplimiento atinentes a determinadas obligaciones o especies de ellas. Veamos:

1. - El primer reproche concreto de incumplimiento que se hace en la demanda aparece en el hecho 9º de la misma, donde se afirma que el señor Eimer Medina no suministró –debe entenderse que a la convocante– la información relativa a la circunstancia de que en el mercado nacional existían al menos diez empresas que desarrollaban las actividades –descritas en el hecho segundo–. Es decir, las actividades de “construcción, diseño, montaje, reparación, instalación y mantenimiento de cubiertas y estructuras metálicas; [...] fabricación de maquinarias y equipos para la producción de cubiertas y arquitectura metálica, lámina prepintada y, [...] fabricación de maquinaria y repuestos para tal fin a través de los equipos C.N.C. (Centro de Mecanizado y Torno con Control Numérico Computarizado)”.

La demanda no precisa en parte alguna si tal obligación era de índole contractual o precontractual, y el Tribunal encuentra, al examinar el contrato de Compraventa de Activos que lo ocupa, que en él no aparece estipulación alguna relativa a tal deber de información, o referencia ninguna a que él hubiera estado en la palestra de la etapa precontractual. No se ve con claridad una obligación incumplida por parte del demandado, habida cuenta de que para que dicho deber de información surgiera entre comerciantes, como en efecto lo son ambas partes, esta ha debido ser solicitada por el demandante en la etapa precontractual, hecho que no se encuentra probado, ni tan siquiera invocado por la parte convocante.

2. - El segundo reproche de incumplimiento aparece en el hecho número 21, donde, además de algunos de los relativos al deber de no concurrencia, se hace referencia a la circunstancia de haberse dejado de honrar las obligaciones de

cambiar “sustancialmente” el objeto social de Cumesa y de “transferir el *Know how* y la lista de clientes”.

En cuanto a la obligación de cambiar el objeto social de la sociedad Cumesa, ella en efecto se estipuló en la cláusula quinta del contrato, literal *b*. Allí se dijo que la vendedora (la propia Cumesa, como entonces se llamaba) modificaría su objeto social “a una actividad completamente diferente a la actual [...]”

Sobre este particular, el Tribunal, al hacer un ejercicio de cotejo a doble columna entre el objeto social de Cumesa que figura en el texto de una certificación sobre existencia y representación legal de la sociedad en cuestión, expedida por la Cámara de Comercio de Palmira con anterioridad al contrato de Compraventa de Activos, y el que aparece en una semejante, expedida el cinco de marzo de 2013, a nombre de la sociedad ahora denominada Arquitectura de Montajes S.A., Armonsa, encuentra lo siguiente:

Objeto social antes del contrato de Compraventa de Activos:	Objeto social posterior al contrato de Compraventa de Activos:
<p>“EL EJERCICIO DE LAS ACTIVIDADES PROFESIONALES PROPIAS DE LAS INGENIERÍAS CIVIL, MECÁNICA, ELÉCTRICA, INDUSTRIAL, QUÍMICA Y DE SISTEMAS, AL IGUAL QUE DE LA ARQUITECTURA. [...] a. LA COMPRA, VENTA, IMPORTACION, EXPORTACIÓN Y TRANSFORMACIÓN DE PIEZAS, MAQUINARIA, INSTRUMENTAL, Y EN GENERAL TODO LO NECESARIO PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS A LAS INDUSTRIAS METALMECÁNICA, QUÍMICA, ELÉCTRICA, ELECTRÓNICA, DE PETRÓLEOS Y SUS DERIVADOS, Y EN GENERAL TODOS AQUELLOS SERVICIOS REQUERIDOS EN ESTAS ÁREAS DE LA PRODUCCIÓN [...] c. SUMINISTRAR, INSTALAR, DESMONTAR, REMODELAR Y</p>	<p>CONSTRUCCIÓN DE EDIFICACIONES NO HABITACIONALES A. ESTABLECER EN COLOMBIA Y/O EN EL EXTERIOR FÁBRICAS PRODUCTORAS DE ARTÍCULOS, ELEMENTOS, MATERIALES PLÁSTICOS Y, ARTÍCULOS, ELEMENTOS O MATERIALES UTILIZADOS PARA LA CONSTRUCCIÓN Y MANTENIMIENTO DE INMUEBLES, EXCEPTUANDO LA FABRICACIÓN DE CUBIERTAS Y PANELES TERMOACÚSTICOS[...] E. EL EJERCICIO DE LAS ACTIVIDADES PROPIAS DE LAS IGENIERÍAS CIVIL, MECÁNICA, ELÉCTRICA, INDUSTRIAL, QUÍMICA Y DE SISTEMAS, AL IGUAL QUE DE LA ARQUITECTURA F. LA COMPRA, VENTA, IMPORTACIÓN, EXPORTACIÓN, FABRICACIÓN Y TRANSFOMRAICÓN DE PIEZAS,</p>



REPARAR TECHOS, CUBIERTAS Y CANALES Y DE LAS ACTIVIDADES CONEXAS Y COMPLEMENTARIAS [...]". (Folio 284 del Cuaderno Principal No. 1)	MAQUINARIA, INSTRUMENTAL, Y EN GENERAL TODO LO NECESARIO PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS A LAS INDUSTRIAS METALMECÁNICA, QUÍMICA, ELÉCTRICA, ELECTRÓNICA, DE LA CONSTRUCCIÓN, DE PETRÓLEOS Y SUS DERIVADOS, Y EN GENERAL TODOS AQUELLOS SERVICIOS REQUERIDOS EN ESTAS ÁREAS DE LA PRODUCCIÓN [...] H. DISEÑAR, INSTALAR, MONTAR, REPARAR Y MANTENER, TECHOS, TEJADOS, CUBIERTAS, PANELES TERMOACÚSTICOS, CANALES Y ESTRUCTURAS METÁLICAS, PARA EDIFICIOS, VIVIENDAS, BODEGAS, ESCENARIOS DEPORTIVOS, CUARTOS FÍOS Y DEMÁS MUEBLES E INMUEBLES, JUNTO CON LAS ACTIVIDADES CONEXAS Y COMPLEMENTARIAS EXCEPTUANDO LA FABRICACIÓN DE CUBIERTAS Y PANELES TERMOACÚSTICOS [...]". (Folio 287 del Cuaderno Principal No. 1)
---	--

Ahora bien, no obstante que en la estipulación contractual primigenia se estableció, de modo rotundo y con un alcance generalísimo, que esta obligación consistía en modificar el objeto social de Cumesa *"a una actividad completamente diferente a la actual"*, las propias partes acotaron luego ese carácter en principio ilimitado y un tanto vago de la obligación, a través, por un lado, de las demás estipulaciones del mismo contrato y, por el otro, de la precisión que luego hicieron en la *"alianza comercial"*, que consta en el documento que suscribieron el 22 de enero de 2007, adicionado con los pactos a los que se refirieron en la reunión que consta en acta de 9 de mayo del mismo año (folios 17 a 22 del cuaderno de pruebas No. 1).

Por lo tanto, el examen que le incumbe hacer a este Tribunal debe incluir y considerar tanto aquellas como estas, en cuanto unas y otras arrojan clarísimas luces para averiguar, apelando a términos acordados por las propias partes, el sentido y el alcance puntuales de esa obligación contractual.

En cuanto a lo primero, encuentra el Tribunal que el propio contrato de Compraventa de Activos, en la cláusula novena sobre no concurrencia, expresamente señaló que Cumesa no podría realizar actividades de *"fabricación, diseño, asesoría ni comercialización de maquinaria y equipos para producción de cubiertas y arquitectura metálicas, [...] ni cualquier producto o servicio relacionado con el objeto social actual"*, de modo que, para comenzar, el nuevo objeto social no podría comprender ninguna de las anotadas actividades.

En cuanto a lo segundo, debe señalarse que en ese acuerdo de *"alianza comercial"* del 22 de enero de 2007, desarrollado en los términos consignados en el acta de 9 de mayo de 2007, encaminado a organizar racional y armónicamente, en beneficio común y mutuamente complementario, la estructura y el desarrollo de las tareas empresariales de Fajobe y Armonsa (antes Cumesa), quedó entendido y pactado que estarían a cargo de Fajobe las actividades relacionadas con las *"tejas, cubiertas y cerramientos metálicos"* en algunas ocasiones hasta su suministro a los clientes, y que los subsiguientes montaje y mantenimiento, y en algunas ocasiones inclusive el suministro, serían del resorte de Armonsa.

Así lo confirmó también el testimonio de Carlos Alberto Cárdenas, quien manifestó que *"lo que sí sé, es que Armonsa hacía las instalaciones porque Fajobe producía las cubiertas y Armonsa las instalaba"*. (Folio 429 vto. del Cuaderno de Pruebas No. 2)

Por lo tanto, la modificación que contractualmente correspondía hacer a los estatutos sociales de Cumesa (o Armonsa) debía ser tal que por virtud de aquella

el objeto social de esta bien pudiera continuar permitiéndole acometer las tareas de suministro, montaje y mantenimiento de tejas, cubiertas y cerramientos metálicos, pero ciertamente no las de su diseño y fabricación.

Así pues, fuerza es concluir que el anotado amplio sentido de la obligación de modificar el objeto social a *“una actividad completamente diferente”*, sin duda significaba excluir todas las que tuvieran relación con tejas, cubiertas y cerramientos metálicos, con la sola salvedad de las que expresamente permitieron los acuerdos, vale decir, las de suministro, montaje y mantenimiento.

Es evidente que no ocurrió así, ya que del cotejo entre los textos que atrás se transcribieron se concluye, no que se excluyeron todas las actividades relacionadas con esos productos salvo las de suministro, montaje y mantenimiento, sino que solo se excluyeron en forma expresa las tocantes con su fabricación. No menos expresamente, la reforma mantuvo, por ejemplo, la posibilidad de *“diseñar”* techos, tejados, paneles termoacústicos, cubiertas, canales y estructuras metálicas.

Le asiste, pues, razón a la convocante en el sentido de que, en relación con este aspecto, no se cumplió cabalmente con la obligación de reforma del objeto social de Cumesa (Armonsa), y así se dirá en la parte resolutive del presente laudo.

3. - El tercer reproche de incumplimiento que se hace en la demanda también aparece en el hecho 21, en cuyo ordinal f) se afirma escuetamente que *“se incumplió con la obligación de transferir el know how [...]”*. Nada más dice la demanda sobre el particular, y nada dice el alegato de conclusión de la convocante. Las convocadas, en su contestación, afirman rotundamente que cumplieron a cabalidad con esta obligación, y en todo caso oponen, contra la pretensión respectiva, la defensa de que ella se planteó por fuera de tiempo, dado que entre la fecha de la demanda y la de la entrega de los bienes materia del contrato transcurrieron *“más de seis (06) años”*.

Para el Tribunal, este es un punto que tiene una cierta especial complejidad intrínseca, ya que, a diferencia de lo que en general ocurre con los bienes y con su régimen jurídico, en el sentido de que tanto su propio ser como la transmisión de su dominio son conceptos establecidos de antiguo con más o menos claridad, la noción del *“know-how”*, en cambio, adolece del inconveniente de que, aunque cuenta con una definición legal, carece del contenido unívoco y preciso que fuera de desear.

