

# **LAUDO ARBITRAL**

## **TRIBUNAL DE ARBITRAJE**

**AGUAS DE BOGOTA S.A. E.S.P.**

**contra**

**CONSTRUCTORA NÉMESIS S.A., HYDROS COLOMBIA S.A., INVERSIONES ZÁRATE GUTIÉRREZ Y CIA. S.C.S., INVERSIONES ALBAIDA S.A., VISIÓN CATASTRAL CENTRO DE INFORMACIÓN UNIFICADO S.A., GESTORÍAS DEL AGUA S.A., INVERSIONES INDUSTRIAS Y CONSTRUCCIONES LTDA., RIAGRO S.A., CEMENTOS TEQUENDAMA S.A., PIDSA S.A., TVO CONECTADO S.A., GESTORÍAS EN ACUEDUCTOS S.A. y FRIZO S.A.**

Bogotá D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil diez (2010).

Agotado el trámite del proceso y dentro de la oportunidad prevista por la ley para este efecto, procede el Tribunal de Arbitraje integrado por los árbitros Juan Carlos Esguerra Portocarrero, Presidente, Luis Salomón Helo Kattah y Jorge Pinzón Sánchez, Árbitros, con la Secretaría de Fernando Pabón Santander, a dictar el laudo que pone fin a este trámite y que resuelve las diferencias contractuales surgidas entre **AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.**, parte convocante (en lo sucesivo, la convocante) y, **CONSTRUCTORA NÉMESIS S.A., HYDROS COLOMBIA S.A., INVERSIONES ZÁRATE GUTIERREZ Y CIA. S.C.S., INVERSIONES ALBAIDA S.A., VISIÓN CATASTRAL CENTRO DE INFORMACIÓN UNIFICADO S.A., GESTORÍAS DEL AGUA S.A., INVERSIONES INDUSTRIAS Y CONSTRUCCIONES LTDA., RIAGRO S.A., CEMENTOS TEQUENDAMA S.A., PIDSA S.A., TVO CONECTADO S.A., GESTORÍAS EN ACUEDUCTOS S.A. y FRIZO S.A.**, parte convocada (en lo sucesivo, las convocadas).

El presente laudo se profiere en derecho, dentro de la oportunidad conferida por la ley y con el voto unánime de los árbitros integrantes del Tribunal.

### **CAPÍTULO PRIMERO: ANTECEDENTES DE ESTE PROCESO ARBITRAL — SINOPSIS DE SU CONTENIDO Y DEL TRÁMITE.**

#### **I. CONFORMACIÓN DEL ARBITRAJE Y DESARROLLO DEL TRÁMITE PRELIMINAR.**

1. El 30 de junio de 2005, se celebró el «Acuerdo Privado de Cesión de Acciones de Gestaguas S.A.», cuya copia obra en el expediente.

2. En dicho contrato, las partes acordaron un pacto arbitral, cuyo contenido es el siguiente:

«ARTÍCULO DÉCIMO TERCERO. Cualquier diferencia que surgiere entre las partes relacionadas con el presente contrato, será sometida a la decisión de un Tribunal de Arbitramento independiente que estará conformado por tres (3) árbitros. Los árbitros serán designados por acuerdo entre las partes y si no se logra dicho acuerdo la designación será efectuada por la Cámara de Comercio de Bogotá, el Tribunal de Arbitramento, tendrá su sede en Bogotá D.C. y sesionará con arreglo a las normas legales vigentes y a los reglamentos del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá. El fallo será en derecho y se proferirá con arreglo a las disposiciones legales vigentes en Colombia».

3. El 29 de junio de 2007, con fundamento en la cláusula transcrita, la convocante mediante apoderado judicial designado para el efecto, solicitó la convocatoria del tribunal de arbitraje pactado, con el objeto de que se hicieran las declaraciones y condenas que se transcriben posteriormente.
4. Mediante documento que se encuentra suscrito por los apoderados de las partes y ratificado por los representantes de cada una de ellas (folios 169 a 172 del Cuaderno Principal 1), las partes, en forma conjunta y de común acuerdo designaron los árbitros que integrarían el presente tribunal, a saber, los doctores Jorge Pinzón Sánchez, Juan Carlos Esguerra Portocarrero y Luis Helo Kattah.
5. Mediante comunicaciones que obran a folios 173, 177 y 178 del Cuaderno Principal 1, los árbitros aceptaron la designación que les fue hecha.
6. El 19 de octubre de 2007, se llevó a cabo la audiencia de instalación del Tribunal de Arbitraje en la que se designó como Presidente al doctor Juan Carlos Esguerra Portocarrero y al doctor Fernando Pabón Santander como Secretario (Acta No. 1, folios 204 a 207 del Cuaderno Principal 1).
7. En la misma audiencia, el Tribunal admitió la solicitud de convocatoria o demanda arbitral presentada por la parte convocante.
8. El mismo 19 de octubre de 2007, se notificó a las sociedades convocadas el auto admisorio y con entrega de la demanda y de sus anexos se surtió el traslado por el término legal de diez (10) días hábiles.
9. El 2 de noviembre de 2007, las sociedades convocadas, por conducto de apoderados judiciales, contestaron la solicitud de convocatoria o demanda

arbitral. Sobre el particular, resulta pertinente precisar para efectos de esta providencia que el doctor Juan Manuel Giraldo Vélez representa a las sociedades **HYDROS COLOMBIA S.A., VISIÓN CATASTRAL CENTRO DE INFORMACIÓN UNIFICADO S.A., GESTORÍAS DEL AGUA S.A., RIAGRO S.A. GESTORÍAS EN ACUEDUCTOS S.A. y FRIZO S.A.** al paso que las sociedades **CONSTRUCTORA NÉMESIS S.A., INVERSIONES ZÁRATE GUTIERREZ Y CIA. S.C.S., INVERSIONES ALBAIDA S.A., INVERSIONES INDUSTRIAS Y CONSTRUCCIONES LTDA., CEMENTOS TEQUENDAMA S.A., PIDSA S.A., TVO CONECTADO S.A.** estuvieron representadas en un principio por el doctor Mario Alario Méndez quien sustituyó el poder en el doctor Camilo Arciniegas Andrade, razón por la cual en este laudo se hace necesario referirse algunas veces a los nombres de los apoderados de las convocadas pues cada uno representa a un grupo distinto de sociedades.

10. En la misma fecha, los apoderados de las convocadas presentaron sendas demandas de reconvención contra la parte convocante, en los términos que se precisan en acápite posterior de esta providencia.
11. Mediante auto de 9 de noviembre de 2007, el Tribunal admitió las demandas de reconvención presentadas por las convocadas y dispuso dar traslado de las mismas, en los términos de ley.
12. El 5 de diciembre de 2007, la parte convocante presentó sendos escritos de contestación de las demandas de reconvención.
13. El 12 de diciembre de 2007, se pusieron a disposición de la parte convocante, por el término legal de tres (3) días y para los efectos del artículo 429 del Código de Procedimiento Civil, los escritos de contestación de demanda en los que las convocadas propusieron excepciones de mérito. De igual modo, en la misma oportunidad y para los mismos efectos se pusieron a disposición de las convocadas los escritos de contestación de las demandas de reconvención en los que la convocante propuso excepciones de mérito.
14. El 17 de diciembre de 2007, esto es dentro del término de traslado al que se refiere el punto anterior, las partes presentaron escritos atinentes a las respectivas excepciones.

15. El 13 de febrero de 2007 se dio inicio a la audiencia de conciliación. Por solicitud conjunta de las partes, dicha diligencia su suspendió; y el 27 de junio de 2007 se reanudó y culminó sin que las partes llegaran a acuerdo conciliatorio alguno.
16. En la misma audiencia, el Tribunal señaló el monto correspondiente a los gastos y honorarios del Tribunal. Oportunamente, esto es, dentro del término previsto en el inciso primero del artículo 22 del decreto 2279 de 1989, la parte convocante consignó a órdenes del Árbitro Presidente, la totalidad de las sumas de dinero fijadas por concepto de honorarios de los árbitros, secretario, gastos de funcionamiento, protocolización y otros.
17. El 22 de agosto de 2008, la parte convocante presentó escrito de reforma de la demanda.
18. Mediante auto de 4 de septiembre de 2008, el Tribunal ordenó a la parte convocante presentar la demanda «debidamente integrada en un solo escrito» y para ello le concedió un término de cinco (5) días.
19. En cumplimiento de lo anterior, el 10 de septiembre de 2008, el apoderado de la convocante presentó la demanda con su reforma, debidamente integradas en un solo escrito.
20. Mediante auto de 16 de septiembre de 2008, el Tribunal admitió la reforma de la demanda principal y dispuso dar traslado de la misma a las convocadas.
21. El 23 de septiembre de 2008, los apoderados de las convocadas presentaron escritos de contestación de la reforma de la demanda principal.
22. De igual modo, el 6 de octubre de 2008, las sociedades **GESTORÍAS EN ACUEDUCTOS S.A.** y **FRIZO S.A.**, que fueron demandadas en la reforma a la que se refiere el punto 19 que antecede, presentaron contestación de la demanda.
23. El 10 de octubre de 2008, el Tribunal puso a disposición de la parte convocante, para los efectos del artículo 429 del Código de Procedimiento Civil, los escritos de contestación de la reforma de la demanda que fueron presentados por las convocadas.

24. El 4 de noviembre de 2008, tuvo lugar audiencia de conciliación, esta vez con la presencia de las sociedades **GESTORÍAS EN ACUEDUCTOS S.A.** y **FRIZO S.A.**, que no participaron en la primera audiencia de conciliación toda vez que su comparecencia al trámite sólo tuvo lugar con ocasión de la reforma de la demanda principal presentada por la convocante. Dicha audiencia culminó sin que las partes hubieran logrado acuerdo conciliatorio alguno.
25. En la misma fecha y a continuación, tuvo lugar la primera audiencia de trámite, en la cual el Tribunal decidió sobre su propia competencia y decretó las pruebas del proceso.
26. Mediante escrito presentado el 7 de noviembre de 2008, esto es dentro de los tres (3) días siguientes a la audiencia de conciliación, el apoderado de la convocante solicitó el decreto de pruebas adicionales, las cuales fueron decretadas mediante providencia de 11 de noviembre de 2008.

## **II. SÍNTESIS DE LAS CUESTIONES OBJETO DE CONTROVERSIA.**

### **A. Hechos en que se fundamenta la demanda.**

Los hechos que invoca la convocante en su demanda se sintetizan a continuación:

1. Las sociedades CONSTRUCTORA NÉMESIS S.A., INVERSIONES ALBAIDA S.A., INVERSIONES INDUSTRIAS Y CONSTRUCCIONES LTDA., TVO CONECTADO S.A., PIDSA S.A., CEMENTOS TEQUENDAMA S.A., EVOLUCIÓN SERVICIO Y TECNOLOGÍA S.A., RIAGRO S.A. y GESTORIAS EN ACUEDUCTOS S.A.<sup>1</sup> (“Enajenantes”, según la demanda) tomaron la decisión de vender a la sociedad AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., la participación que las mismas tenían en GESTAGUAS S.A., conforme al interés de AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. de adquirir dicha participación accionaria equivalente a 172.000 acciones.

---

<sup>1</sup> Se trata de la sociedad HYDROS COLOMBIA S.A. constituida mediante Escritura Pública No. 0555 del 1 de marzo de 1999 de la Notaría 31 del Círculo de Bogotá D.C., que por medio de la Escritura Pública No. 0710 del 30 de marzo de 2006 de la Notaría 15 de Bogotá D.C., inscrita en el registro el día 26 de diciembre de 2006 cambió su nombre por el GESTORIAS EN ACUEDUCTOS S.A.

2. Los “Enajenantes”, a través de HYDROS COLOMBIA S.A., el día 16 de marzo de 2005 pusieron a disposición de AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., información legal y financiera relacionada con las “Hydros”, que sirvió de base para el negocio.
3. El día 4 de mayo de 2005 se celebró el “Acuerdo de Intención entre AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.- GESTORIAS EN ACUEDUCTOS S.A.<sup>2</sup>, RIAGRO INTERNACIONAL S.A., CONSTRUCTORA NÉMESIS S.A., GESTAGUAS S.A. e INVERSIONES ZÁRATE GUTIÉRREZ y VICENTE CAVALLI” (“Acuerdo de Intención” según la demanda).
4. El 30 de junio de 2005 se suscribió el denominado “ACUERDO PRIVADO DE CESIÓN DE ACCIONES DE LA SOCIEDAD GESTAGUAS S.A.”, (“Acuerdo de Cesión”) entre las sociedades AGUAS DE BOGOTÁ S.A. -por una parte- y CONSTRUCTORA NÉMESIS S.A., INVERSIONES ZÁRATE GUTIÉRREZ S.C.S., FRIZO LTDA., INVERSIONES ALBAIDA S.A., INVERSIONES INDUSTRIAS Y CONSTRUCCIONES LTDA., TVO CONECTADO S.A., PIDSA S.A., CEMENTOS TEQUENDAMA S.A., EVOLUCIÓN SERVICIO Y TECNOLOGÍA S.A., RIAGRO S.A. y GESTORIAS EN ACUEDUCTOS S.A.<sup>3</sup> (“LOS CEDENTES” según la demanda), por la otra.
5. Por virtud del “Acuerdo de Cesión”, AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. adquirió 172.000 acciones de GESTAGUAS S.A., representativas del 86% de su capital social, de las cuales eran titulares LOS CEDENTES.
6. Sin embargo, la convocante señala que como resultado del Acuerdo de Cesión no se obtuvo que AGUAS DE BOGOTÁ S.A. fuera cesionaria del interés social en “Las Hydros”, que en calidad de socios gestores tenían LOS CEDENTES.
7. Con motivo de un proceso de auditoría a los estados financieros con corte al 31 de diciembre de 2003 y 2004 y con corte al 30 de junio de 2005 de las “Hydros”, contratado por la Gerencia de AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. con la firma Amézquita & Cía. S.A., se pudo advertir la existencia de diferencias sustanciales en

---

<sup>2</sup> Se trata de la sociedad HYDROS COLOMBIA S.A. constituida mediante Escritura Pública No. 0555 del 1 de marzo de 1999 de la Notaría 31 del Círculo de Bogotá D.C., que por medio de la Escritura Pública No. 0710 del 30 de marzo de 2006 de la Notaría 15 de Bogotá D.C., inscrita en el registro el día 26 de diciembre de 2006 cambió su nombre por el GESTORIAS EN ACUEDUCTOS S.A.

<sup>3</sup> Se trata de la sociedad HYDROS COLOMBIA S.A. constituida mediante Escritura Pública No. 0555 del 1 de marzo de 1999 de la Notaría 31 del Círculo de Bogotá D.C., que por medio de la Escritura Pública No. 0710 del 30 de marzo de 2006 de la Notaría 15 de Bogotá D.C., inscrita en el registro el día 26 de diciembre de 2006 cambió su nombre por el GESTORIAS EN ACUEDUCTOS S.A.

los estados financieros que fueron entregados por LOS CEDENTES de las acciones y que sirvieron de base para llevar a cabo el Acuerdo de Cesión.

8. Entre las circunstancias que se detectaron por medio de la auditoría especial, se encuentran hechos económicos ocurridos con anterioridad al 30 de junio de 2005 que no fueron reflejados fidedignamente en los estados financieros que LOS CEDENTES pusieron a disposición del CESIONARIO.
9. La convocante señala diferencias en los estados financieros, cuyos pormenores se relacionan en el texto de la demanda, de HYDROS MOSQUERA S. EN C.A., HYDROS CHÍA S. EN C.A. e HYDROS MELGAR S. EN C.A. y GESTAGUAS S.A., además de cuestionar el uso de la Fiducia en Garantía.
10. Los hechos descritos en la demanda repercuten de manera negativa en la situación financiera de AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., y han sido causantes de «serios perjuicios económicos».
11. Los Cedentes no adelantaron, dentro del término de tres (3) meses previsto en el Acuerdo de Cesión, trámite alguno para lograr la cesión del activo de Gestaguas S.A. denominado Hydros Oriente S. en C.A. ESP., a ellos mismos o a terceras personas. Tal circunstancia ha causado perjuicios a AGUAS DE BOGOTÁ S.A.

## **B. Las pretensiones de la demanda principal.**

De conformidad con la demanda, la convocante solicita que se hagan las siguientes declaraciones y condenas, que el Tribunal transcribe textualmente para facilitar las referencias que se harán en las consideraciones:

### **«Primeras Pretensiones Principales:**

**Primera:** Que las sociedades CONSTRUCTORA NÉMESIS S.A. y/o, INVERSIONES ZÁRATE GUTIÉRREZ Y CÍA S.C.S., y/o GESTORÍAS DEL AGUA S.A. -antes FRIZO LTDA., y/o FRIZO S.A., y/o INVERSIONES ALBAIDA S.A., y/o INVERSIONES INDUSTRIAS Y CONSTRUCCIONES LTDA., y/o TVO CONECTADO S.A., y/o PIDSA S.A., y/o CEMENTOS TEQUENDAMA S.A., y/o VISIÓN CATASTRAL CENTRO DE INFORMACIÓN UNIFICADO S.A. -antes EVOLUCIÓN SERVICIO Y TECNOLOGÍA S.A., RIAGRO S.A., y/o GESTORÍAS EN ACUEDUCTOS S.A. -antes HYDROS COLOMBIA S.A.- y/o HYDROS COLOMBIA S.A., incumplieron el denominado “ACUERDO PRIVADO DE CESIÓN DE ACCIONES DE LA SOCIEDAD GESTAGUAS S.A.” (“Acuerdo de Cesión”), suscrito el día 30 de junio de 2005 con la sociedad AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.

Que, como consecuencia del incumplimiento a que alude la presente pretensión, se condene a las sociedades CONSTRUCTORA NÉMESIS S.A. y/o, INVERSIONES ZÁRATE GUTIÉRREZ Y CÍA S.C.S., y/o

GESTORÍAS DEL AGUA S.A. -antes FRIZO LTDA., y/o FRIZO S.A., y/o INVERSIONES ALBAIDA S.A., y/o INVERSIONES INDUSTRIAS Y CONSTRUCCIONES LTDA., y/o TVO CONECTADO S.A., y/o PIDSA S.A., y/o CEMENTOS TEQUENDAMA S.A., y/o VISIÓN CATASTRAL CENTRO DE INFORMACIÓN UNIFICADO S.A. - antes EVOLUCIÓN SERVICIO Y TECNOLOGÍA S.A., RIAGRO S.A., y/o GESTORÍAS EN ACUEDUCTOS S.A. - antes HYDROS COLOMBIA S.A.- y/o HYDROS COLOMBIA S.A., al pago de los perjuicios causados a AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. por concepto del daño emergente y del lucro cesante, en los montos que resulten demostrados en el proceso, así como por concepto del daño moral que se pruebe, en el monto que fije el H. Tribunal.

**Segunda:** Se ordene a CONSTRUCTORA NÉMESIS S.A. y/o, INVERSIONES ZÁRATE GUTIÉRREZ Y CÍA S.C.S., y/o GESTORÍAS DEL AGUA S.A. -antes FRIZO LTDA., y/o FRIZO S.A., y/o INVERSIONES ALBAIDA S.A., y/o INVERSIONES INDUSTRIAS Y CONSTRUCCIONES LTDA., y/o TVO CONECTADO S.A., y/o PIDSA S.A., y/o CEMENTOS TEQUENDAMA S.A., y/o VISIÓN CATASTRAL CENTRO DE INFORMACIÓN UNIFICADO S.A. -antes EVOLUCIÓN SERVICIO Y TECNOLOGÍA S.A., RIAGRO S.A., y/o GESTORÍAS EN ACUEDUCTOS S.A. -antes HYDROS COLOMBIA S.A.- y/o HYDROS COLOMBIA S.A., la devolución de los activos de GESTAGUAS S.A. que las Partes no excluyeron del “patrimonio adquirido”, de conformidad con el artículo octavo del “ACUERDO PRIVADO DE CESIÓN DE ACCIONES DE LA SOCIEDAD GESTAGUAS S.A.”, ó su equivalente en dinero, por el monto de su capital, debidamente actualizado a la fecha del laudo, junto con los intereses correspondientes.