En efecto, el Decreto 2123 de 1975 que reglamentó la figura, dice de ella en el artículo 1º, que es *"la experiencia secreta sobre manera (sic) de hacer algo, acumulada en un arte o técnica y susceptible de cederse para ser aplicada en el mismo ramo, con eficiencia."* Pero ocurre que la sola connotación de "secreta" de la experiencia en cuestión –que por lo demás es de la esencia de la definición– hace imposible delimitar puntualmente, con carácter general, su ámbito conceptual. Ello significa que esa precisión solo puede hacerse caso por caso.

Por lo mismo, con todo y que la propia norma señala expresamente la condición eminentemente cesible del *know-how*, no precisa la forma y las condiciones en las que debe llevarse a cabo esa cesión.

Para el Tribunal, esta falta de precisión se explica justamente en razón de la amplísima variedad de modalidades de *know-how* a las que puede dar lugar esa 'experiencia secreta'. Por ejemplo, de acuerdo con lo que dice en su obra el profesor Arrubla Paucar, *"en el ámbito técnico [ese know how o experiencia secreta] se podría manifestar en dibujos de construcción, en resultados y actas de ensayos, en anotaciones sobre los trabajos de desarrollo realizados [...]. En el ámbito comercial, podrían mencionarse como ejemplos de know-how los ficheros de proveedores, ficheros de clientes, documentos relativos a la organización del establecimiento, documentos relativos a los trabajos de programación en el sector comercial, [...]."*<sup>18</sup>

En el caso de autos no está claro el sentido exacto que las partes quisieron darle al término *know how* que incorporaron al negocio jurídico que celebraron. Tampoco lo está la forma en la que entendieron que debía cumplirse la cesión del mismo.

Si se atiende al tenor de la cláusula primera y del párrafo de la segunda del contrato de Compraventa de Activos, tanto podría considerarse que tal cesión operaba automáticamente con la suscripción de este, como que ella requería para su perfeccionamiento de la entrega de *"todos los documentos y notas que se relacionen con este intangible"*. En este último caso, se da el inconveniente adicional de que en ninguna parte aparece especificado cuáles son tales documentos y notas.

El mismo párrafo segundo, al hablar de la cesión del *know-how*, remite al "ANEXO No. 003", pero tal anexo no es más que los textos de cuatro resoluciones

<sup>18</sup> Jaime Arrubla Paucar, *"Contratos Mercantiles, contratos contemporáneos"*, Tercera edición, Legis, Bogotá, 2013, pág. 451

---

de la Superintendencia de Industria y Comercio (folios 96 a 99 del cuaderno de pruebas No. 1), que conceden, a favor de Cumesa S.A., sendos registros de marcas de materiales metálicos de construcción.

Para el Tribunal el *know-how* no puede consistir ni en dichas marcas ni en sus registros, pues evidentemente ni de las unas ni de los otros puede predicarse la condición de '*secretos*', como tampoco la de ser en sí mismos una '*experiencia*', en el sentido de un saber o un hacer.

Las marcas son, tal como están definidas en la Decisión de la Comunidad Andina No. 486 de 2000, un signo que distingue un producto o un servicio, y su registro el otorgamiento y el reconocimiento del derecho a ese signo distintivo y a su uso exclusivo. No son entonces ellas o este el producto o el servicio mismos, sino apenas, por así decirlo, su '*documento de identidad*'.

Así pues, el *know how* de un producto o un servicio no solo no consiste en la marca o en su registro, sino que ni siquiera está en ellos. Mientras aquel comporta un elemento secreto, estos son públicos por definición.

Por consiguiente, no habiéndose dicho nunca –ni con ocasión del contrato ni en el curso del presente proceso– en qué consistía el *know-how* involucrado a la Compraventa de Activos, y tampoco la forma en la que debía cumplirse la obligación relativa a su cesión, y no teniendo el Tribunal manera de establecerlo en derecho a la hora de resolver, le resulta imposible acceder a la declaración de su incumplimiento.

4. - El cuarto reproche de incumplimiento que se hace en la demanda, se refiere a la obligación contractual, también estipulada en la cláusula *Quinta*, literal *b*, del contrato, relativa a la entrega por la vendedora a la compradora de "*la lista de clientes de los años 2005 y 2006 a la fecha*" (es decir, a noviembre de 2006 fecha de suscripción del contrato).

Lo primero que observa el Tribunal es que el texto del contrato de Compraventa de Activos no contiene detalle o precisión adicional algunos atinentes a esta obligación. Ella se pactó, sin más, en la forma escueta que acaba de indicarse. Y en esa misma forma escueta, pero también rotunda, afirma la convocante en el ordinal f) del hecho 21 de su demanda que ella no se cumplió.

Por el lado de las convocadas, al igual que en el punto anterior y puesto que el reproche de incumplimiento se hizo conjuntamente con el relativo al *know-how*, la

réplica consistió en afirmar que por su parte se cumplió cabalmente con esta obligación, y en oponer también contra la pretensión respectiva la defensa de que esta se planteó fuera de tiempo, pues que entre la fecha de la demanda y la de la entrega de los bienes materia del contrato transcurrieron "más de seis (06) años".

En cuanto hace a la obligación misma, para el Tribunal es evidente que en este caso, a diferencia del anterior, el sentido y el alcance del deber contractual de la vendedora eran precisos y categóricos: entregar a la compradora la lista de los clientes correspondientes a determinado período. No más y no menos.

En el expediente no obra prueba alguna relativa al cumplimiento de dicha obligación. Y a lo largo del proceso, ni la convocante ni las convocadas volvieron a mencionar el tema. Nada dicen los alegatos de conclusión sobre el particular.

En todo caso, para el Tribunal es lo cierto que dada la anotada naturaleza de esta obligación, a la convocante le bastaba con hacer lo que hizo en la demanda, en el sentido de afirmar llanamente su incumplimiento. Y que era a la demandada a quien incumbía demostrar de manera suficiente que sí se honró el deber contractual de hacer entrega de las citadas listas de clientes. Evidentemente no ocurrió así, y por ende el Tribunal habrá de declarar que esta obligación se incumplió en efecto.

5. - Un quinto reproche de incumplimiento se refiere a la obligación de saneamiento por vicios ocultos. Se sostiene en la demanda, hechos No. 22 y No. 31, que la maquinaria materia de la compraventa *"presentó múltiples desperfectos y vicios ocultos que no fueron previamente revelados, debiéndose invertir una suma importante en su reparación."* Y más adelante, que esa suma importante ascendió aproximadamente a la cantidad de \$1.000.000.

Las convocadas, por su parte, contestaron a estos asertos, diciendo que *"[los] rechazamos de plano, pues, resulta evidente que su afirmación la hace [la demandante] el 14 de noviembre de 2012, fecha de presentación de la demanda [...] cuando la acción prevista en el artículo 934 del Código de Comercio ya había prescrito"*.

Sobre este particular está claro que, en efecto, el contrato de Compraventa de Activos consagró, en la cláusula primera, la obligación de transferir una *"maquinaria industrial, elementos de taller y repuestos"*. Está claro así mismo que en el expediente no obra prueba alguna de los vicios ocultos que se alegan o de pagos que hubiera tenido que hacer y haya hecho la convocante por concepto de

reparaciones a los equipos y maquinaria objeto de la compraventa. Pero también está claro, finalmente, según se desprende de lo dicho por ambas partes, que entre la entrega de esos equipos y maquinaria a la compradora y la fecha de presentación de su demanda, transcurrió con mucho el término de prescripción de seis meses que para la acción de vicios o defectos ocultos tiene establecido el Código de Comercio en el artículo 938. En este punto le asiste, pues, razón a la parte convocada en la excepción propuesta, y así habrá de declararlo el Tribunal.

6. - El sexto reproche de incumplimiento, al que se refiere el hecho 23 de la demanda, consiste en la imputación a *“los demandados”* de la conducta consistente en haber utilizado, *“en otras empresas que asesoran,” “los mismos diseños y modelos industriales que fueron transferidos previamente a FAJOBE”*.

Lo primero que observa el Tribunal sobre este punto es que en el texto de la demanda no se hace precisión alguna respecto de a cuál o cuáles de los demandados se refiere el reproche en cuestión. Además, que aunque efectivamente en la cláusula novena del contrato de Compraventa de Activos se estipuló, como parte de las obligaciones que se intitularon *“De no Concurrencia”*, que en adelante se suspenderían, entre otras, las actividades de asesoría relacionadas con el diseño y la producción de cubiertas y arquitectura metálicas, es obvio que esa obligación, como deber contractual solo es predicable de quienes fueron parte del contrato, es decir, de los titulares de la relación contractual, y en este caso específico, de la vendedora.

En el expediente no hay prueba acerca de que CUMESA (hoy ARMONSA S.A.) haya incurrido en el alegado incumplimiento de que aquí se trata, relativo a la utilización en otras empresas de los modelos y diseños que se le transfirieron a FAJOBE. El propio alegato de conclusión de la convocante señala incluso que el responsable de ese pretendido incumplimiento fue la persona de Eimer Medina, de quien ya este Tribunal ha precisado que no fue parte del contrato, no obstante haberlo suscrito, y que por ende nunca fue titular de manera personal, de ninguna de sus obligaciones. Este punto de la demanda habrá de ser resuelto desfavorablemente.

7. - El séptimo reproche de incumplimiento, contenido en el hecho 27 de la demanda consiste en la afirmación de que *“los demandados incurrieron en prácticas de competencia desleal al «sonsacar» funcionarios de FAJOBE y llevarlos a trabajar con EIMER MEDINA en las nuevas sociedades que asesora como administrador y que fueron abiertas para realizar la misma operación comercial de la UEN CUMESA”*.

En adición a lo anterior, en el hecho 34 se afirma que *“EIMER MEDINA, obrando de mala fe sustrajo los siguientes empleados de FAJOBE, que laboraban en la UEN CUMESA y los llevó a sociedades de la competencia: [...]”*. Según el demandante dicha actividad la realizó, *“de mala fe”*, el señor Medina a través de la cooperativa de trabajo COOPSALUD.

Lo primero que observa el Tribunal sobre este punto es que en el contrato no se consignó obligación alguna sobre este particular, si bien, en un negocio jurídico de las características del de autos, ella debería entenderse implícitamente incluida dentro del deber general de buena fe, consagrado en los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio.

Pero observa así mismo, al igual que en el caso precedente, que la conducta que señala la convocante como constitutiva de incumplimiento se personificó por ella en Eimer Medida Ruiz y no en CUMESA (hoy ARMONSA S.A.) que fue la persona jurídica parte del contrato, de donde se sigue que en este punto tampoco habrá de prosperar la demanda.

Sobre este particular, en materia de la excepción formulada como *“PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES (Artículo 23., de la Ley 256 de 1.996)”* el Tribunal estima que ella habrá de desecharse, habida consideración de que la pretensión que busca enervar no prospera por razones diferentes a las que se refiere la excepción.

8. - En el hecho 26 de su demanda, el demandante les hace a los demandados un octavo reproche de incumplimiento, que alude a una violación al *“principio de la buena fe previsto en el artículo 871 C.Co.”*, al parecer ajena a los casos atrás mencionados, pero ni la precisa, ni señala unos hechos específicos distintos en los que ella hubiera podido consistir. Por lo demás, el expediente no contiene prueba alguna sobre el particular relacionada directamente con la celebración y la ejecución, POR LAS PARTES, del contrato de Compraventa de Activos. En consecuencia, la pretensión sobre incumplimiento relativa a este punto tampoco podrá prosperar.