### **Primera pretensión subsidiaria de la primera pretensión de las primeras principales**

De no prosperar la primera pretensión de las primeras pretensiones principales, solicito que se condene a las sociedades CONSTRUCTORA NÉMESIS S.A. y/o, INVERSIONES ZÁRATE GUTIÉRREZ Y CÍA S.C.S., y/o GESTORÍAS DEL AGUA S.A. -antes FRIZO LTDA., y/o FRIZO S.A., y/o INVERSIONES ALBAIDA S.A., y/o INVERSIONES INDUSTRIAS Y CONSTRUCCIONES LTDA., y/o TVO CONECTADO S.A., y/o PIDSA S.A., y/o CEMENTOS TEQUENDAMA S.A., y/o VISIÓN CATASTRAL CENTRO DE INFORMACIÓN UNIFICADO S.A. -antes EVOLUCIÓN SERVICIO Y TECNOLOGÍA S.A., RIAGRO S.A., y/o GESTORÍAS EN ACUEDUCTOS S.A. -antes HYDROS COLOMBIA S.A.- y/o HYDROS COLOMBIA S.A., al pago de los perjuicios causados a AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. por concepto del daño emergente y del lucro cesante, en los montos que resulten demostrados en el proceso, así como por concepto del daño moral que se pruebe, en el monto que fije el H. Tribunal, con ocasión de la celebración y ejecución del “ACUERDO PRIVADO DE CESIÓN DE ACCIONES DE LA SOCIEDAD GESTAGUAS S.A.”, suscrito el 30 de junio de 2005.

### **Segundas pretensiones subsidiarias**

**Primera.-** De no prosperar la primera pretensión subsidiaria de la primera pretensión de las primeras pretensiones principales, solicito al Honorable Tribunal se declare que las sociedades CONSTRUCTORA NÉMESIS S.A. y/o, INVERSIONES ZÁRATE GUTIÉRREZ Y CÍA S.C.S., y/o GESTORÍAS DEL AGUA S.A. - antes FRIZO LTDA., y/o FRIZO S.A., y/o INVERSIONES ALBAIDA S.A., y/o INVERSIONES INDUSTRIAS Y CONSTRUCCIONES LTDA., y/o TVO CONECTADO S.A., y/o PIDSA S.A., y/o CEMENTOS TEQUENDAMA S.A., y/o VISIÓN CATASTRAL CENTRO DE INFORMACIÓN UNIFICADO S.A. -antes EVOLUCIÓN SERVICIO Y TECNOLOGÍA S.A., RIAGRO S.A., y/o GESTORÍAS EN ACUEDUCTOS S.A. -antes HYDROS COLOMBIA S.A.- y/o HYDROS COLOMBIA S.A. son responsables de los PERJUICIOS ocasionados a AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., por sus conductas contrarias a la buena fe contractual, antecedentes, concomitantes y subsiguientes al “ACUERDO PRIVADO DE CESIÓN DE ACCIONES DE LA SOCIEDAD GESTAGUAS S.A.”, suscrito entre las Partes el 30 de junio de 2005.

**Segunda.-** Que como consecuencia de la pretensión anterior, se condene a las sociedades CONSTRUCTORA NÉMESIS S.A. y/o, INVERSIONES ZÁRATE GUTIÉRREZ Y CÍA S.C.S., y/o GESTORÍAS DEL AGUA S.A. -antes FRIZO LTDA., y/o FRIZO S.A., y/o INVERSIONES ALBAIDA S.A., y/o INVERSIONES INDUSTRIAS Y CONSTRUCCIONES LTDA., y/o TVO CONECTADO S.A., y/o PIDSA S.A., y/o CEMENTOS TEQUENDAMA S.A., y/o VISIÓN CATASTRAL CENTRO DE INFORMACIÓN UNIFICADO S.A. -antes EVOLUCIÓN SERVICIO Y TECNOLOGÍA S.A., RIAGRO S.A., y/o GESTORÍAS EN ACUEDUCTOS S.A. -antes HYDROS COLOMBIA S.A.- y/o HYDROS COLOMBIA S.A., al pago de los perjuicios causados a AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., por los daños, en sus aspectos de daño emergente y lucro cesante, en los montos que resulten demostrados en el proceso, así como por concepto del daño moral que se pruebe, en el monto que fije el H. Tribunal.

### **Segundas Pretensiones Principales**

**Primera.-** Que se declare la nulidad absoluta del siguiente texto contenido en el artículo primero del Acuerdo de Cesión:

“Sin perjuicio de lo anterior, EL CESIONARIO a través de Gestaguas S.A., Hydros Chía S. en C.A. E.S.P., Hydros Mosquera S. en C.A. E.S.P., e Hydros Melgar S. en C.A. E.S.P., responderá por las obligaciones que subsistan a cargo de LOS CEDENTES, como gestores de las sociedades Hydros Chía S. en C.A. E.S.P., Hydros Mosquera S. en C.A. E.S.P., e Hydros Melgar S. en C.A. E.S.P., que se encuentren garantizadas por medio de las fiducias de garantía a que se hace referencia en el presente documento.

“Lo anterior, en razón a que LOS CEDENTES a partir de la fecha de la cesión de las acciones de Gestaguas S.A., quedan marginadas de todas las operaciones sociales y por tanto dejarán de controlar, dirigir, administrar y operar las sociedades Hydros Chía S. en C.A. E.S.P., Hydros Mosquera S. en C.A. E.S.P., e Hydros Melgar S. en C.A. E.S.P., actividades que desarrollará de manera exclusiva y bajo absoluta responsabilidad EL CESIONARIO a través de Gestaguas S.A.”

**Segunda.-** Que se declare la nulidad absoluta del siguiente texto contenido en el artículo sexto del Acuerdo de Cesión:

“Sin perjuicio de lo anterior, EL CESIONARIO a través de Gestaguas S.A., Hydros Chía S. en C.A. E.S.P., Hydros Mosquera S. en C.A. E.S.P., e Hydros Melgar S. en C.A. E.S.P., responderá por las obligaciones que subsistan a cargo de LOS CEDENTES, como gestores de las sociedades Hydros Chía S. en C.A. E.S.P., Hydros Mosquera S. en C.A. E.S.P., e Hydros Melgar S. en C.A. E.S.P., que se encuentren garantizadas por medio de las fiducias de garantía a que se hace referencia en el presente documento. Lo anterior, en razón a que LOS CEDENTES a partir de la fecha de la cesión de las acciones de Gestaguas S.A., quedan marginadas de todas las operaciones sociales y por tanto dejarán de controlar, dirigir, administrar y operar las sociedades Hydros Chía S. en C.A. E.S.P., Hydros Mosquera S. en C.A. E.S.P., e Hydros Melgar S. en C.A. E.S.P., actividades que desarrollará de manera exclusiva y bajo absoluta responsabilidad EL CESIONARIO a través de Gestaguas S.A.”

**Tercera.-** Que se declare la nulidad absoluta del siguiente texto contenido en el inciso segundo del artículo tercero del Acuerdo de Cesión:

“[d]escontando de dicha suma previamente el valor equivalente a la remuneración que se haya causado a favor de GESTAGUAS S.A. como contraprestación a la labor de Gestor Delegado en Hydros Melgar S. en C.A. E.S.P., desde la fecha de la cesión de las acciones de Gestaguas S.A., hasta la fecha en la cual quede debidamente ejecutoriada la sentencia.”

**Cuarta.-** Que se declare la nulidad absoluta del siguiente texto contenido en el inciso quinto del artículo tercero del Acuerdo de Cesión:

“[d]escontando previamente, el valor equivalente a la remuneración que se haya causado a favor de GESTAGUAS S.A. como contraprestación a la labor de Gestor Delegado en Hydros Chía S. en C.A. E.S.P., desde la fecha de la cesión de las acciones de Gestaguas S.A. y hasta la fecha en la cual quede debidamente ejecutoriada la sentencia.”

**Quinta.-** Que se declare la nulidad absoluta del siguiente texto contenido en el inciso segundo del artículo cuarto del Acuerdo de Cesión:

“[d]escontando previamente el valor equivalente a la remuneración que se haya causado a favor de GESTAGUAS como contraprestación a la labor de Gestor Delegado en Hydros Mosquera S. en C.A. E.S.P., desde la fecha de la cesión de las acciones de Gestaguas S.A. y hasta la fecha en la cual quede debidamente ejecutoriada la sentencia.”

#### **Pretensión complementaria común a cualquiera de las anteriores que sea acogida**

Que sobre los montos de cualquiera de las condenas que imponga el Tribunal, se condene a pagar a Las Demandadas los correspondientes intereses moratorios capitalizados liquidados hasta el momento en que el pago se verifique efectivamente y que todas las condenas se actualicen hasta el momento en que el pago se verifique efectivamente.

#### **Costas**

Que se condene a Las Demandadas a pagar solidariamente, a favor de la Demandante, las costas y expensas –incluidas las agencias en derecho- del presente proceso.»

### C. Las contestaciones de la demanda.

1. El 23 de septiembre de 2008, las sociedades convocadas representadas por el doctor Giraldo Vélez, vale decir, **HYDROS COLOMBIA S.A., VISIÓN CATASTRAL CENTRO DE INFORMACIÓN UNIFICADO S.A., GESTORÍAS DEL AGUA S.A., RIAGRO S.A.** contestaron la reforma de la demanda, se pronunciaron sobre los hechos de la misma, se opusieron a todas las pretensiones y propusieron las excepciones que el apoderado denominó:
  - **Primera:** Inexistencia de responsabilidad de las sociedades HYDROS COLOMBIA S.A., VISIÓN CATASTRAL CENTRO DE INFORMACIÓN UNIFICADO S.A., GESTORÍAS DEL AGUA S.A. Y RIAGRO S.A., de los hechos aducidos como supuesto incumplimiento contractual, u originadores de responsabilidad contractual.
  - **Segunda:** Inexistencia de la obligación por incumplimiento de la sociedad demandante del acuerdo privado de cesión de acciones de la sociedad GESTAGUAS S.A., el día 30 de junio de 2005, o excepción de contrato no cumplido.
  - **Tercera:** Prohibición legal de demandar a las sociedades HYDROS COLOMBIA S.A., CONSTRUCTORA NEMESIS S.A., INVERSIONES ZARATE GUTIERREZ Y CIA S. EN C.S., INVERSIONES ALBAIDA S.A., VISION CATASTRAL CENTRO DE INFORMACION UNIFICADO S.A., GESTORIAS DEL AGUA S.A., INVERSIONES INDUSTRIA Y CONSTRUCCIONES LTDA., RIAGRO S.A., CEMENTOS TEQUENDAMA S.A., PIDSA S.A. Y TVO CONECTADO S.A., por tener la SOCIEDAD AGUAS DE BOGOTA S.A., la condición de representante, o falta de legitimación.
  - **Cuarta:** Prueba en contra del demandante de los libros y papeles de comercio, especialmente la contabilidad, por no ser llevados en legal forma.
  - **Quinta:** Ausencia de estados financieros o responsabilidad de Aguas de Bogotá S.A., demandante, atribuibles a su actuación como controlador, director, administrador y operador de las sociedades Hydros Chía S. en C.A. E.S.P., Hydros Mosquera S. en C.A. E.S.P. e Hydros Melgar S. en C.A.E.S.P.

- **Sexta:** «Consiste esta excepción en que se tenga como excepción cualquier otro que resulte probada en desarrollo del proceso arbitral, y que puede favorecer a HYDROS COLOMBIA S.A., VISION CATASTRAL CENTRO DE INFORMACION UNIFICADO S.A., GESTORIAS DEL AGUA S.A. Y RIAGRO S.A.»
  - **Séptima:** «Consiste esta excepción en que se tenga que la sociedad GESTORIAS DEL AGUA S.A., no fue cedente de las acciones de Gestaguas S.A., no recibió remuneración alguna, no es socia gestora de las sociedades Hydros Chía S. en C.A. E.S.P., Hydros Mosquera S. en C.A. E.S.P. e Hydros Melgar S. en C.A.E.S.P., y por lo tanto no debe prosperar contra ella ninguna condena.»
  - **Octava:** «Consiste está (sic) excepción en demostrar que este TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO no tiene jurisdicción o competencia para decidir sobre los pagares y facturas cambiaria, por cuanto su existencia, legalidad y cobro se discuten ante la justicia civil.»
2. Las sociedades GESTORÍAS EN ACUEDUCTOS S.A. y FRIZO S.A. por conducto de su apoderado (doctor Giraldo Vélez) propusieron las mismas excepciones amén de la que denominó «RESPONSABILIDAD DE LAS SOCIEDADES — APLICACIÓN ARTÍCULO 10 LEY 222 DE 1995»
3. El 23 de septiembre de 2008, las sociedades convocadas representadas por el doctor Alario Méndez, vale decir **CONSTRUCTORA NÉMESIS S.A., INVERSIONES ZÁRATE GUTIERREZ Y CIA. S.C.S., INVERSIONES ALBAIDA S.A., INVERSIONES INDUSTRIAS Y CONSTRUCCIONES LTDA., CEMENTOS TEQUENDAMA S.A., PIDSA S.A., TVO CONECTADO S.A.** contestaron la reforma de la demanda, se pronunciaron sobre los hechos de la misma, se opusieron a todas las pretensiones y propusieron las excepciones que el apoderado denominó:
- **Primera:** Prescripción.
  - **Segunda:** Petición de modo indebido.
  - **Tercera:** Contrato no cumplido.
  - **Cuarta:** Inexistencia de perjuicios.

#### **D. Las demandas de reconvención.**

## **1. La demanda de reconvención de HYDROS COLOMBIA S.A., VISIÓN CATASTRAL CENTRO DE INFORMACIÓN UNIFICADO S.A., GESTORÍAS DEL AGUA S.A. Y RIAGRO S.A.**

El 2 de noviembre de 2007, el apoderado de las referidas sociedades convocadas presentó demanda de reconvención contra la parte convocante, cuyo contenido se sintetiza de la siguiente manera:

### **1.1. Hechos.**

Los hechos de esta demanda de reconvención se resumen en los siguientes términos:

- 1.1.1.** La sociedad AGUAS DE BOGOTÁ S.A. por sí misma, o a través de la sociedad GESTAGUAS S.A., incumplió en reiteradas oportunidades el acuerdo privado de cesión de acciones de la sociedad GESTAGUAS S.A., celebrado el día 30 de junio de 2005.
- 1.1.2.** Así pues, no convocó las asambleas de accionistas de las sociedades Hydros Chía S en C. A. E.S.P., Hydros Mosquera S. en C. A. ESP. e Hydros Melgar S en C. A. E.S.P, dentro el plazo de seis (6) meses, para efectos de reformar estatutos y proceder a solemnizar la cesión del interés social de LOS CEDENTES, tal como estaba previsto en el artículo sexto del acuerdo privado de cesión de acciones.
- 1.1.3.** Por otra parte, LA CESIONARIA asumió la administración total y el control de las sociedades. Dicha situación no la reportó e inscribió en el registro mercantil, como tampoco celebró asambleas generales de accionistas para aprobación de estados financieros, dentro de los plazos que establece la ley.
- 1.1.4.** La convocante retardó la protocolización de la reforma de estatutos de HYDROS MELGAR S. EN C.A. E.S.P., contenida en el acta No. 11 de marzo 25 de 2006.
- 1.1.5.** La convocante incumplió el acuerdo de cesión al no haber constituido el encargo o fiducia en garantía dentro del término estipulado.

- 1.1.6.** La convocante incumplió el acuerdo privado de cesión de acciones al no entregar cartas de cada entidad financiera en las que liberara a las cedentes de cualquier responsabilidad.
- 1.1.7.** Así mismo, incumplió al no obtener comunicación escrita del eventual acreedor que exprese que libera de tales créditos a los cedentes que conserven la calidad de gestores.
- 1.1.8.** De igual modo, incumplió al no indemnizar los daños y perjuicios causados por la ocurrencia de embargos judiciales efectuados sobre activos de las sociedades HYDROS COLOMBIA S.A., FRIZO LTDA., e INVERSIONES ZARATE GUTIERREZ S. en C.S.
- 1.1.9.** Por último, la demanda de reconvención hace algunos señalamientos a GESTAGUAS S.A. respecto de la obligación de preparar y difundir los estados financieros, que según las demandantes en reconvención, no se han cumplido.

## **1.2. Pretensiones.**

Las pretensiones de esta demanda de reconvención se transcriben a continuación:

### **«A.- Pretensión principal:**

**A.1.-** Se declare que la sociedad AGUAS DE BOGOTA S.A E.S.P., demandante dentro del presente trámite arbitral, incumplió el acuerdo privado cesión de acciones de la sociedad Gestaguas S.A., celebrado el día 30 de junio de 2005.

**A.2.-** Que como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento, mencionada en el punto precedente, se resuelva el acuerdo privado cesión de acciones de la sociedad Gestaguas S.A., el día 30 de junio de 2005.

**A.3.-** Que se condene a la sociedad AGUAS DE BOGOTA S.A. E.S.P., demandante dentro del presente trámite arbitral, a indemnizar los perjuicios ocasionados con su incumplimiento a mis mandantes.

**A.4.-** Que Se condene a la sociedad AGUAS DE BOGOTA S.A. E.S.P., demandante dentro del presente trámite arbitral, a pagar por su incumplimiento la cláusula penal prevista en el artículo décimo primero del acuerdo privado cesión de acciones de Gestaguas S.A..

**A.5.-** Que se condene a la sociedad AGUAS DE BOGOTA S.A. E.S.P a pagar las costas y agencias en derecho del presente proceso.

### **B.- Pretensión subsidiaria:**

**B.1.-** Se declare que la sociedad AGUAS DE BOGOTA S.A E.S.P., demandante dentro del presente trámite arbitral, incumplió el acuerdo privado cesión de acciones de la sociedad Gestaguas S.A., celebrado el día 30 de junio de 2005.

**B.2.-** Que se condene sociedad AGUAS DE BOGOTA S.A E.S.P., demandante dentro del presente trámite arbitral, a indemnizar los perjuicios ocasionados con su incumplimiento a mis mandantes.

**B.3.-** Que Se condene a la sociedad AGUAS DE BOGOTA S.A. E.S.P., demandante dentro del presente trámite arbitral, a pagar por su incumplimiento la cláusula penal prevista en el artículo décimo primero del acuerdo privado cesión de acciones de Gestaguas S.A..

**B4.-** Que Se condene a la sociedad AGUAS DE BOGOTA S.A. E.S.P., demandante dentro del presente trámite arbitral, a pagar por su incumplimiento la cláusula penal prevista en el artículo décimo primero del acuerdo privado cesión de acciones de Gestaguas S.A.»

**2. La demanda de reconvencción de CONSTRUCTORA NÉMESIS S.A., INVERSIONES ZÁRATE GUTIERREZ Y CIA. S.C.S., INVERSIONES ALBAIDA S.A., INVERSIONES INDUSTRIAS Y CONSTRUCCIONES LTDA., CEMENTOS TEQUENDAMA S.A., PIDSA S.A., TVO CONECTADO S.A.**

El 2 de noviembre de 2007, el apoderado de las referidas sociedades convocadas presentó demanda de reconvencción contra la parte convocante, cuyo contenido se sintetiza de la siguiente manera:

**2.1. Hechos.**

Los hechos de esta demanda de reconvencción se resumen en los siguientes términos:

- 2.1.1.** Las partes convinieron que la cesión de los intereses sociales se perfeccionaría mediante cualquier forma jurídica establecida en la legislación colombiana según lo establecido en el Artículo Sexto del acuerdo de cesión.
- 2.1.2.** Para estos efectos el CESIONARIO se obligó, a través de GESTAGUAS S.A. ESP, en su condición de socio gestor delegado, a convocar las asambleas generales de accionistas de las denominadas compañías HYDROS (Melgar, Mosquera, y Chía) y a obtener el quórum deliberatorio y decisorio favorable requerido en los correspondientes estatutos sociales de cada una de las citadas sociedades para la reforma de los estatutos sociales y para la cesión del interés social de los socios gestores.
- 2.1.3.** Se pactó, de la misma forma, que en caso de que después de la cesión de las acciones llegaran a suceder hechos derivados de la gestión del socio gestor delegado, que habría de quedar controlado por el CESIONARIO, en virtud de los cuales, como consecuencia de las acciones u omisiones de esta gestión se generara responsabilidad de los cedentes, el CESIONARIO debía indemnizarlos. Para garantizar el pago de las obligaciones que pudieran corresponder a los cedentes por la razón antes indicada, el cesionario se obligó a constituir, dentro de los tres meses siguientes a la firma del acuerdo, una fiducia para amparar las contingencias y riesgos derivados de

la operación de GESTAGUAS S.A. ESP y el pago de las prestaciones sociales y de seguridad social en cada una de las sociedades HYDROS. El valor de la fiducia debía cubrir obligaciones hasta por la suma de SETECIENTOS MILLONES DE PESOS M.CTE (\$700.000.000) reajustados anualmente de acuerdo con el índice de precios al consumidor.