---

## **B. De las obligaciones de no concurrencia**

### **1. Generalidades sobre las cláusulas de no concurrencia**

En general, los acuerdos de no-competencia (non-compete) son celebrados entre dos o más personas para comprometerse a no competir en determinado mercado. Estos pueden revestir diversas formas, dependiendo de los intereses de las partes. Por ejemplo, una persona puede comprometerse con otra a no participar en determinado mercado, absteniéndose de ofrecer o dejando de ofrecer determinados bienes y/o servicios o, absteniéndose de invertir en negocios, o de participar en la administración de negocios ya existentes. Mediante dichos acuerdos, una persona se cerciora de que otra abandone una parte del mercado o se abstenga de obtener parte del mismo, aumentando así su participación, u obteniendo una garantía de no reducción de su participación.

En qué consisten las cláusulas accesorias de no-competencia, o mejor cuál es su efecto cuando se pactan en un contrato que implica transferencia de clientela?

Las cláusulas accesorias de no-competencia son acuerdos que hacen parte de la adquisición de un negocio, de una empresa o establecimiento de comercio (v.g. compraventa de acciones o Compraventa de Activos) y constituyen una obligación a cargo del vendedor de abstenerse de ofrecer, directa o indirectamente, determinado bien o servicio que corresponde al negocio objeto de la adquisición.

Por ese pacto el vendedor, cedente o a cualquier título enajenante de dicho negocio o empresa se compromete a no montar un negocio idéntico o similar, durante cierto tiempo y dentro de unos límites territoriales precisos, con el propósito de transmitir efectivamente los derechos de clientela ligados a dicho negocio, empresa o establecimiento mercantil.

Ese pacto constituye, en la práctica, una garantía para el comprador de que el vendedor no ofrecerá a los mismos clientes, los bienes o servicios objeto del negocio, basado en el conocimiento de la industria y del mercado y, en algunos casos, en el know-how del negocio vendido. Con ello, el comprador busca preservar el valor del negocio adquirido.

Las cláusulas accesorias de no-competencia podrían entenderse prohibidas, por consistir en que una persona se abstenga de producir determinado bien, o de prestar algún servicio y por implicar una reparto horizontal de los mercados, entre otras prácticas restrictivas de la competencia económica. Por ello, las cláusulas accesorias de no-competencia se entendían *per se* como acuerdos restrictivos de

la competencia y, por tanto, contrarias a la ley colombiana (Artículo 47 del Decreto 2153 de 1992), de lo cual se derivaba su nulidad.

Este hecho se constituía lógicamente en una gran desventaja para los inversionistas extranjeros, ya que por ejemplo en el momento de realizar una transacción de adquisición o fusión que requiriera un convenio de este tipo de parte de su accionista, empleado o funcionario ejecutivo, no podían hacerse exigibles estas cláusulas para impedir que éste, con mayor experiencia en el mercado local, hiciera uso de su red de contactos en detrimento de los intereses de la sociedad fusionada.

Sin embargo, recientemente, la Superintendencia de Industria y Comercio, haciendo referencia a la reglamentación de los Estados Unidos y la Unión Europea, consideró que cuando las mencionadas cláusulas sean accesorias de un negocio lícito y resulten razonablemente necesarias para hacer viable dicha operación, es decir, que mediante ellas el comprador obtiene una garantía de que recibirá el valor completo de los activos adquiridos y la clientela ligada a su explotación, evitando que pierdan su interés por la competencia posterior del vendedor, dichas cláusulas se consideran justificadas a la luz de la ley colombiana (Resolución 46,325 del 31 de agosto de 2010).

No obstante, la Superintendencia advierte que las cláusulas inhibitorias de la competencia sólo se justifican con el fin de lograr este objetivo, y que ha de evaluarse la duración, el ámbito geográfico de aplicación, el contenido y las personas que se afectan, con el fin de corroborar que dichas cláusulas no limitan a los vendedores más allá de lo justamente necesario para lograr que el comprador obtenga el fruto de su inversión, sin afectar de manera drástica el mercado relevante ni impedir el ingreso de otros competidores al mismo.

Teniendo en cuenta lo anterior, se pueden pactar cláusulas de no-competencia, siempre y cuando sean accesorias a un negocio lícito y resulten razonablemente necesarias para que el comprador pueda preservar el valor del negocio adquirido, mediante la efectiva adquisición de la clientela del enajenante, que es en últimas el elemento preponderante de toda empresa o establecimiento de comercio.

Pero comoquiera que estas cláusulas de una u otra forman limitan la competencia y el acceso al mercado y prohíben al vendedor, tras la ejecución de las obligaciones objeto del contrato, fabricar, comprar, vender o revender bienes o servicios cuando tal obligación:

- se refiera a los que compitan con aquéllos ligados al objeto contractual
- se limite al local y terrenos desde los que el vendedor haya operado, y

- 
- sea indispensable para proteger conocimientos técnicos transferidos por el enajenante al comprador.

Por consiguiente, necesariamente dichas cláusulas de no competencia deben tener una duración limitada al período indispensable para la implantación del adquirente y ser objeto de una interpretación estricta.

## 2. Contenido de la cláusula novena

En la cláusula novena del Contrato de Compraventa de Activos suscrito el 9 de noviembre de 2006, bajo el título "OBLIGACIONES DE NO CONCURRENCIA", las partes acordaron lo siguiente:

*"LA VENDEDORA asume la obligación, por el término de cinco (5) años contados a partir de la legalización del presente contrato, que ninguno de sus Representantes Legales, la misma sociedad VENDEDORA, ni sus accionistas, realizarán ni desarrollarán actividades relativas a la fabricación, diseño, asesoría ni comercialización de maquinaria y equipos para producción de cubiertas y arquitectura metálicas, ni lámina prepintada y fabricación de maquinaria a través de los equipos C.N.C., ni cualquier producto o servicio relacionado con el objeto social actual, dentro del territorio colombiano, salvo que dichas labores las realicen por virtud de contratos celebrados con FAJOBE S.A. o cualquiera de sus compañías filiales o subsidiarias.*

*"PARÁGRAFO: La obligación de no concurrencia prevista en esta cláusula se extiende a las marcas patentes y/o modelos industriales relacionados en las actividades enunciadas anteriormente y por lo tanto no se podrá solicitar el registro o concesión de derechos industriales semejantes a los transferidos por este contrato."*

La demanda objeto del presente laudo se dirige contra la sociedad Arquitectura de Montajes S.A. ARMONSA y contra los señores Eimer Medina Ruiz y Albeiro Medina Ruiz, con lo cual es solo respecto de tales personas que debe analizarse la potencial violación de la prohibición.

En lo que tiene que ver con las obligaciones de no concurrencia, los incumplimientos que la parte demandante imputa a los demandados tienen como

fundamento lo previsto en los literales a), b), c), d) y e) del hecho 21 de la demanda, según los cuales los demandados incurrieron en incumplimiento contractual por cuanto:

*“a) CUMESA no cambió sustancialmente su objeto social.*

*“b) EIMER MEDINA, en condición de accionista y representante legal de CUMESA, incumplió la obligación de no concurrencia. En efecto, siguió asesorando a ARMONSA en las actividades previstas en la cláusula novena, y a otras empresas.*

*“c) EIMER MEDINA es representante legal principal de la sociedad IZAMOS S.A.S, con domicilio en Yumbo (Valle), empresa con la misma actividad de la UEN CUMESA.*

*“d) EIMER MEDINA es representante legal principal de la sociedad PANELMET S.A.S. con domicilio en Turbaco, empresa con la misma actividad de UEN CUMESA.*

*“e) EIMER MEDINA es representante legal suplente de la sociedad INVERMED ASOCIADOS S.A.S, con domicilio en Cali (Valle), empresa con la misma actividad de la UEN CUMESA.*

*“(…)”*

De los hechos indicados se destaca que, en lo que tiene que ver con la cláusula de no concurrencia, la imputación del Demandante se limita a conductas en que pudo haber incurrido el señor Eimer Medina Ruiz, sin que se haya incluido ningún cargo respecto de la sociedad Vendedora.

No obstante lo anterior, en el curso del debate probatorio se introdujeron en el expediente elementos que tienen relación con un potencial incumplimiento a cargo de la sociedad convocada, temática sobre la cual las partes presentaron sus argumentaciones, por lo que el Tribunal analizará esta materia.

### **3. Los sujetos sometidos a la prohibición de no concurrencia prevista en la cláusula novena del contrato**

Analizada en detalle la cláusula novena del Contrato de Compraventa de Activos se observa que ésta recaía sobre los siguientes sujetos:

- La Vendedora, es decir la sociedad Cumesa S.A. (Hoy Armonsa)
- Sus representantes legales.
- Sus accionistas.

Ya en apartes anteriores de este laudo ha quedado establecido que los señores Eimer Medina Ruiz y Albeiro Medina Ruiz no eran representantes legales de la sociedad, por lo que no puede entonces entenderse que bajo esta categoría estaban cobijados por la prohibición que se analiza.

Adicionalmente el Tribunal destaca los siguientes hechos que se encuentran acreditados en el expediente:

- De acuerdo con el Certificado de Existencia y Representación Legal expedido por la Cámara de Comercio de Palmira<sup>19</sup>, mediante escritura pública número 2356 de fecha 14 de junio de 2007 otorgada ante la Notaría Trece del Círculo de Cali, la sociedad Cumesa S.A., cambió su denominación social por la de Arquitectura de Montajes S.A., Armonsa, sociedad demandada en el presente trámite arbitral.
- No se allegó al expediente una prueba que demuestre quiénes, en la fecha de la firma del Contrato Compraventa de Activos eran los accionistas de la sociedad. Sin embargo en esta materia resulta indicativo el contenido de las Actas de Asamblea General de Accionistas de Cumesa S.A. No. 21 de fecha 3 de octubre de 2006 y No. 22 de fecha 11 de diciembre de 2006<sup>20</sup>, en las que se da cuenta de la concurrencia del cien por ciento de los accionistas de la sociedad, sin que aparezca entre estos el señor Eimer Medina Ruiz. No sucede lo mismo con el demandado Albeiro Medina Ruiz quien sí aparece en estos documentos como accionista de la sociedad. El contenido de las actas traídas a colación, si bien no evidencia quienes eran los accionistas en la fecha de la firma del contrato, si demuestra quienes lo eran en una fecha anterior y en una fecha posterior a la celebración del mismo.

Los anteriores elementos probatorios permiten concluir que de los integrantes de la parte demandada en este proceso, solo la sociedad Armonsa S.A. se encontraba cobijada por la obligación de No Concurrencia.

En efecto, respecto de señor Eimer Medina ha quedado establecido que no tenía la condición de representante legal y de otra parte no se demostró que tuviera la condición de accionista, con lo cual ha de concluirse que para él no surgieron en forma directa las obligaciones de "No Concurrencia". Ahora bien cualquier

---

<sup>19</sup> Folio 15 del Cuaderno Principal No. 1

<sup>20</sup> Folios 299 a 304 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

obligación de no concurrencia que pueda haberse previsto a su cargo en el denominado "Acuerdo Privado de Compensación" a la que se refiere el hecho 17 de la demanda, no será objeto de pronunciamiento del Tribunal por cuanto su competencia no se lo permite, tal como quedó expuesto líneas atrás en este laudo.

Por lo antes expuesto el argumento formulado como excepción en el numeral 03.04<sup>21</sup> de la contestación de la demanda, se encontró demostrado.

En cuanto al señor Albeiro Medina Ruiz, quedó establecido dentro del expediente que no tenía la condición de representante legal, y si bien, sin disponer de prueba definitiva, hay elementos como los que ha citado el Tribunal, que permitirían pensar que tenía la condición de accionista, en el expediente no hay hechos, cargos ni pruebas que concreten para él la pretensión de incumplimiento de la cláusula novena del Contrato de Compraventa de Activos.