- 2.1.4.** En el Artículo Octavo del mencionado acuerdo se concedió a los cedentes un término de tres meses contados a partir de la fecha de suscripción del acuerdo de cesión de acciones para adelantar el trámite de la cesión a ellos o a otras terceras personas, de manera que al cabo de este período las participaciones y negocios no debían aparecer como activos de GESTAGUAS S.A. ESP.
- 2.1.5.** Según la demanda de reconvención, el CESIONARIO incumplió su obligación de obtener de todo acreedor de las sociedades HYDROS una comunicación de que los gestores de estas compañías, cedentes en el contrato de transferencia de acciones, quedaban liberados.
- 2.1.6.** A pesar de que en el Artículo Sexto del acuerdo de cesión, AGUAS DE BOGOTÁ, a través de GESTAGUAS S.A. ESP, se comprometió a mantener siempre una cobertura por la suma de SETECIENTOS MILLONES DE PESOS M/CTE (\$700.000.000) indexada, obligación que ha sido desconocida por GESTAGUAS S.A. ESP.
- 2.1.7.** Ni a las sociedades HYDROS ni AGUAS DE BOGOTÁ ni GESTAGUAS realizaron los pagos de las obligaciones de aquellas, pagos que tendrían que haber realizado, pues estaban obligadas a evitar que por su actuación u omisión se entablaran procesos ejecutivos en contra de los gestores cedentes. No obstante, por incumplimiento de sus obligaciones se han instaurado procesos ejecutivos contra ellas y contra los gestores cedentes.
- 2.1.8.** Ni AGUAS DE BOGOTÁ ni GESTAGUAS han cumplido la obligación de reemplazar a los socios gestores cedentes como deudores solidarios de las obligaciones de las HYDROS, obligaciones que debían garantizar mediante fiducias constituidas para el efecto.
- 2.1.9.** Por otra parte, los cedentes también se han visto afectados, como consecuencia de los repetidos incumplimientos en el pago de las

obligaciones de las sociedades HYDROS con sus acreedores, en su historial crediticio, por la mala calificación que esto conlleva y la imposibilidad de obtener créditos y desembolsos.

**2.1.10.** Igualmente, en el acuerdo se señaló que AGUAS DE BOGOTÁ por intermedio de GESTAGUAS se comprometía a manejar todos los recursos de las sociedades HYDROS MOSQUERA, HYDROS MELGAR e HYDROS CHÍA a través de las fiducias que los cedentes tenían constituidas para el efecto. La demandante ha incumplido esta obligación.

**2.1.11.** Por último, otro incumplimiento de las obligaciones del CESIONARIO consiste en que en HYDROS MELGAR se negó a aprobar la cesión del interés social.

## **2.2. Pretensiones.**

Las pretensiones de esta demanda de reconvención se transcriben a continuación:

- 1.1** Que se decrete la resolución del contrato celebrado el día 30 de junio de 2005 entre AGUAS DE BOGOTÁ S.A. ESP, allí denominada el CESIONARIO, por una parte, y por la otra por las sociedades que apodero, junto con las demás que aparecen convocadas a este Tribunal de Arbitramento, que allí se denominaron el CEDENTE, contrato al cual se le llamó ACUERDO PRIVADO CESIÓN DE ACCIONES DE LA SOCIEDAD GESTAGUAS S.A., en virtud del incumplimiento de sus obligaciones en que ha incurrido el CESIONARIO, de acuerdo con los hechos relatados en esta demanda.
- 1.2** Que el CESIONARIO está obligado a indemnizar los perjuicios que ha ocasionado al CEDENTE por razón de los incumplimientos de sus obligaciones, que da lugar a la resolución del contrato, perjuicios en los que están incluidos el daño emergente y el lucro cesante, cuyo pago se ordenara en forma actualizada.
- 1.3** Que se condene al CESIONARIO al pago de las costas de este proceso arbitral, incluidas las agencias en derecho, liquidadas de acuerdo con las tarifas señaladas por el Consejo Superior de la Judicatura, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 393 del Código de Procedimiento Civil.

## **E. Las contestaciones de las demandas de reconvención.**

El 5 de diciembre de 2007, la parte convocante presentó sendos escritos de contestación de las demandas de reconvención.

- 1.** En la contestación a la demanda de reconvención promovida por **HYDROS COLOMBIA S.A., VISIÓN CATASTRAL CENTRO DE INFORMACIÓN UNIFICADO S.A., GESTORÍAS DEL AGUA S.A. Y RIAGRO S.A.** se pronunció sobre los hechos, se opuso a las pretensiones de la demanda de reconvención y propuso las excepciones que denominó:

- **Primera:** «Inexistencia de los supuestos incumplimientos a las obligaciones contractuales por parte de AGUAS DE BOGOTÁ S.A.».
- **Segunda:** «Indebida integración del contradictorio».
- **Tercera:** «Improcedencia de la resolución del contrato».
- **Cuarta:** «Falta de legitimación en la causa por activa».
- **Quinta:** «El demandante no puede alegar su propia culpa».
- **Sexta:** «Excepción de contrato no cumplido».
- **Séptima:** «La que establezca o verifique el tribunal de arbitramento de acuerdo a la sana crítica».

2. En la contestación a la demanda de reconvención promovida por **CONSTRUCTORA NÉMESIS S.A., INVERSIONES ZÁRATE GUTIERREZ Y CIA. S.C.S., INVERSIONES ALBAIDA S.A., INVERSIONES INDUSTRIAS Y CONSTRUCCIONES LTDA., CEMENTOS TEQUENDAMA S.A., PIDSA S.A., TVO CONECTADO S.A.** el apoderado de la convocante se pronunció sobre los hechos, se opuso a las pretensiones de la demanda de reconvención y propuso las excepciones que denominó:

- **Primera:** «Inexistencia de los supuestos incumplimientos a las obligaciones contractuales por parte de AGUAS DE BOGOTÁ S.A.».
- **Segunda:** «Indebida integración del contradictorio».
- **Tercera:** «Improcedencia de la resolución del contrato».
- **Cuarta:** «El demandante no puede alegar su propia culpa».
- **Quinta:** «Excepción de contrato no cumplido».
- **Sexta:** «La que establezca o verifique el tribunal de arbitramento de acuerdo a la sana crítica».

### III. DESARROLLO DEL TRÁMITE ARBITRAL.

#### A. Pruebas.

Mediante providencias de 4 de noviembre de 2008 y de 11 de noviembre de 2008, el Tribunal decretó las pruebas del proceso, las cuales se practicaron como se reseña a continuación.

1. El 11 de noviembre de 2008, tomó posesión del cargo de perito contable para que el que fue designada, Gloria Zady Correa Palacio. En esa misma fecha, se recibió la declaración de parte del representante de HYDROS COLOMBIA S.A., Jaime Alberto Vargas Rey.
2. En la misma actuación, ante la no comparecencia del representante de INVERSIONES ZÁRATE GUTIÉRREZ Y CIA. S.C.S. a rendir declaración de parte, el Tribunal dispuso dar aplicación al artículo 210 del Código de Procedimiento Civil. Pese a que dicha decisión fue recurrida por las convocadas, el Tribunal no revocó la providencia y, por consiguiente, en el acta correspondiente a la audiencia de 18 de marzo de 2009 extendió la correspondiente constancia a la que se refiere el artículo 210 del Código de Procedimiento Civil (Acta No. 18, folios 357 a 362 del Cuaderno Principal No. 3).
3. El 18 de marzo de 2009 se recibió la declaración de parte del representante de AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. y tuvo lugar la exhibición de documentos a cargo del mismo representante.
4. El 26 de marzo de 2009, tuvieron lugar las declaraciones de parte de los representantes de CONSTRUCTORA NÉMESIS S.A. y la exhibición de documentos a cargo de su representante. Así mismo, tuvieron lugar las declaraciones de parte de los representantes de INVERSIONES E INDUSTRIAS Y CONSTRUCCIONES LTDA. y de PIDSA S.A.
5. Mediante auto de 14 de abril de 2009, el Tribunal aceptó el desistimiento de las declaraciones de parte de los representantes de CEMENTOS TEQUENDAMA S.A., INVERSIONES ALBAIDA S.A. y TVO CONECTADO S.A., desistimiento expresado por el apoderado de la convocante.
6. El 27 de abril de 2009, tuvieron lugar las declaraciones de parte de los representantes de VISIÓN CATASTRAL CENTRO DE INFORMACIÓN UNIFICADO S.A., RIAGRO S.A. y GESTORÍAS DEL AGUA S.A.
7. El 8 de mayo de 2009 se rindió el testimonio de Félix Betancourt Aduen y el Tribunal se abstuvo de tomar la declaración de Luis Eduardo Belalcázar toda vez

que para la fecha éste ostenta la representación legal de sociedades que integran la parte convocada.

- 8.** El 15 de mayo de 2009, se recibieron los testimonios de Luis Vicente Cavalli Papa y de José Alonso Muñoz Redondo. En la misma fecha se aceptaron los desistimientos del testimonio de Héctor Ospina y de la tacha de falsedad promovida por la convocante mediante escrito de 10 de noviembre de 2008. En la misma oportunidad se dio traslado a las partes del peritaje contable.
- 9.** Mediante providencia de 17 de junio de 2009, el Tribunal adoptó las decisiones pertinentes respecto de las solicitudes de aclaraciones y complementaciones presentadas por las partes respecto del peritaje contable.
- 10.** Mediante auto de 18 de agosto de 2009, el Tribunal dio traslado a las partes del escrito de aclaraciones y complementaciones al peritaje contable.
- 11.** Por auto de 5 de octubre de 2009, se aceptaron los desistimientos de los testimonios de Andrés Nova, Sandra Ortegón, María Isabel Garzón, Juan José Amézquita y Gabriel Humberto Zárate, así como el desistimiento de los oficios al Juzgado Administrativo de Zipaquirá, al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al Juzgado 6 Administrativo de Bogotá, al Tribunal Administrativo de Tolima y al Juzgado 28 Administrativo de Bogotá.
- 12.** El 8 de octubre de 2009, se recibió el testimonio de Giovanni Vincenzo Papa Acuña y se dio traslado a las sociedades convocadas del escrito de objeción por error grave al peritaje contable, formulada por el apoderado de la convocante. Así mismo, se dio traslado del escrito de objeción por error grave al peritaje contable, formulada por uno de los apoderados de las sociedades convocadas.
- 13.** El 27 de octubre de 2009, se recibió el testimonio de Jorge Enrique Pizano Callejas. Por auto de la misma fecha, por solicitud de las partes, el tribunal dispuso prorrogar el término de duración del trámite arbitral por un lapso de seis (6) meses a partir del vencimiento del plazo inicial del proceso.
- 14.** El 17 de noviembre de 2009, se recibió el testimonio de Diego Martínez Santacruz y se decretaron las pruebas solicitadas por las partes con ocasión de las

objeciones al peritaje contable. En la misma audiencia, se aceptó el desistimiento de los testimonios de Mario Ángel Salazar y Marlen Pinzón.

- 15.** El 26 de noviembre de 2009, tomó posesión del cargo de perito el doctor Samuel Alberto Mantilla Blanco, quien tuvo a su cargo la experticia decretada por el Tribunal en desarrollo del trámite de las objeciones por error grave al peritaje contable rendido originalmente en el proceso.
- 16.** El 14 de diciembre de 2009, se dio traslado a las partes del segundo peritaje contable decretado como prueba de la objeción a la primera experticia, por el término de tres (3) días.
- 17.** El 18 de diciembre de 2009, el Tribunal adoptó las decisiones respecto de las solicitudes de aclaraciones y complementaciones al segundo peritaje contable presentadas por uno de los apoderados de las convocadas. En la misma oportunidad, se aceptó el desistimiento de todos los testimonios solicitados por las sociedades representadas por el doctor Arciniegas, cuya práctica, a la sazón, se encontraba pendiente.
- 18.** El 25 de enero de 2010, se dio traslado a las partes de las aclaraciones y complementaciones presentadas por el perito Mantilla Blanco.
- 19.** En audiencia celebrada el 3 de febrero de 2010 y en consideración a las manifestaciones de los apoderados de las partes y a la aportación conjunta de documentos hecha en dicha actuación, con la cual quedó cumplido el objeto de las inspecciones judiciales y de las exhibiciones de documentos solicitadas, se aceptó el desistimiento de todas las inspecciones judiciales y de todas las exhibiciones de documentos solicitadas por las partes.
- 20.** Se recibieron las respuestas a los oficios librados por el Tribunal, documentos que se incorporaron al expediente.
- 21.** El 20 de mayo de 2010, teniendo en cuenta que todas las pruebas decretadas en el trámite arbitral se encontraban practicadas y que a la fecha ninguna estaba pendiente de decreto o práctica, se declaró concluido el período probatorio y se

citó a las partes y a la Representante del Ministerio Público a audiencia de alegaciones finales.

#### **B. Alegaciones finales.**

Una vez concluido el período probatorio y practicadas todas las pruebas solicitadas por las partes y decretadas por el Tribunal, el 28 de junio de 2010 se llevó a cabo la audiencia en la que tanto las partes como la Representante del Ministerio Público presentaron sus alegaciones finales y entregaron los correspondientes resúmenes escritos que obran en los autos.

#### **IV. PRESUPUESTOS PROCESALES.**

De lo expuesto en precedencia, resulta claro que la relación procesal se constituyó en regular forma y se corrobora que las partes que han concurrido a este proceso, son legalmente capaces, con facultad y posibilidad legal para transigir, estuvieron representadas en este trámite arbitral por abogados inscritos, amén que la demanda cumple con las exigencias legales, de suerte que los presupuestos procesales de competencia del juez, capacidad para ser parte y su debida representación, así como la demanda en forma, están satisfechos, lo que permite al Tribunal proferir una decisión de fondo.

En este orden de ideas, resultando que la relación procesal existente en el presente caso se ha configurado en regular forma y que en su desarrollo no se incurrió en defecto alguno que, en cuanto tenga virtualidad legal para invalidar lo actuado y no aparezca saneado, imponga darle aplicación al artículo 145 del Código de Procedimiento Civil, es de rigor decidir sobre el mérito de la controversia sometida a arbitraje por las partes y en orden a hacerlo son pertinentes las siguientes consideraciones.

### **CAPÍTULO SEGUNDO: CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.**

#### **I. ALGUNAS PUNTUALIZACIONES RESPECTO DEL CONTRATO CELEBRADO ENTRE LAS PARTES. DESCRIPCIÓN DE DICHO NEGOCIO JURÍDICO.**

El Tribunal considera conveniente hacer un resumen del ACUERDO PRIVADO DE CESION DE ACCIONES DE LA SOCIEDAD GESTAGUAS S.A., del cual ha surgido la controversia que ha suscitado este litigio.

## **1. Las Partes del Acuerdo.**

Las partes de Acuerdo, suscrito el día 30 de junio de 2005, son las siguientes:

De una parte, **EL CESIONARIO**, que es **AGUAS DE BOGOTA S.A. E.S.P.**

De otra parte, **LOS CEDENTES**, que se agrupan en dos categorías:

a) Los Cedentes de acciones de Gestaguas S.A., que son las sociedades

- **CONSTRUCTORA NEMESIS S.A.**
- **INVERSIONES ALBAIDA S.A.**
- **INVERSIONES, INDUSTRIAS Y CONSTRUCCIONES LTDA**
- **TVO CONECTADO S.A.**
- **PIDSA .S.A.**
- **CEMENTOS TEQUENDAMA S.A.**
- **VISION CATASTRAL CENTRO DE INFORMACION UNIFICADO S.A.**  
**antes EVOLUCION SERVICIO Y TECNOLOGÍA S.A.**
- **RIAGRO S.A.**
- **GESTORIAS EN ACUEDUCTOS S.A. antes HYDROS COLOMBIA S.A.,**  
**y**

b) Los Cedentes de los intereses sociales de los socios gestores en las sociedades en comandita por acciones Hydros Chía S en CA ESP, Hydros Mosquera S en CA. ESP e Hydros Melgar S en CA. ESP.

En estas tres sociedades en comanditas tenían la calidad de socios gestores en la fecha del Acuerdo las siguientes sociedades:

- **GESTORIAS EN ACUEDUCTOS S.A., antes HYDROS COLOMBIA S.A.**
- **CONSTRUCTORA NEMESIS S.A., y**
- **GESTORIAS DEL AGUA S.A., antes FRIZO LTDA.**

En las sociedades Hydros Chía S en CA ESP e Hydros Melgar S en CA ESP también tenía la calidad de socio gestor la sociedad en la fecha del Acuerdo la sociedad

- **INVERSIONES ZÁRATE GUTIÉRREZ S.C.S**

Además de los socios gestores antes mencionados, la sociedad **GESTAGUAS S.A.** era y continúa siendo socio gestor de las citadas tres sociedades en comandita por acciones (las sociedades Hydros), con el carácter de socio gestor delegado por expresa estipulación estatutaria.

Debe aclararse que las sociedades que figuran como demandadas en este proceso no son únicamente las que suscribieron el Acuerdo en su calidad de Cedentes. Son también demandadas las sociedades:

- **FRIZO S.A.** escindida de la sociedad **GESTORIAS DEL AGUA S.A.**, antes **FRIZO LTDA**, e
- **HYDROS COLOMBIA S.A.**, escindida de la sociedad **GESTORÍAS EN ACUEDUCTOS S.A** antes **HYDROS COLOMBIA S.A.**

## **2. Consideraciones contenidas en el Contrato.**

En las consideraciones del Acuerdo se precisa la calidad de cada uno de los Cedentes, se destaca que Gestaguas S.A. es el socio gestor delegado en las tres sociedades Hydros, se expresa el propósito de distinguir, en lo posible, en el documento los derechos y obligaciones de los Cedentes en sus dos categorías y se manifiesta que la Cesionaria AGUAS DE BOGOTA S.A. ESP ha realizado la debida diligencia en GESTAGUAS S.A y en las tres Hydros y que:

“... habiendo tenido acceso a la totalidad de la documentación e información requerida y necesaria para la celebración del presente acuerdo, por la cual expresamente declara que conoce y acepta en su integridad la situación jurídica, económica, financiera y técnica de las citadas sociedades, sin que pueda alegar en el futuro y para todos los efectos a que haya lugar que desconocía o ignoraba alguna circunstancia esencial o determinante para la celebración del presente acuerdo, salvo aquellas circunstancias y hechos jurídicos que surjan y no hayan sido divulgados en el DUE DILIGENCE”.

## **3. Acciones e interés social de los socios gestores. Precio.**

Con base en las anteriores consideraciones, en el artículo primero se estipula que AGUAS DE BOGOTA adquiere de los Cedentes que tienen la calidad de accionistas de GESTAGUAS S.A. la cantidad de 172.000 acciones de dicha sociedad, las cuales representan el 86% de su capital suscrito y pagado.

En el mismo artículo se indica el valor unitario de las acciones y la cantidad que cada uno de los cedentes transfiere al adquirente, como resultado de lo cual se obtiene el precio pactado en el artículo segundo del acuerdo, que asciende a la suma de \$8.000.000.000, y su forma de pago.

Dos observaciones sobre el precio resultan pertinentes:

3.1 El precio se pactó en consideración a las acciones negociadas de Gestaguas S.A. y al negocio derivado de su adquisición, consistente en el manejo de las sociedades Hydros, que representaba ingresos provenientes de su administración, prueba de lo cual son las estipulaciones de los artículos tercero y cuarto del contrato, según los cuales si se afectaba la existencia o validez de dichas sociedades los cedentes debían reintegrar al cesionario las sumas allí establecidas, representativas de un número determinado de acciones de Gestaguas S.A., según la sociedad afectada, previa deducción del valor equivalente a la remuneración causada a favor de Gestaguas S.A. como contraprestación a la labor de Gestor Delegado en las Hydros “desde la fecha de la cesión de las acciones de Gestaguas S.A. hasta la fecha en la cual quede debidamente ejecutoriada la sentencia”.

3.2 El objeto convenido comprende, además de las acciones de GESTAGUAS S.A., el interés social de los socios gestores cedentes en las sociedades en comandita Hydros, lo cual permite entender la estipulación contenida en el mismo artículo primero del Acuerdo según la cual:

“... una vez efectuada la cesión de las acciones de Gestaguas S.A., antes referidas objeto del presente acuerdo, EL CESIONARIO acepta la cesión a su favor del interés social que ostentan LO CEDENTES como socios gestores en las sociedades Hydros Chía S en CA ESP, Hydros Mosquera S en CA. ESP e Hydros Melgar S en CA. ESP siempre y cuando que se obtengan los votos favorables requeridos para el efecto por los estatutos sociales de cada una de las citadas sociedades y que EL CESIONARIO declara conocer y aceptar, lo cual se perfeccionara mediante cualquier forma jurídica establecida en nuestra legislación nacional, en los términos del artículo sexto del presente acuerdo...” (Se subraya)

Como puede apreciarse, la aceptación de la cesión por parte de AGUAS DE BOGOTA S.A.ESP, dependía de la aprobación de la reforma a los estatutos sociales por las asambleas de las sociedades Hydros y a su solemnización mediante cualquier forma jurídica establecida en la ley colombiana.

Para el cumplimiento de la citada condición, AGUAS DE BOGOTA S.A. se obligó "... a través de Gestaguas S.A. ESP, en su condición de gestor delegado, a convocar a las asambleas de accionistas de las Hydros y a obtener el quorum deliberativo y decisorio favorable requerido en los correspondientes estatutos sociales de cada una de las citadas sociedades para la reforma de estatutos sociales y para la cesión del interés social de los socios gestores...", quedando los Cedentes que tenían la condición de socios gestores en dichas sociedades liberados de esta prestación, sin perjuicio de la colaboración que podían prestarle a aquella para el logro del objetivo propuesto. Así se pactó en el artículo primero del Acuerdo.