#### **4. El ámbito de la prohibición contenida en la cláusula novena del Contrato de Compraventa de Activos.**

Para efectos de analizar el incumplimiento alegado respecto de la citada cláusula de no concurrencia, le corresponde ahora al Tribunal determinar con precisión el contenido y alcance de las obligaciones allí previstas, análisis que, se reitera, se centrará exclusivamente respecto de la sociedad ARMONSA S.A.

Reza así la cláusula en cuestión:

*"LA VENDEDORA asume la obligación, por el término de cinco (5) años contados a partir de la legalización del presente contrato, que ninguno de sus Representantes Legales, la misma sociedad VENDEDORA, ni sus accionistas, realizarán ni desarrollarán actividades relativas a la fabricación, diseño, asesoría ni comercialización de maquinaria y equipos para producción de cubiertas y arquitectura metálicas, ni lámina prepintada y fabricación de maquinaria a través de los equipos C.N.C., ni cualquier producto o servicio relacionado con el objeto social actual, dentro del territorio colombiano, salvo que dichas labores las realicen por virtud de contratos celebrados con FAJOBES S.A. o cualquiera de sus compañías filiales o subsidiarias.*

<sup>21</sup> "Inaplicabilidad de las obligaciones de no concurrencia al demandado señor Eimer Medina Ruiz"

---

*“PARÁGRAFO: La obligación de no concurrencia prevista en esta cláusula se extiende a las marcas patentes y/o modelos industriales relacionados en las actividades enunciadas anteriormente y por lo tanto no se podrá solicitar el registro o concesión de derechos industriales semejantes a los transferidos por este contrato.”*

Observa el Tribunal que de acuerdo con el texto citado, ARMONSA S.A., se obligó, por el término de 5 años contados a partir del 9 de noviembre de 2006, a abstenerse de realizar o desarrollar dentro del territorio colombiano, las siguientes actividades:

- Fabricación, diseño, asesoría y comercialización de maquinaria y equipos para producción de cubiertas, arquitecturas metálicas y lámina prepintada.
- Fabricación de maquinaria a través de los equipos C.N.C.
- Fabricación, diseño, asesoría, comercialización de cualquier producto o servicio relacionado con el objeto social actual.

Vistas las actividades prohibidas por la cláusula novena, el Tribunal encuentra que en lo que se refiere a la obligación de *“fabricación, diseño, asesoría y comercialización de maquinaria y equipos para producción de cubiertas, arquitecturas metálicas y lámina prepintada”*, y a la *“fabricación de maquinaria a través de los equipos C.N.C.”*, no se expuso ningún hecho en la demanda arbitral que concrete una imputación de incumplimiento de la obligación no concurrencia por estas actividades.

Aunado a lo anterior, un detenido examen del acervo probatorio recaudado a lo largo del trámite arbitral, evidencia la ausencia de elementos probatorios que acrediten la realización por parte de ARMONSA de las citadas conductas prohibidas.

Ahora bien, frente a la prohibición contractual de abstenerse de fabricar, diseñar, asesorar, comercializar *“cualquier producto o servicio relacionado con el objeto social actual”*, el Tribunal hace las siguientes precisiones:

- ✓ De conformidad con lo dispuesto en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Cali el 10 de

octubre de 2006<sup>22</sup>, es decir en época cercana a la celebración del contrato de Compraventa de Activos, la sociedad Cumesa S.A. tenía como objeto social el siguiente:

*“El ejercicio de las actividades profesionales propias de las ingenierías civil, mecánica, eléctrica, industrial, química y de sistemas, al igual que de la arquitectura. En ejercicio de su objeto social puede ejecutar todos los actos necesarios o convenientes para su logro y desarrollo, tales como: a. La compra, venta, importación, exportación y transformación de piezas, maquinaria, industrial, y en general todo lo necesario para la prestación de servicios a las industrias metalmecánica, química, eléctrica, electrónica, de petróleos y sus derivados y en general todos aquellos servicios requeridos en estas áreas de la producción. b. diseñar, calcular, prestar servicios de interventoría, participar en consorcio o unión temporal con otras personas naturales o jurídicas para la prestación de estos servicios, y hacer joint venture, vender know how y en general utilizar para estos fines todos los sistemas contractuales legalmente permitidos entre ellos el de maquila. c. suministrar, instalar, desmontar, remodelar y reparar techos, cubiertas y canales y de las actividades conexas y complementarias. d. Adquirir, comprar, vender, administrar, gravar, limitar, disponer, distribuir, importar, exportar y en general comercializar bienes de cualquier naturaleza, muebles e inmuebles, corporales e incorporeales, así como hacer construcciones y enajenar a cualquier título de que sea dueña. e. Abrir, comprar, vender, arrendar, limitar, gravar y en general, realizar toda clase de actos de administración y disposición sobre establecimientos de comercio. f. Adquirir y disponer de toda clase de licencias, concesiones, marcas, patentes y demás bienes mercantiles. g. Dar o recibir en garantía de obligaciones, bienes muebles e inmuebles y tomar en arrendamiento u opción bienes de cualquier naturaleza. h. Actuar como agente o representante de personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras que se ocupen de los mismos negocios o actividades. i. Suscribir acciones o derechos en sociedades que faciliten o contribuyan al desarrollo de sus operaciones. j. Comprar o constituir sociedades de cualquier naturaleza, incorporarse en sociedades constituidas o fusionarse con ellas siempre que tengan objetivos iguales, similares o complementarios. k. dar dinero en mutuo con o*

<sup>22</sup> Folio 284, C. Principal No. 1



---

*sin interés, darlo con interés. l. Celebrar toda clase de operaciones con títulos valores, tales como adquirirlos, otorgarlos, negociarlos, avalarlos, (...), cobrarlos, etc. m. Hacer sea en nombre propio, por cuenta de terceros o en participación con ellos, las operaciones que sean necesarias o convenientes para el logro y desarrollo del objeto social. n. La ejecución de cualquier otro acto o contrato lícito que se relacione con el desarrollo del objeto principal, sea o no de comercio."*

- ✓ En las actas de Asamblea General de Accionistas de la sociedad Cumesa S.A. que fueron exhibidas por ARMONSA en diligencia del 4 de julio de 2013<sup>23</sup>, no consta que con posterioridad a la fecha de certificado indicado en el punto anterior y hasta la fecha de celebración del Contrato de Compraventa de Activos se hubiesen introducido reformas estatutarias a la sociedad, con lo cual se puede concluir que el objeto social citado era aquel que se encontraba vigente en el momento de la firma del contrato en mención.
- ✓ En el objeto social bajo análisis se prevén un sinnúmero de actividades que tienen un ámbito de aplicación extremadamente amplio como son, en el marco general del mismo, *"las actividades profesionales propias de las ingenierías civil, mecánica, eléctrica, industrial, química y de sistemas, al igual que de la arquitectura"*, lo mismo que aquellas previstas en los literales "a", "b", y "d" hasta "n".
- ✓ Para el Tribunal, sobre tales amplias actividades no puede recaer la prohibición contemplada en la cláusula novena del contrato, pues se estaría excediendo el objeto que la misma perseguía, que según lo expresó el propio apoderado de la parte demandante en el hecho décimo sexto de la demanda, se pactó:

*"Con el fin de evitar prácticas de concurrencia y competencia desleal se acordó la CLÁUSULA NOVENA - OBLIGACIONES DE NO CONCURRENCIA, prohibiendo a la sociedad CUMESA y a sus representantes legales y accionistas firmantes, desarrollar la misma actividad o actividades similares a las que fueron objeto de negociación bajo el nombre genérico de UEN CUMESA, directamente o por interpuesta persona, durante los cinco (5) años*

---

<sup>23</sup> Folios 218 a 360, C. de Pruebas No. 2

---

*siguientes a la celebración del contrato.”<sup>24</sup>*

- ✓ No sucede lo mismo con el literal “c” referido a *“suministrar, instalar, desmontar, remodelar y reparar techos, cubiertas y canales y de las actividades conexas y complementarias”*.
- ✓ Respecto de las actividades enunciadas en el citado literal, aquellas referidas a la instalación, desmonte, remodelación y reparación de techos, tejas, cubiertas y canales, si bien estaban cobijadas por la prohibición de no concurrencia, ellas fueron posteriormente autorizadas en virtud de la “Alianza Comercial “ celebrada entre las partes el 22 de enero de 2007.
- ✓ Dicho convenio, partiendo de la experiencia de cada una de las partes, tenía como objeto *“buscar la prestación de servicios complementarios a un mismo cliente y relativos al suministro de tejas, cubiertas y cerramientos metálicos por parte de Fajobe y del montaje y mantenimiento por parte de Armonsa”*. En su desarrollo las partes previeron con claridad, no solo que ARMONSA podría realizar actividades de instalación, desmonte, remodelación y reparación de techos, tejas, cubiertas y canales, sino que FAJOBE le remitiría clientes para tal efecto.
- ✓ Ello quedó consignado en la cláusula tercera de la Alianza en los siguientes términos:

*“Para efectos de esta alianza FAJOBE se compromete a que siempre que un cliente le solicite el suministro, montaje y/o mantenimiento de cubiertas metálicas y se llegue a un acuerdo, le informará al cliente que sólo se dedica al suministro de los materiales correspondientes y pondrá en contacto al cliente con ARMONSA para todo lo relativo al montaje y mantenimiento de la cubierta.*

*“Por su parte, ARMONSA se compromete a que siempre que un cliente le solicite el suministro de tejas, cubiertas y cerramientos metálicos y la instalación y/o mantenimiento de cubiertas metálicas y se llegue a un acuerdo se obligará con el cliente a realizar el servicio de montaje y/o mantenimiento y pondrá en contacto al cliente con FAJOBE para todo lo relativo al suministro de tejas, cubiertas y cerramientos metálicos.”*

---

<sup>24</sup> Folio 3 del C. Principal No.1

- ✓ Así las cosas, para el Tribunal es claro que en virtud de la Alianza Comercial, a partir del 22 de enero de 2007 ya no existía prohibición a cargo de Armonsa S.A. en cuanto a realizar actividades de instalación, desmonte, remodelación y reparación de techos, tejas, cubiertas y canales.
- ✓ En este punto destaca el Tribunal que la posibilidad de eliminar actividades de la prohibición había sido contemplada en la cláusula novena del Contrato de Compraventa de Activos que previó, como salvedad de las obligaciones de no concurrencia, la celebración de contratos entre las partes.
- ✓ Distinto análisis corresponde a la expresión “suministrar” contenida en literal “c” del objeto social que se estudia. En efecto, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, por suministrar ha de entenderse *“Proveer a alguien de algo que necesita”*. Traída la definición al caso que ocupa al Tribunal y en especial a la prohibición contemplada en la cláusula novena del Contrato de Compraventa de Activos, es claro que dicha prohibición se extendía a actividades relacionadas con la provisión de techos, cubiertas y canales, las cuales no fueron cobijadas por la Alianza Comercial.

## 5. Análisis probatorio

Corresponde a continuación al Tribunal estudiar si ha quedado acreditado el desarrollo, por la sociedad demandada de actividades relacionadas con el suministro de techos, cubiertas y canales, para efectos de determinar si se presentó el incumplimiento de las obligaciones de no concurrencia que alega la parte demandante.