En el citado texto contractual, sin embargo, no se estipuló expresamente un plazo para el cumplimiento de la obligación que asumió AGUAS DE BOGOTA S.A. ESP de convocar a las asambleas y obtener las correspondientes aprobaciones, a diferencia del plazo de seis (6) meses que se pactó en el artículo sexto para que los cedentes cumplieran su obligación de hacer la cesión de su interés social.

#### **4. Permanencia de los socios gestores.**

Como quiera que el cumplimiento de la obligación de obtener las aprobaciones de las asambleas no dependía exclusivamente de la voluntad de AGUAS DE BOGOTA S.A.ESP, en el mismo contrato se previó esa situación y fue así como se estipuló en el artículo primero lo siguiente:

"En el evento que EL CESIONARIO a través de Gestaguas S.A., no logre obtener las mayorías requeridas para la reforma de estatutos sociales y para la cesión del interés social de los socios cedentes, LOS CEDENTES que tienen tal calidad permanecerán como socios gestores de las sociedades Hydros Chía S en CA ESP, Hydros Mosquera S en CA ESP e Hydros Melgar S en C ESP. Lo anterior no implicará incumplimiento del presente acuerdo para ninguna de las partes y se entenderá en todo caso debidamente cumplido y ejecutado en su totalidad el presente acuerdo por parte de LOS CEDENTES."

El texto anterior se reproduce, con ligerísimas variaciones de forma, en la primera parte del párrafo segundo del artículo sexto de contrato.

## **5. La responsabilidad del Cesionario y la fiducia en garantía.**

Mientras se aprobaban las reformas estatutarias por parte de las respectivas asambleas, los Cedentes seguían siendo gestores de las sociedades Hydros y, por tanto, responsables solidarios e ilimitados de las obligaciones de dichas sociedades, por lo cual se pactó expresamente, tanto en el artículo primero del contrato como en el artículo sexto, lo siguiente:

“Sin perjuicio de lo anterior EL CESIONARIO, a través de Gestaguas S.A. y de las sociedades Hydros Chía S en CA ESP, Hydros Mosquera S en CA ESP e Hydros Melgar S en CA ESP, responderá por las obligaciones que subsistan a cargo de los CEDENTES, como gestores de las sociedades Hydros Chía S en CA ESP, Hydros Mosquera S en CA ESP e Hydros Melgar S en CA ESP, que se encuentren garantizadas por medio de las fiducias de garantía a que se hace referencia en el presente documento...

“Lo anterior en razón a que LOS CEDENTES a partir de la fecha de la cesión de acciones de Gestaguas S.A., quedan marginadas de todas las operaciones sociales y por tanto dejaron de controlar, dirigir, administrar y operar las sociedades Hydros Chía S en CA ESP, Hydros Mosquera S en CA ESP e Hydros Melgar S en CA ESP, actividades que desarrollara de manera exclusiva y bajo la absoluta responsabilidad de EL CESIONARIO a través de Gestaguas S.A.”

Adicionalmente, en el artículo sexto se estipuló lo siguiente:

“Si con posterioridad (sic) la fecha de la cesión de las 172.000 acciones de Gestaguas S.A., objeto de este contrato, sucedieren hechos o circunstancias derivadas de la gestión del socio gestor delegado cuyo control y manejo queda en manos EL CESIONARIO en las sociedades Hydros Chía S. en C.A.E.S.P., Hydros Mosquera S. en C.A.E.S.P. e Hydros Melgar S. en C.A.E.S.P., y como consecuencia de sus acciones u omisiones debieran responder LOS CEDENTES, EL CESIONARIO los indemnizará por los daños y perjuicios causado obligándose a reintegrar todas las sumas de dinero que por tal circunstancia llegaren a desembolsar, junto con sus intereses”

Para asegurar el cumplimiento de la anterior obligación, el cesionario se obligó a constituir, por intermedio de Gestaguas S.A., Hydros Chía S en CA ESP, Hydros Mosquera S en CA ESP e Hydros Melgar S en CA ESP, dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha de la firma del Acuerdo “... un encargo de fiducia en garantía que ampare las contingencias y riesgos derivados de la operación de Gestaguas S.A. Hydros Chía S en CA ESP, Hydros Mosquera S en CA ESP e Hydros Melgar S en CA ESP , y el pago de prestaciones sociales y de seguridad social de cada una de ellas, hasta por la suma de SETECIENTOS MILLONES DE PESOS M/CTE (\$700.000.000), reajustados

anualmente por IPC de cada año que certifique el DANE o la autoridad competente y por un plazo de 18 meses contados a partir de la fecha de la cesión de las acciones.”

Sin perjuicio del análisis que el Tribunal hará más adelante sobre el alcance de esta estipulación, son pertinentes las siguientes observaciones:

El texto es claro en cuanto al término dentro del cual el cesionario se obligó a constituir la citada fiducia en garantía, esto es, dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha de la firma del Acuerdo.

Respecto a la cuantía de la fiducia se pactó la suma de setecientos millones de pesos (\$ 700.000.000) como límite máximo, reajutable anualmente por el IPC de cada año, certificado por el DANE, teniendo en cuenta que el contrato de fiducia debía mantener su vigencia hasta el 31 de diciembre de 2006 ó “durante todo el tiempo en que LOS CEDENTES tengan la calidad de socios gestores de las citadas sociedades y hasta el año siguiente contado a partir de la fecha de la cesión del interés social por parte de LOS CEDENTES”. Empero, no se estipuló la obligación del cesionario de restablecer la mencionada suma en la medida de su utilización. En cambio, sí se previó la posibilidad de reducirla en la medida que se efectuaran a favor del cesionario las cesiones del interés social de los cedentes gestores en las sociedades Hydros Chía S en CA ESP, Hydros Mosquera S en CA ESP e Hydros Melgar S en CA ESP en las siguientes proporciones: “...: para la primera se reducirá en un 51% , para la segunda se reducirá en un 34.75% y para la tercera se reducirá en un 14.25%” (parágrafo del artículo sexto del Acuerdo).

La reducción estipulada en este párrafo corresponde a los criterios de distribución del valor asignado a cada una de las sociedades Hydros en los artículos tercero y cuarto del Acuerdo frente a los hechos o circunstancias allí mencionadas que pudieran afectar la existencia y validez de cada una de ellas.

Debe anotarse que la razón que se aduce en los artículos primero y sexto del Acuerdo para atribuirle al cesionario la responsabilidad por las obligaciones que subsistan a cargo de los cedentes como gestores de las sociedades Hydros, consiste en que a partir de la fecha de la cesión de las acciones de Gestaguas S.A. los cedentes quedaban marginados del manejo de las Hydros.

Además, en la segunda parte del párrafo segundo del artículo sexto del acuerdo se pactó que “Mientras el socio gestor HYDROS COLOMBIA S.A., conserve tal calidad (de socio gestor) tendrá derecho a participar con un miembro principal con su respectivo suplente en las Juntas Directivas de las sociedades Hydros Chía S en CA ESP, Hydros Mosquera S en CA ESP e Hydros Melgar S en CA ESP. Igualmente, mientras el socio gestor CONSTRUCTORA NEMESIS S.A. conserve tal calidad tendrá derecho a participar con un miembro principal y su respectivo suplente, en las Juntas Directivas de sociedades Hydros Chía S en CA ESP, Hydros Mosquera S en CA ESP e Hydros Melgar S en CA ESP.”

## **6. Obligaciones existentes hasta la fecha de la cesión de acciones y la asunción de deudas.**

El artículo séptimo del Acuerdo se refiere en su primera parte a obligaciones financieras a cargo de Gestaguas S.A. y las sociedades Hydros a favor de determinadas entidades financieras, que según su texto han sido garantizadas por Gestaguas S.A. , en calidad de gestor delegado, y Constructora Némesis S.A., Hydros Colombia S.A., Frizo Ltda. e Inversiones Zárate SCS, como socios gestores, así como por otras personas naturales y jurídicas, y a renglón seguido se establece en el segundo inciso que:

“Con el fin de extinguir todas las obligaciones y garantías suscritas hasta la fecha de la firma de este acuerdo por LOS CEDENTES a favor de los demás socios y/o terceros y de liberar de toda responsabilidad a los socios gestores de las sociedades Hydros Chía S en CA ESP, Hydros Mosquera S en CA ESP e Hydros Melgar S en CA ESP, así como, de (sic) todas las personas que tengan garantizados dichos créditos, EL CESIONARIO se compromete a través de Gestaguas S.A., una vez perfeccionada la cesión de las 172.000 acciones objeto del presente acuerdo, a hacerse cargo de todas las obligaciones garantizadas por las anteriores personas junto con sus intereses, actualizaciones y demás emolumentos causados o que se causen”.

Conforme a lo anterior, AGUAS DE BOGOTÁ S.A. ESP a través de Gestaguas S.A. se hacía cargo de las obligaciones existentes hasta la fecha del acuerdo, sin relevar a los deudores de sus obligaciones a favor de los respectivos acreedores. Por esa razón, en el citado inciso segundo del artículo séptimo del acuerdo se estipuló que:

“...Dichas obligaciones se garantizarán, además, mediante las fiducias que existen en la actualidad para recaudar todos los ingresos en cada una de las sociedades Hydros Chía S en CA ESP, Hydros Mosquera S en CA ESP e Hydros Melgar S en CA ESP o las que se constituyan en el futuro aplicando la misma preferencia para el pago de los recursos contenidos en los estatutos sociales de las citadas sociedades, los cuales bajo ninguna circunstancia se podrán recibir o erogar a través de otras cuentas que no correspondan a los respectivos patrimonios autónomos y ni a darle una destinación distinta”.

De la lectura de esta cláusula contractual no se deduce que el cesionario haya contraído la obligación de constituir nuevas fiducias de garantía que sirvieran para el propósito antes indicado, como quiera que se trata de los mismos negocios fiduciarios constituidos en virtud de las cláusulas contenidas en los estatutos de cada una de las sociedades Hydros, con la finalidad de recibir de los usuarios el precio de los servicios y destinar los recaudos a cubrir los gastos y pagar las obligaciones previstas en las referidas cláusulas estatutarias, entre las cuales está incluida la retribución a favor del socio gestor delegado.