Obra en el expediente un dictamen pericial decretado de conformidad con lo solicitado por la parte convocante y rendido por la perito contable Gloria Zady Correa Palacio, documento del que se resalta lo siguiente:

En el cuestionario elaborado por la parte demandante, bajo la pregunta No.1 se le solicitó determinar *“la relación de clientes de CUMESA a partir del 7 de noviembre de 2006 y hasta la fecha del peritaje, y que se relacionen con actividades referidas a la producción de cubiertas y arquitectura metálica, lámina prepintada y fabricación de maquinaria y repuestos a través de los equipos CNC (Centro de Mecanizado y Torno con Control Numérico Computarizado)”*.

Y en su respuesta la perito indicó:

*“R. Verificado el documento fuente, esto es las facturas de ventas, desde noviembre de 2006 y hasta diciembre de 2008, tenemos que si ejecutaron actividades de producción de cubiertas y arquitectura metálica, lámina prepintada, fabricación de maquinaria y repuestos a través de los equipos CNC (Centro de Mecanizado y Torno con Control Numérico Computarizado) (...)” . (Dictamen pericial, pág. 2)*

Visto lo anterior, y a partir de las conclusiones a las que se ha llegado sobre el alcance preciso de la prohibición, el análisis del Tribunal se centrará primordialmente en la realización de actividades de suministro, fabricación, diseño, asesoría y comercialización de techos, cubiertas y canales.

Retomando el contenido del dictamen, como soporte de la respuesta que se ha transcrito la perito presentó un cuadro<sup>25</sup> en el que se hace referencia a 103 facturas que, según señala, dan cuenta de la ejecución de actividades de *“producción de cubiertas y arquitectura metálica, lámina prepintada, fabricación de maquinaria y repuestos a través de equipos CNC”*, por parte de ARMONSA.

El Tribunal observa que en este listado las cuatro facturas iniciales, identificadas con los números 1226, 1227, 1228, 1231 no pueden ser tenidas en cuenta pues fueron expedidas con anterioridad al 9 de noviembre de 2006, fecha en que se suscribió el contrato de Compraventa de Activos, es decir cuando aún no se encontraba en vigencia la cláusula de no concurrencia. También ha de excluirse aquella identificada con el número 1407, por cuanto la perito indicó que había sido anulada.

Ahora bien, dentro del término del traslado del dictamen, la parte demandada solicitó aclaraciones y complementaciones que fueron rendidas por la perito. Del escrito correspondiente, el Tribunal resalta lo siguiente:

Al responder la pregunta contenida en el literal A), numeral 3 del cuestionario de la parte demandada, la auxiliar de la justicia sostuvo que las conclusiones contenidas en el dictamen inicial estaban basadas en la facturación emitida por Arquitectura y Montajes S.A., donde, en su concepto, se da cuenta detallada de cada una de las actividades desarrolladas, las cuales fueron transcritas en el cuadro en el que se presentaron las 103 facturas. Agregó que en las facturas de venta, es requisito

---

<sup>25</sup> Folios 442 a 448, C. de Pruebas No. 2

obligatorio que en el cuerpo de la misma se describan los artículos y/o servicios prestados, de acuerdo con las normas tributarias, art. 617 del E.T.

La parte demandante sostiene que el dictamen pericial rendido dentro del proceso constituye prueba del incumplimiento en que incurrió ARMONSA, respecto de las obligaciones de no concurrencia.

De su lado la sociedad demandada aduce que los datos contenidos en el cuadro obrante a folios 2 a 8 del dictamen pericial, corresponden a la facturación emitida por conceptos y valores causados en desarrollo de la denominada Alianza Comercial pactada entre las partes, verbalmente desde el 9 de noviembre de 2006 y formalizada el 22 de Enero de 2007. Como soporte de esta posición en los alegatos de conclusión ARMONSA expuso lo siguiente:

*"(...)La EXCEPCIÓN DE MÉRITO denominada CUMPLIMIENTO INTEGRAL DE SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES POR PARTE DE LOS DEMANDADOS, debe prosperar, en razón a que a partir del 09 de Noviembre de 2.006, fecha en que las Partes vinculadas dentro del Proceso de la Referencia, celebraron el "CONTRATO DE COMPRAVENTA DE ACTIVOS" materia del presente litigio, la Sociedad CUBIERTAS Y MECANIZADOS CNC S. A. (Hoy ARQUITECTURA DE MONTAJES S. A.), NO EJECUTA actividades referidas a la producción de cubiertas y arquitectura metálica, lámina prepintada, ni fabricación de maquinaria y repuestos a través de los equipos CNC (Centro de Mecanizado y Torno con Control Numérico Computarizado).*

*"En consecuencia, las mencionadas actividades se continuaron ejecutando en la UNIDAD DE NEGOCIO (UEN) CUMESA (como elemento creado e integrado dentro de la estructura empresarial de propiedad de FAJOBE S. A.), MEDIANTE EL DESARROLLO DE LA DENOMINADA ALIANZA COMERCIAL ENTRE FAJOBE S. A. Y ARQUITECTURA DE MONTAJES S. A., celebrada verbalmente desde el 09 de Noviembre de 2.006 y formalizada el 22 de Enero de 2.007, razón por la cual la transcripción de los datos contenidos en el cuadro visible a Folios del 2 al 8 de la experticia rendida por la Perito Contable, mediante escrito del 28 de Agosto de 2.013, corresponden a la Facturación emitida por los conceptos y valores causados en cumplimiento de dicha ALIANZA COMERCIAL y de los requerimientos generales y particulares en cada una de las ventas efectuadas (...)"*<sup>26</sup>

<sup>26</sup> Folio 13, C. Principal No. 2

En concepto de la parte demandada, una serie facturas de venta de tejas emitidas por Fajobe con cargo a Armonsa con posterioridad al Contrato de Compraventa de Activos y que fueron allegadas posteriormente al expediente como anexo de un experticio presentado por la convocada, demuestran que había una relación comercial entre Fajobe y Armonsa que lleva a concluir que no hubo incumplimiento de la obligación de no concurrencia.

### **5.1 La Alianza Comercial suscrita entre las partes**

Establecidas así las posiciones de las partes, procede el Tribunal a analizar los efectos de la Alianza Comercial a la que se hace referencia, respecto de la obligación de no concurrencia.

Obra en el expediente copia del documento denominado "ALIANZA COMERCIAL ENTRE FAJOBE S.A. Y ARQUITECTURA DE MONTAJES S.A.", así como de sus 2 anexos<sup>27</sup>, suscrito el 22 de enero de 2007 por los representantes legales de las sociedades FAJOBE S.A. y ARQUITECTURA DE MONTAJES S.A., ARMONSA, documento que no fue tachado por ninguna de las partes, y que como ya se ha dicho, tenía por objeto *"unir la experiencia que tiene FAJOBE en la comercialización de productos de acero y la experiencia y profesionalismo que posee ARMONSA en el montaje y mantenimiento de tejas, cubiertas y cerramientos metálicos, con el fin de buscar la prestación de servicios complementarios a un mismo cliente y relativos al suministro de tejas, cubiertas y cerramientos metálicos por parte de FAJOBE y del montaje y mantenimiento, por parte de ARMONSA."*

En la cláusula tercera de este acuerdo las partes pactaron su modo de operación en los siguientes términos:

*"Para efectos de esta alianza FAJOBE se compromete a que siempre que un cliente le solicite el suministro, montaje y/o mantenimiento de cubiertas metálicas y se llegue a un acuerdo, le informará al cliente que sólo se dedica al suministro de los materiales correspondientes y pondrá en contacto al cliente con ARMONSA para todo lo relativo al montaje y mantenimiento de la cubierta."*

*"Por su parte, ARMONSA se compromete a que siempre que un cliente le solicite el suministro de tejas, cubiertas y cerramientos metálicos y la*

---

<sup>27</sup> Folios 17 a 33, C. de Pruebas No. 1

---

*instalación y/o mantenimiento de cubiertas metálicas y se llegue a un acuerdo se obligará con el cliente a realizar el servicio de montaje y/o mantenimiento y pondrá en contacto al cliente con FAJOBE para todo lo relativo al suministro de tejas, cubiertas y cerramientos metálicos.*

*“PARAGRAFO: En el evento de ofertas o licitaciones públicas FAJOBE y ARMONSA podrán formular una oferta única para la cual procederán a suscribir un contrato de unión temporal, en los términos del artículo 7 de la ley 80.”*

En la Cláusula Quinta, regularon lo referente a la exclusividad así:

*“EXCLUSIVIDAD: A) ARMONSA se compromete a que en todos los contratos que celebre relativos al montaje y/o mantenimiento de cubiertas metálicas, utilizará los productos y materias primas que sean producidas, fabricadas o distribuidas por FAJOBE. B) FAJOBE se compromete a que todos los contratos que celebre relativos al suministro de cubierta y cerramiento, presentará a ARMONSA exclusivamente para realización de la instalación.”*

Bajo el título “independencia”, en la cláusula séptima del contrato se dispuso lo siguiente:

*“En la celebración de los respectivos contratos de suministro así como los contratos de instalación y/o mantenimiento de las cubiertas metálicas, FAJOBE y ARMONSA, cobraran de manera independiente y autónoma y así se lo manifestaran a los clientes y se determinará en los contratos respectivos mediante la inclusión de una cláusula especial a fin de que en ninguna forma se pueda predicar responsabilidad solidaria entre FAJOBE y ARMONSA. PARAGRAFO: Las partes aclaran, que ARMONSA para prestar el servicio de instalación y mantenimiento de cubiertas y cerramientos, colocara el 100% del personal operativo y administrativo, asumiendo todos sus costos y gastos legales para su funcionamiento, incluyendo los insumos para la instalación, adicional a las pólizas por concepto de la instalación como: el buen manejo del anticipo, estabilidad o calidad de la instalación y responsabilidad civil.”*

De otra parte los Anexos Nos. 1 y 2 se refirieron a las responsabilidades en cabeza de las partes frente a las cubiertas, tejas y cerramientos metálicos, determinando en forma precisa que lo referente al suministro de tejas y elementos adicionales necesarios para la instalación, su calidad, entrega y diseño, así como

la adquisición de las pólizas relacionadas con producción o suministro, eran tareas a cargo de FAJOBE. Paralelamente quedaron en cabeza de ARMONSA, entre otras, las tareas de recepción de las cubiertas o cerramientos fabricados por FAJOBE en las obras, el suministro de todos los equipos de seguridad para el montaje así como de las herramientas necesarias para el proceso de instalación, la instalación de las cubiertas y fachadas, la entrega de la instalación y su respectiva facturación, así como la adquisición de las pólizas relacionadas con la calidad de la instalación.

Analizado el documento contentivo de la Alianza Comercial se observa que éste constituyó un acuerdo de las partes para actuar conjuntamente en el mercado de suministro e instalación de tejas, cubiertas y canales, en virtud del cual, en resumen, FAJOBE suministraba materiales y ARMONSA instalaba. Es claro también, del texto analizado, que cada sociedad facturaría en forma independiente y autónoma al cliente.

A partir de este acuerdo, resulta evidente que no cabía dentro de las actividades autorizadas a Armonsa el suministro, fabricación, diseño, asesoría y comercialización de techos, cubiertas y canales.

**5.2 Convenio celebrado entre las partes en virtud del cual era posible que ARMONSA cotizara y facturara al cliente final el suministro de tejas y cubiertas bajo el esquema AIU**

Rendido el dictamen pericial, dentro del término de traslado, la parte demandada ejerció los derechos derivados del artículo 31 de la ley 1563 de 2012, y en tal virtud aportó un experticio rendido por el arquitecto Juan Manuel García y por el ingeniero Manuel Enrique Vargas, documento en el que los expertos concluyeron que a partir del 9 de noviembre de 2006 la sociedad ARMONSA *"no ejecuta actividades referidas a la producción de cubiertas, arquitectura metálica lámina prepintada, tejas, canales, cerramientos, y de los demás artículos y elementos similares, y, la fabricación de maquinaria y repuestos a través de los equipos CNC (Centro de Mecanizado y Torno con control Numérico Computarizado)."*<sup>28</sup>

Adicionalmente tuvo lugar una audiencia donde la perito contable y los citados expertos rindieron declaraciones referidas al dictamen pericial y al experticio allegado al expediente, elementos probatorios que permiten concluir que en adición a los acuerdos contenidos en el documento denominado Alianza

<sup>28</sup> Folio 209, C. de Pruebas No. 3



Comercial previamente citado, las partes, para su actuación conjunta en el mercado de suministro e instalación de tejas y cubiertas, previeron otras posibilidades de interrelación.

De lo anterior, dan cuenta varios elementos probatorios que resultan de importancia para el Tribunal y que se precisan así:

- a. El arquitecto Juan Manuel García Silva, quien además fue empleado de FAJOBE desde el año 2006 hasta el año 2010 y desde el año 2012 se desempeña como Director Comercial de la empresa Panelmet, en la declaración rendida ante el Tribunal, al referirse a la Alianza Comercial, expresó:

*“SR. GARCÍA: (...) la alianza es muy clara para mí, desde mi punto de vista es que las dos empresas se complementaban, una hacía una actividad y la otra actividad, Fajobe hacía una producción, que eso era la experiencia que ellos tenían, tenían los medios y por la experiencia de Armonsa como instalador, hacía la instalación (...).*

En cuanto a las conclusiones del dictamen pericial, en el sentido de que ARMONSA había incurrido en actividades de las contempladas en la Cláusula Novena, manifestó:

*“(...) y para hacer Armonsa esa instalación donde se decía que ellos estaban incumpliendo, es decir, que estaban fabricando y estaban vendiendo teja, realmente no tuvieron en cuenta el por qué se hacía a través de Armonsa algunas ventas y solamente que porque ellos lo hacían ya estaban incumpliendo, definitivamente esto es, hay que entrar a analizar por qué Armonsa en ciertas ocasiones, con ciertos negocios que veo ahí que eran más o menos ventas aproximadas a los \$2.700 millones, por qué se tenían que hacer a través de Armonsa y por qué no se hacían directamente, porque básicamente Fajobe no es una constructora, es decir, no puede facturar con un AIU como sí lo podía hacer Armonsa, Armonsa es una constructora y por ende algunos clientes para cuestiones de facturación tenían que exigir, para nosotros poder ganarnos esos negocios, que cotizáramos y facturamos con AIU, entonces en ese caso es donde se veía muy claramente la razón del por qué se debería haber hecho una alianza comercial y por qué se hizo (...).”*

Y posteriormente agregó:

*"Yo en ese momento era Fajobe, yo como empleado, también era director comercial ahí, yo actuaba para ambas empresas, vendía, en lo posible tratábamos de vender el suministro por aparte porque era con un... pleno, es un suministro, las negociaciones se hacían con un contacto o una orden de compra simplemente, pero en las licitaciones de construcción son muy claras y es que si uno no cumple con las exigencias que demanda el pliego de la licitación, simplemente quedamos descalificados, en ese momento es que era muy importante tener una empresa constructora que era Armonsa que a través de ellos presentábamos la licitación."*

- b. Lo anterior, es reiterado por el ingeniero industrial Manuel Enrique Vargas Ortiz, miembro del equipo comercial de FAJOBE entre los años 2006 y 2010, y también participante en la elaboración del experticio allegado por la demandada, quien manifestó:

*"(...) Cuando se entró conocimos que la venta de los activos se hizo Cumesa Fajobe y que Fajobe estando en una zona de la ley Páez, su objeto social solamente le permitía vender, comercializar con un ... de un 16%, lo que iba contrario al comportamiento del mercado en casi todas las obras por no decir la gran mayoría, exigen que la obra se desarrolle con un contrato de obra civil en el cual se maneja una facturación o una liquidación de la misma con un AIU, en esta facturación el objeto social de Fajobe no podía, entonces ellos crearon una alianza comercial que conocimos, crearon, dejaron a Armonsa como una empresa instaladora, dentro de esa alianza comercial está muy claramente cómo se iba a manejar y qué hacía cada una de las dos empresas, en ocasiones se podía vender el suministro y la otra parte se hacía por instalación y facturaba cada uno, pero en algunas ocasiones.*

*"En la mayoría de las ocasiones en esos contratos de obra civil, como Fajobe no podía hacer, entonces Fajobe le suministraba a Armonsa, le fabricaba y le entregaba fabricado y Armonsa recibía en las obras, instalaba, entregaba, rectificaba todo su trabajo, básicamente se hacía cargo del contrato, pero soportado en un documento que ya existía que para mí ese es el documento que no se ha tenido muy en cuenta por parte de la doctora en su conocimiento total para poder decir: mire sí, tiene una facturación que corresponde a \$2 mil y pico porque esa alianza comercial lo*

---

*exigía de esa manera; esa es, entonces Armonsa no fabricaba, no pintaba láminas, no hacía fachadas, no hacía cubiertas, no tenía los equipos porque los equipos pasaron todos a ser propiedad de Fajobe y Fajobe se los llevó a su planta en la ley Páez en Caloto."*

Más adelante, cuando se le solicitó señalar bajo qué documento formal de FAJOBE a ARMONSA se registraba la entrega de las tejas o de lo que fuera necesario para realizar los trabajos de instalación, contestó:

*"SR. VARGAS: Facturaban.*

Y precisó:

*"Fajobe le facturaba a Armonsa que esa facturación también está en todos los documentos que vimos."*

- c. La operatividad del acuerdo fue explicada en detalle en este proceso por el señor Juan Manuel García Silva, en los siguientes términos:

*"SR. GARCÍA: A mí me gustaría, para contestarle eso, explicarle a todos cómo era el engranaje, para mí eso es importante, aquí se habla de Perficol, se habla de Cumesa, se habla de Armonsa y se habla de Fajobe, son realmente cuatro, Perficol es la empresa productora que está en Ley Páez, que solamente fabrica perfiles y fabricaba las cubiertas, Cumesa era como anteriormente se llamaba, antes de firmar el contrato de compra de activos entre Fajobe y Cumesa, Cumesa después de esa compra pasa a ser simplemente una marca y se decidió que iba a ser una unidad estratégica de negocio de Fajobe, ahí es donde nosotros entramos con toda la parte comercial.*

*"Fajobe es una empresa que está acá, fuera de zona franca o de la Ley Páez y comercializa, él es netamente comercializador, es decir, él le vende sus perfiles y sus productos a los ferreteros, cuando entramos nosotros a trabajar con Fajobe obvio empiezan a salir obras que ellos no estaban preparados para facturarles directamente, ahí es donde entra Armonsa, Armonsa era el instalador de las cubiertas y representante técnico de Fajobe y Perficol"*

*"(...) nosotros como comercializadores íbamos a una constructora X y nos pedían que les cotizáramos una obra, existían las dos alternativas o que la constructora nos dijera, yo les compro bajo el esquema inicial que nosotros proponíamos siempre, para nosotros era mucho mejor que nos hicieran dos contratos, uno de suministro y otro de instalación porque, Fajobe definitivamente no puede instalar y si no puede instalar, nos sacaban del negocio, entonces nosotros planeamos, hacemos una orden de compra por el suministro de la teja y hacemos un contrato de obra (sic) civil por la instalación.*

*"Si nos aceptaban esa figura, Fajobe le facturaba directamente al cliente final el suministro con un IVA pleno y Armonsa le facturaba la instalación con un AIU, perfecto, pero llegaban otros casos donde decía, yo no quiero saber nada de eso, yo solamente me quiero entender con una empresa, era Armonsa, Fajobe no podía, entonces era Armonsa que sí podía, dentro de sus costos directos y su objeto social como constructora podía vender un material instalado, llámese Teja Arizona y todo se facturaba con una obra civil de instalación (...)."*

Con motivo de la anterior explicación el señor Arbitro Fernando Montoya Mateus precisó lo siguiente:

*"DR. MONTOYA: Es decir, en otras palabras, frente al cliente final solamente había facturación proveniente de Fajobe si el cliente aceptaba que se celebraran unos contratos o una sola factura proveniente de Armonsa, lo cual implicaba a su vez que en ese caso Fajobe sí le facturara a Armonsa o podía ocurrir o que Fajobe le facturara directamente al cliente cuando el contrato así lo permitía o que Fajobe tuviera que facturarle a Armonsa.*

Y el declarante expresó:

*"SR. GARCÍA: Correcto, ahí es donde pensamos que era muy importante que conocieran bien cómo era ese engranaje.*

- d. La existencia de un acuerdo entre las dos sociedades en virtud del cual ARMONSA facturaba al cliente tanto el suministro como la instalación y paralelamente adquiría de Fajobe los materiales fue confirmada por la perito Gloria Zady Correa en la declaración rendida ante el Tribunal en la audiencia celebrada el 28 de octubre de 2013, cuando señaló:

*“DRA. CORREA: Dentro de los comentarios que se ha hecho al dictamen, el documento o la alianza que se está hablando aquí, sí se tuvo en cuenta para hacer el dictamen, de hecho los documentos que se aportan con el nuevo dictamen, esos documentos fueron suministrados en su momento oportuno para la elaboración del dictamen, en una visita que se hizo a la ciudad de Cali, el doctor Albeiro estaba presente en su calidad de contador y la doctora también estuvo presente e hicieron las explicaciones del convenio, las explicaciones concretamente eran el por qué Fajobe no podía facturar directamente a los clientes, en qué consistía el convenio, en que Fajobe le facturaba a Armonsa las tejas y Armonsa era el que le facturaba a los clientes, pero para facturarle a los clientes había una empresa en especial que se llama Perfiles Colombianos S.A.*

*“Si ustedes miran la documentación que se aporta con el segundo dictamen, están las facturas que se cruzan entre Fajobe le factura a Armonsa y Armonsa le factura a Perfiles Colombianos S.A., adicionalmente le factura algunas a Fajobe S.A., que son todas las que están relacionadas en el documento también adjunto al segundo dictamen que es el cruce de cuentas que hay entre Fajobe y Armonsa.”*

Posteriormente, al solicitársele hacer la cadena de un determinado suministro entre FAJOBE, ARMONSA y Perfiles de Colombia, respondió:

*“SRA. CORREA: La cadena es Fajobe le factura a Armonsa.*

*“(…)*

*“Sí, le vende a través de un documento factura, tejas Arizona por decir cualquier cosa, este señor Armonsa los paga a través de un cruce de cuentas que es la documentación que está adjunta al dictamen que nos acaban de entregar.*

Para precisar su respuesta indicó que era ARMONSA quien hacía el suministro y la instalación al cliente, y señaló que *“En el momento en que se ejecuta la obra, que la instalan, que dejan todo hecho” (...)* *“Que lo hace Armonsa, que en este momento se llama Arquitectura de Montaje S.A., él le*

---

factura al cliente, quién es el cliente, el que Fajobe ha dicho, pero lo factura como si todas las obras las estuvieran haciendo Perfiles Colombianos S.A.

Y más adelante añadió:

"SRA. CORREA: (...) instala y todo Arquitectura y Montaje que es Armonsa, en la factura de venta que aparece, que él está vendiendo la teja Arizona, que le está vendiendo los clips, que le está vendiendo los ganchos, y que le está prestando el servicio de instalación entonces aparece toda la factura completa."

Seguidamente, cuando se le solicitó precisar la cadena que se generaba en un negocio particular en virtud del acuerdo, expresó:

"SRA. CORREA: No, simplemente encontramos facturas de Fajobe a Armonsa donde le vende tejas."

Luego, al referirse al paso siguiente, indicó:

*"Y encontramos facturas de Armonsa a Perfiles Industriales Colombianos."*

(...)

*"Sí, donde vende tejas."*

En cuanto al convenio señaló:

*"SRA. CORREA: No, según la explicación del convenio como tal el cliente era de Fajobe pero Fajobe no podía facturarlos y ya el ingeniero dio la explicación de por qué no lo podía facturar, por razones del AIU, entonces le decía: usted que sí es empresa constructora factúrelo usted, ese era el convenio que tenía."*

- e. Del Acta de Reunión celebrada entre FAJOBE y ARMONSA de fecha 9 de mayo de 2007, se evidencian con claridad los términos del acuerdo en virtud del cual esta última facturaba al cliente final, tanto el suministro de las tejas como la instalación, términos que coinciden con la descripción que los expertos expusieron al ante el Tribunal.

- f. La detallada descripción de este nuevo acuerdo permite al Tribunal concluir que no era el mismo que las partes desarrollaban en virtud de la Alianza Comercial, ya que ésta solo permitía que Armonsa instalara, en tanto que aquel lo facultaba para suministrar y comercializar tejas que adquiriría de Fajobe, e instalarlas.
- g. Dada la fecha del acta citada se podría pensar que el acuerdo que se analiza empezó a regir con posterioridad al 9 de mayo de 2007. Sin embargo, la existencia de facturación emitida por FAJOBE desde el año 2006, con cargo a ARMONSA por concepto de venta de tejas quedó acreditada en el expediente en virtud de documentos contables allegados junto con el experticio aportado por la convocada, que no fueron tachados por la parte convocante y que la perito Correa reconoció haber visto en el curso de sus análisis para la rendición del dictamen. Y de tales documentos es de destacar la existencia de las facturas identificadas con los números 1151643 y 1151645, ambas de fecha diciembre de 2006, que evidencian que, ya desde esa época había facturación de tejas por parte de FAJOBE y con cargo a ARMONSA (antes Cumesa).
- h. Adicionalmente, del convenio que autorizaba a ARMONSA a cobrar al cliente el suministro y la instalación, dan cuenta otras pruebas obrantes en el expediente, documentos de los que se resaltan los siguientes:
- ✓ En el Acta de Asamblea Ordinaria de Accionistas No. 26 de la sociedad Cumesa, de fecha 30 de marzo de 2007, en la que, al presentarse el informe anual de ejercicio del año 2006, se indicó:

*"CUMESA S.A. continúa efectuando los cobros de cartera y atendiendo las obligaciones contraídas dentro del giro normal del negocio. A partir del mes de Noviembre de 2006, CUMESA S.A. entra a efectuar las modificaciones a su objeto social, pasando a prestar los servicios relacionados con las actividades de construcción y obras anexas, enfocando su labor a los montajes de cubiertas con cualquiera cliente y con FAJOBE S.A. con quien ha suscrito una alianza estratégica para este efecto, por lo tanto, los ingresos por ventas se verán afectados y para el año 2007 disminuirán sustancialmente ajustándose a su nuevo objeto social. No obstante lo anterior y de común acuerdo con FAJOBE S.A., algunos negocios de interés, serán atendidos 100% por CUMESA S.A. Los Administradores de las Empresas establecerán para cada caso los márgenes de rentabilidad que corresponda." (Subrayado fuera del texto)*

- ✓ En el punto No. 4 del Acta No. 127 correspondiente a la Junta Directiva Extraordinaria de la sociedad demandada, de fecha 3 de septiembre de 2008, donde bajo el título "DESISTIMIENTO DEL CONTRATO DE ALIANZA ESTRATEGICA ENTRE FAJOBE/ARMONSA, se indicó:

*"Mediante carta fechada en el día de hoy 03 de septiembre de 2009 (sic), se está solicitando a la Empresa Fajobe S.A. de desistir del Acta firmada el nueve (9) de mayo de 2007 y de las cláusulas; tercera, quinta y sexta del documento firmado entre FAJOBE S.A. Y ARMONSA el 22 de enero de 2007, denominada "ALIANZA COMERCIAL ENTRE FAJOBE Y ARMONSA"*

*"En dicha carta, con el ánimo de consolidar o realizar un cuadro, se están relacionando las obras que fueron ejecutadas y las que están pendientes de realizar bajo las condiciones establecidas en los documentos anteriormente mencionados. En las obras relacionadas se describe las terminadas y las entregadas a cada cliente. Se hace saber que ARMONSA ha sido el tomador de todas las Pólizas por concepto de Suministro e Instalación sobre el valor total de la Oferta Mercantil o Contrato, encontrándose todas las pólizas de estabilidad y calidad vigentes a la fecha.*

*"Esta solicitud es respaldada en el hecho que FAJOBE S.A. ha suspendido las operaciones de producción de la planta hace cuatro meses, limitando las actividades mercantiles de ARMONSA por la exclusividad pactada." (Subrayado fuera de texto)*

- ✓ En la comunicación de fecha 8 de septiembre de 2008, suscrita por el Representante Legal y el Gerente Administrativo de ARMONSA, y dirigida al Representante Legal de FAJOBE, se expresó:

*"Mediante documento privado de fecha 22 de enero de 2007, los representantes legales de las sociedades FAJOBE S.A. Y ARQUITECTURA DE MONTAJES S.A. "ARMONSA" se celebró un contrato de ALIANZA COMERCIAL, de acuerdo con los términos y condiciones allí contenidos.*

*"La auditoría interna de "ARMONSA" realizó un análisis y estudio sobre lo enunciado en el párrafo anterior, con el ánimo de considerar y evaluar las diferentes disertaciones que se han presentado entre las*



---

*partes desde el mes abril/08, que afectaron las relaciones comerciales entre las dos instituciones y de la reunión sostenida el 1 de septiembre en la sala de juntas de la agencia de Yumbo en donde intervino todo el área comercial de la UEN CUMESA, y su presencia, se llegó a la conclusión que lo mejor sería dar por terminado la exclusividad del montaje, y la realización de contratos que involucren AIU%, entre las dos empresa (sic) FAJOBE-ARMONSA y los clientes finales.*

### **C. Conclusiones del Tribunal**

El estudio detenido de los anteriores elementos probatorios allegados al expediente le permite al Tribunal concluir lo siguiente:

1. En adición al contrato de Compraventa de Activos celebrado el 9 de noviembre de 2006, el 22 de enero de 2007 las sociedades Fajobe y Armonsa suscribieron el convenio denominado Alianza Comercial, con el fin de unir la experiencia de cada una en su respectivo campo de acción y buscar la prestación de servicios complementarios para un mismo cliente. Según consta en el documento contentivo de dicho acuerdo, las partes asumieron los siguientes los compromisos:

- FAJOBE se comprometió a que en todos los contratos que celebrara relativos al suministro de cubiertas y cerramientos, presentaría a ARMONSA para realización de la instalación y/ mantenimiento de los citados productos.
- ARMONSA se comprometió a que en todos los contratos que celebrara relativos al montaje y/o mantenimiento de cubiertas metálicas, utilizaría los productos y materias primas producidas, fabricadas o distribuidas por FAJOBE.
- En materia de facturación expresamente se dispuso que las partes cobrarían de manera independiente y autónoma por la entrega de los productos y/o prestación de sus servicios, y así se lo manifestarían a los clientes.

2. Adicionalmente las partes celebraron otro convenio según el cual, en algunos negocios en los que por las exigencias del mercado, FAJOBE no podía facturar directamente a sus clientes, ya que estos solicitaban el esquema de facturación bajo AIU y no con IVA pleno, ARMONSA, cuyo objeto social como constructora le

---

permitía utilizar esta modalidad de negocio, sería quien facturaría directamente a los clientes tanto el suministro de las cubiertas y estructuras metálicas, como el servicio de instalación de las mismas, en tanto que FAJOBE facturaría a ARMONSA los materiales necesarios para tal negocio.

3. Así las cosas, en algunos casos, en desarrollo de la Alianza Comercial FAJOBE facturaba el suministro de tejas y materiales para la instalación a los clientes, y en forma independiente ARMONSA facturaba la instalación y montaje, en tanto que en otros, cuando el negocio así lo exigía, FAJOBE le suministraba y le facturaba a ARMONSA las cubiertas o estructuras metálicas y demás materiales necesarios, en tanto que esta última recibía los materiales, los instalaba, entregaba, rectificaba todo su trabajo, y le facturaba directamente a los clientes, tanto el suministro de material como su instalación.

4. Para el Tribunal, si bien los expertos García, Vargas y Correa asocian el acuerdo en virtud del cual ARMONSA facturaba el 100 por ciento del trabajo al cliente, incluyendo suministro e instalación con la denominada Alianza Comercial, ello no es así pues tal alianza no preveía esta posibilidad, y por el contrario establecía que cada parte cobraría autónomamente sus servicios o productos a los clientes.

5. Se trata entonces de un nuevo acuerdo celebrado entre las partes que, no obstante haber sido descrito en detalle en el Acta de la reunión celebrada entre FAJOBE y ARMONSA de fecha 9 de mayo de 2007, para el Tribunal empezó a ejecutarse desde el año 2006. En efecto, de un detenido examen por parte del Tribunal de la facturación emitida por FAJOBE con cargo a ARMONSA que obra en el expediente, encuentra que ya desde el año 2006 Fajobe emitía facturas de venta con cargo a Armonsa (en ese entonces Cumesa). De ello son ejemplo las facturas de venta identificadas con los números 1151643 y 1151645 expedidas el 27 de diciembre de 2006, que permiten tener certidumbre de las ventas de tejas, cerramientos y cubiertas metálicas que FAJOBE hacía ARMONSA desde tal época, y en consecuencia de la existencia del citado convenio.

Las anteriores consideraciones permiten concluir que pese a que las partes pactaron en el contrato de Compraventa de Activos, la cláusula de no concurrencia a cargo de Cumesa S.A. (hoy ARMONSA), que la limitaba en cuanto al suministro, diseño, comercialización, instalación y montaje de cubiertas, tejas y cerramientos, se encuentra acreditada en el expediente la existencia de dos convenios entre las partes en virtud de los cuales Armonsa quedó facultada para, de un lado realizar trabajos de instalación y montaje y de otro, a más de la prestación de tales servicios, realizar el suministro y comercialización de los

materiales a los clientes, en tanto que tal suministro era paralelamente facturado por Fajobe a Armonsa.

6. Si bien la sociedad convocante considera que los documentos contables que se relacionan en los folios 2 a 8 del dictamen pericial rendido por la experta Gloria Zady Correa, reflejan una violación de las obligaciones de no concurrencia ya que se trata de facturación de suministro de cubiertas, tejas, cerramientos y/o láminas de acero emitida por Fajobe con destino a clientes, no puede desconocer el Tribunal el acuerdo paralelo que le permitía a la sociedad demandada cobrar a los clientes tanto el suministro con la instalación de tejas y cubiertas, materiales que, se reitera, a su vez le eran facturados por Fajobe.

7. En el expediente obra además la evidencia de la facturación<sup>29</sup> que en desarrollo de tal acuerdo FAJOBE emitía a cargo de ARMONSA relativa al suministro de tejas y cubiertas, con lo cual la ejecución del mismo estaría acreditada y ello justificaría la emisión por parte de Armonsa, de facturas por concepto de suministro e instalación.

8. En cuanto a las 103 facturas que se reseñaron a folios 2 a 8 del dictamen pericial, no allegó la parte demandante elemento probatorio alguno que permita concluir que éstas son ajenas al desarrollo de los acuerdos que las partes celebraron respecto del suministro y de la instalación y que modificaron el alcance de la cláusula novena de no concurrencia contenida en el Contrato de Compraventa de Activos.

En consecuencia, las facturas reseñadas en el dictamen pericial por sí mismas no constituyen prueba que demuestre el incumplimiento de las obligaciones de no concurrencia contenidas en el contrato objeto de estudio por parte de la sociedad convocada, por lo que no habrá lugar a la declaratoria de incumplimiento de la cláusula de no concurrencia .

Decidido lo anterior, en cuanto a la excepción identificada con el numeral 03.03 de la contestación de la demanda en relación con la cual el término de la obligación de no concurrencia expiró, el Tribunal encuentra que la misma no ha de prosperar por carencia de fundamento legal, en tanto que una cosa es el término de vigencia de la obligación y otra muy distinta la oportunidad para demandar su incumplimiento.

<sup>29</sup> Folios 224 a 226, C. de Pruebas No. 3

---

### III. DE LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA

La pretensión 6ª de la demanda consiste en la solicitud de que, como consecuencia de las declaraciones de incumplimiento contractual que se piden, el Tribunal condene a ARMONSA S.A, a EIMER MEDINA RUIZ y a ALBEIRO MEDINA RUIZ *“a pagar solidariamente, a favor de FAJOBE S.A.S. la cláusula penal [...] prevista en la cláusula décima primera del contrato de Compraventa de Activos de fecha noviembre 9 de 2006.”*

Ese contrato en efecto dispuso que *“[s]i alguna de las partes incumple cualquiera de las obligaciones establecidas en el presente Contrato deberá pagar a la otra la suma de QUINIENTOS CUARENTA Y TRES MILLONES DOSCIENTOS MIL PESOS (\$543.200.000) MCTE. , a título de cláusula penal penitenciaría”*.

Evidentemente, así concebida, esta estipulación contractual es una típica cláusula penal pecuniaria, es decir, el pacto entre las partes por virtud del cual convienen anticipadamente el pago y el monto de una pena, a título de indemnización de perjuicios, para el evento de una mora o de un incumplimiento de las obligaciones contractuales.

Esa estimación conjunta del valor en el que las partes estiman por anticipado los perjuicios que a una o a otra le ocasionará el incumplimiento de su co-contratante tiene, como uno de sus primeros efectos, el de eximir al juez del contrato de la tarea de hacer él, con o sin la ayuda de peritos, la respectiva tasación de dicho valor.

Sobre este particular la ley hace una precisión que es de toda lógica y de toda justicia. Consiste en la disposición que consagran, tanto el Código Civil (artículo 1596) como el de Comercio (artículo 867), en el sentido de que si el incumplimiento del deudor fue solo parcial o, lo que es lo mismo, las prestaciones a su cargo dejaron de cumplirse solo en parte, él tiene derecho a una rebaja proporcional en el *quantum* de la pena.

No escapa a este Tribunal el hecho de que la cláusula contractual en cuestión dispone que habrá lugar a la pena pecuniaria en caso de incumplimiento de *“cualquiera de las obligaciones establecidas en el presente contrato”*, de donde podría seguirse que el monto de la sanción habría de ser el mismo, cualesquiera que sean la extensión y la significación del incumplimiento que ocurriera. A su juicio, no puede ser así. Sobre todo en un caso como el de autos, en el que la carga de las obligaciones recíprocas, y particularmente las que se pactaron a cargo de la vendedora era tan plural y tan variada. Y en el que no todas tocaban

directamente con la naturaleza del contrato, centrada, por el lado de aquella, en la transmisión del dominio sobre los bienes vendidos. Otras varias, según se ha visto, apuntaban al especial interés de la compradora por conseguir, además de la propiedad sobre los bienes de la vendedora, que esta hiciera dejación, a favor suyo, de buena parte de las actividades relacionadas con el negocio de producción y suministro de tejas y cubiertas metálicas.

En todo caso, el hecho de que no todas las obligaciones de la vendedora estuvieran directamente referidas al traspaso de dominio de los bienes vendidos, hace de las demás unas obligaciones de escasa significación para el negocio jurídico celebrado y para lo que con él se pretendía. Los deberes adicionales que el contrato le imponía a la vendedora, de modificar sustancialmente su objeto social, de entregarle a la compradora la lista de sus clientes y de cederle el *know how* vinculado al diseño, elaboración y comercialización de tejas y cubiertas metálicas, entre otras de las que no se dijo haber sido incumplidas, constituyeron obligaciones de indudable trascendencia contractual.

En tal virtud, a la hora de ajustar proporcionalmente el peso de las obligaciones incumplidas al del total de las pactadas a cargo de la vendedora, y de proyectar esa proporción al valor que las partes le fijaron a la cláusula penal pecuniaria, tal como atrás se dijo que debe hacerse, el Tribunal considera que este debe reducirse a un veinticinco por ciento de ese valor inicial. Así se dispondrá a la hora de la condena al pago respectivo, a título de indemnización de perjuicios por las obligaciones que no fueron satisfechas, a saber, la relativa a la entrega de la lista de clientes correspondiente a los años 2005 y 2006, y la relativa a la modificación radical del objeto social de la vendedora.

#### IV. DE LA INDEXACIÓN DEL VALOR DE LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA

Como pretensión adicional y accesorio al pago de la cláusula penal pecuniaria, la convocante solicita que se condene a la correspondiente corrección monetaria de su valor.

Empero, encuentra el Tribunal, que tal condena no es procedente pues, como bien lo ha señalado la jurisprudencia<sup>30</sup>, por tratarse de una obligación de origen contractual, fruto de la voluntad, conocimiento y previsibilidad propios de las

<sup>30</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, expediente No. C-4823, 23 de junio de 2000, M.P. José Fernando Ramírez Gómez

relaciones contractuales, su actualización monetaria sólo podría tener lugar con fundamento en el mismo pacto entre las partes.

En el caso de autos, dado que al momento de la celebración del contrato sus partes convinieron en una pena de valor fijo que habría de causarse en caso de incumplimiento, y no estipularon "*cláusulas de valor que mantuvieran el equilibrio económico de la pena, para enervar así el efecto nocivo de la inflación*", la conclusión debe ser, conforme ha señalado nuestra Corte Suprema, que "*el remedio judicial no se abre paso porque habrá que presumir que el monto de la pena sigue siendo equitativo*"<sup>31</sup>. Por lo demás, se impone tener en cuenta la circunstancia de que por definición la cláusula penal pecuniaria y su valor han sido pactados en consideración a un eventual incumplimiento que, por supuesto, es en todo caso futuro. Ello debe hacer pensar que la estimación hecha por las partes del valor de dicha cláusula, lo ha sido teniendo en cuenta que su efectividad sería igualmente futura y que aquella, es decir la estimación, tiene por ende involucrado, *ab initio*, el concepto de la corrección monetaria. Por estas consideraciones, el Tribunal habrá de desestimar la solicitud de la parte convocante en el sentido de indexar el valor de la cláusula penal.

## **V. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LOS ARGUMENTOS FORMULADOS COMO EXCEPCIONES**

En la medida en que no se trata de instrumentos de defensa que tengan por sí mismos la virtualidad de enervar una pretensión las oposiciones contenidas en los numerales 0.3.05, 0.3.06 y 0.3.08, habrán de ser rechazadas de plano.

## **VI. COSTAS**

Teniendo en cuenta que en el presente arbitraje prosperan solo parcialmente las pretensiones de la demanda y también parcialmente los argumentos de defensa opuestos en contra de aquéllas y habida cuenta así mismo de lo que para cada parte representa la decisión, el Tribunal se abstendrá de imponer condena en costas, en los términos del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil.

## **VII. PARTE RESOLUTIVA**

Con fundamento en las anteriores consideraciones, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, el Tribunal

<sup>31</sup> Ibidem

## RESUELVE

**Primero:** Declarar parcialmente probada la excepción de cumplimiento de las obligaciones de Cumesa hoy Arquitectura de Montajes S.A., Armonsa, formulada en el numeral 03.07 de la contestación de la demanda en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

**Segundo:** Declarar que prospera la excepción formulada en el sentido de no serle aplicables a Eimer Medina Ruiz las obligaciones derivadas de la cláusula de no concurrencia.

**Tercero:** Declarar probada la excepción de prescripción formulada en el numeral 03.01 de la contestación de la demanda relacionada con la pretensión sobre vicios ocultos de la maquinaria objeto del contrato de Compraventa de Activos, por las razones señaladas en la parte motiva de esta providencia.

**Cuarto:** Desechar, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia las excepciones formuladas en los numerales 03.02 y 03.03 de la contestación de la demanda.

**Quinto:** Rechazar de plano los argumentos de defensa planteados como excepciones en los numerales 03.05, 03.06 y 03.08. de la contestación de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**Sexto:** Declararse no competente para conocer las pretensiones segunda, tercera y cuarta de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva del laudo.

**Séptimo:** Declarar que el contrato de Compraventa de Activos y el denominado Acuerdo Privado de Compensación, ambos de fecha 9 de noviembre de 2006, son contratos coligados, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**Octavo:** Por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, declarar que la sociedad Cumesa, hoy Arquitectura de Montajes S.A. (Armonsa) incumplió el contrato de Compraventa de Activos en lo que respecta a las obligaciones relativas a la reforma sustancial de su objeto social y a la entrega a Fajobe S.A.S. de la lista de clientes de los años 2005 y 2006.

**Noveno:** Por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, condenar en consecuencia a la sociedad Cumesa, hoy Arquitectura de Montajes S.A., Armonsa, y solidariamente a los señores Eimer y Albeiro Medina Ruiz al pago de la suma de ciento treinta y cinco millones ochocientos mil pesos (\$135.800.000.00) que corresponde al veinticinco por ciento (25%) del valor de la cláusula penal pecuniaria estipulada en el contrato de Compraventa de Activos.

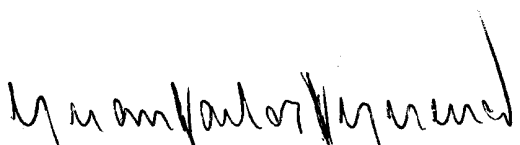
**Décimo:** Denegar, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, las demás pretensiones de la demanda.

**Undécimo:** Abstenerse de imponer condena en costas, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**Décimo segundo:** Ordenar la expedición por Secretaría de copias auténticas del presente laudo con destino a las partes en este proceso.

La anterior providencia quedó notificada en estrados.

Los árbitros,

  
**JUAN CARLOS ESGUERRA PORTOCARRERO**  
Presidente del Tribunal



  
**GABRIELA MONROY TORRES**

Árbitro

  
**FERNANDO MONTÓYA MATEUS**

Árbitro

  
**ANNE MARIE MÜRRLE ROJAS**  
Secretaria