Los incisos tercero y cuarto del artículo séptimo del Acuerdo se refieren a la obligación que asumió el Cesionario frente al Cedente de presentarle en el plazo de tres (3) meses, contados a partir de la firma del Acuerdo, “una carta de cada entidad financiera, suscrita por el correspondiente representante legal, en donde se manifieste de manera clara que liberan de cualquier responsabilidad a LOS CEDENTES y demás personas jurídicas o naturales, que hayan garantizado, avalado y/o firmado cualquier título valor, créditos directos o subsidiarios, con Gestaguas S.A., Hydros Chía S en CA ESP, Hydros Mosquera S en CA ESP e Hydros Melgar S en CA ESP”, considerándose así que “mediante este mecanismo LOS CEDENTES deberán quedar liberados de las garantías constituidas sobre los créditos y demás obligaciones financieras de las que trata la presente cláusula, lo cual deberá constar en el correspondiente pagaré o título de deuda donde se indique por parte del acreedor que los cedentes quedan liberados de la obligación en el contenida”.

No obstante lo anterior, en el inciso cuarto del mismo artículo séptimo se establece que ante la ausencia de las cartas exigidas “EL CESIONARIO bajo su responsabilidad se compromete a través de Gestaguas S.A., e Hydros Chía S en CA ESP, Hydros Mosquera S en CA ESP e Hydros Melgar S en CA ESP a que las fiducias a que se hace referencia en esta cláusula siempre respalden las mencionadas obligaciones”.

#### **7. Requisito especial en las nuevas obligaciones.**

El párrafo del artículo séptimo se refiere a los créditos o deudas nuevas que a partir de la fecha de la firma de la cesión de las acciones de Gestaguas S.A. contraten Gestaguas S.A., Hydros Chía S en CA ESP, Hydros Mosquera S en CA ESP e Hydros Melgar S en CA ESP y establece que dichos créditos o deudas deberán contar previamente con una comunicación del eventual acreedor en que exprese e

irrevocablemente manifieste que libera de tales créditos a los Cedentes que conserven la calidad de gestores en cada una de las citadas sociedades. Lo establecido en este párrafo opera mientras los cedentes conserven la calidad de socios gestores de las sociedades Hydros.

#### **8. Razón de las obligaciones que en el contrato asumió el cesionario a través de Gestaguas y/o de las Hydros.**

Como quiera que en diversos apartes del Acuerdo se hace referencia a “obligaciones a cargo del CESIONARIO”, el artículo noveno precisa que “esto es posible en razón a que con la adquisición de las 172.000 acciones en Gestaguas S.A., EL CESIONARIO adquiere el control de Gestaguas S.A. y por su intermedio el control y gestoría delegada en las sociedades Hydros Melgar S en CA ESP, Hydros Chía S en CA ESP e Hydros Mosquera S en CA ESP...”.

El control a que se refiere la anterior estipulación se fundamenta en la adquisición del 86% del capital accionario de Gestaguas S.A, no obstante lo cual debe tenerse en cuenta la decisión que aprobó la asamblea de Gestaguas S.A. en el mes de julio de 2005 de exigir quórum decisorio del 90% para la adopción de las siguientes decisiones que tienen relación con el control y la dirección de la empresa: reforma a los estatutos, elección de junta directiva, distribución de utilidades, pago del dividendo en especie, aumento de capital, emisión de acciones y disminución de capital.

La Superintendencia de Sociedades y el Tribunal Superior de Bogotá declararon tres (3) años después el reconocimiento de los presupuestos de la ineficacia de esa decisión.

#### **9. Bienes excluidos del negocio.**

En el artículo octavo las partes acordaron los bienes excluidos de la negociación y se estableció que “EL CESIONARIO acepta que las participaciones accionarias y sociales que a la fecha posee Gestaguas S.A. en otras sociedades como AGUAZUL S.A., así como, todos los demás negocios y/o proyectos de negocios diferentes a los desarrollados a través de Hydros Chía S en CA ESP, Hydros Mosquera S en CA ESP e Hydros Melgar S en CA ESP que se encuentren en ejecución o en trámite no hacen parte del patrimonio adquirido a través de las acciones que EL CESIONARIO está adquiriendo en Gestaguas S.A. , por lo tanto se hace necesario excluir del patrimonio de Gestaguas S.A. esas

participaciones, negocios y/o proyectos de negocios en trámite que no le corresponderán en el futuro...” (Se subraya).

Para el efecto, se pactó un plazo de tres (3) meses, contados a partir de la firma del acuerdo, para que los cedentes adelantaran “el trámite de la cesión a ella o a otras terceras personas, de manera que al cabo de ese período esas participaciones no aparezcan como activos de Gestaguas S.A.”

Como complemento de lo anterior se estipuló, de una parte, que Gestaguas S.A. debía suscribir todos los documentos y realizar todos los actos que sean necesarios para realizar la cesión de esas participaciones o negocios a las compañías que correspondan, según lo que determinen los actuales accionistas de Gestaguas S.A. y, de otra, que EL CESIONARIO queda libre de toda responsabilidad por los actos o contratos que haya celebrado Gestaguas S.A. con anterioridad a la fecha de cesión de las 172.000 acciones.

Adicionalmente, las partes acordaron excluir de la negociación cinco (5) vehículos automotores que Gestaguas S.A. tenía como locatario en virtud de sendos contratos de leasing celebrados con Leasing de Crédito S.A., respecto de los cuales los Cedentes se comprometieron a hacer el cambio de deudor en un plazo no mayor de cuatro (4) meses contados a partir de la firma del acuerdo, habiéndose pactado que “los gastos por concepto de cuota de leasing u otros conceptos serán de cargo de LOS CEDENTES”. A su turno, el Cesionario se obligó a firmar cualquier documento a través de Gestaguas S.A. que permita el cambio de deudor o el traspaso de propiedad de cualquiera de los vehículos a quien los Cedentes designen.

#### **10. Inhabilidades de los cedentes.**

Según el parágrafo del artículo octavo se pactó, para evitar inhabilidades de los CEDENTES, mientras mantengan su calidad de socios gestores de las Hydros, que “EL CESIONARIO se obliga a través de GESTAGUAS S.A. a que dichas sociedades requieran para presentarse directa o indirectamente en concursos o licitaciones públicas o privadas, de carácter nacional o internacional fuera de sus municipios, de la autorización previa y escrita para el efecto de parte de los socios gestores Hydros Colombia S.A., Constructora Némesis S.A. Frizo Ltda. Inversiones Zárate Gutierrez SCS”.

Además se dispuso que el incumplimiento de esta obligación permitirá a los Cedentes cobrar la suma pactada como cláusula penal.

#### **11. Anulación de acuerdos anteriores.**

En el artículo décimo se convino que el acuerdo bajo examen anula en todas sus partes los demás acuerdos verbales o escritos suscritos entre los contratantes o sus apoderados y realizados con anterioridad a la fecha de celebración de este documento

#### **12. Cláusula Penal.**

En el artículo décimo primero se pactó que en caso de que alguna de las partes no cumpla con las obligaciones contractuales debe pagar a la otra a título de pena la suma de dos mil millones de pesos, reajustados anualmente de acuerdo con el IPC que certifique el DANE o la autoridad competente, salvo fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobados por la parte que incumpla.

#### **13. Restituciones mutuas.**

En el artículo décimo segundo se previó lo relativo a las restituciones mutuas si hubiere lugar a ellas.

#### **14. Cláusula compromisoria.**

Se encuentra pactada en el artículo décimo tercero.

## **II. SÍNTESIS DE LO AFIRMADO Y ALEGADO POR LAS PARTES Y DE SUS PRETENSIONES.**

### **A. Relacionadas con la demanda principal.**

#### **1. Sobre las Primeras Pretensiones principales y subsidiarias.**

La convocante hace un recuento de los antecedentes, de las tratativas y del contrato celebrado, para luego mencionar en el capítulo (iv) de demanda, denominado “Ejecución Contractual y Hallazgos”, los hechos en que fundamenta sus primeras pretensiones principales y subsidiarias, basadas en el incumplimiento del contrato.

A juicio de la demandante “el acuerdo fue incumplido por la parte demandada en asuntos sustanciales de las obligaciones a su cargo”, para lo cual invoca los siguientes hechos generadores del alegado incumplimiento:

- **Erogaciones en GESTAGUAS S.A. sin soporte o causalidad que no fueron informadas al Cesionario.)**

En el hecho 2.60 de la demanda, la demandante afirma lo siguiente:

“Con anterioridad al 30 de junio de 2005 se realizaron anticipos de trabajos realizados en Gestaguas S.A. por concepto de sistemas de riego, que ascendieron a un total de trescientos treinta y seis millones ochenta y un mil novecientos ochenta y ocho pesos (\$336.081.988), que no cuentan con órdenes de pedido u otro documento que justifique el gasto.

Sin embargo, dichos conceptos fueron pagados y contabilizados en los últimos días del mes de junio de 2005. Estos costos, al no tener causalidad con la generación de la renta, no son deducibles del impuesto de renta, por lo que repercuten en un mayor impuesto de renta por valor del \$126.030.174”.

La demandante, en su alegato de conclusión, reafirma el hecho y sostiene que “además, corresponden a un gasto artificial por tratarse de la adquisición de una prestación “inexistente”. También considera que el daño que se le causó asciende por ese concepto a la suma de \$315.865.689 a precios de junio de 2005, suma esta que equivale al 86% de \$367.285.685, que corresponde a los gastos inexistentes y sin soporte por valor de \$265.188.220 y al mayor valor de impuestos por el hecho de no ser deducibles por valor de \$102.097.465. En consecuencia, solicita al Tribunal decretar la condena respectiva a valor presente en la fecha del laudo.

Las convocadas representadas por el doctor Giraldo, manifestaron en la contestación a la demanda que no le constaba el hecho y solicitaron su prueba. Además expresaron que debía aplicarse el considerando cuarto del acuerdo privado de cesión de acciones de GESTAGUAS S.A. y la comunicación del 22 de marzo de 2006 dirigida a AGUAS DE BOGOTÁ S.A. por las sociedades cedentes. En su alegato de conclusión se refieren al tema para mencionar que en el peritazgo de Gloria Zady Correa Palacio se “Establece el monto el valor de los montos contabilizados en Gestaguas en junio de 2005 por concepto de sistemas de riego, contabilizados como construcciones y obras de Ingeniería civil (Folios 58, 59 de la experticia, 76, 77 de la complementación)

Las convocadas representadas por el doctor Arciniegas manifestaron en la contestación a la demanda que “las erogaciones a que se refiere este hecho corresponden a operaciones respecto de las cuales GESTAGUAS debía realizar los pagos correspondientes” y en su alegato de conclusión no hacen referencia particular al tema.

- **Pagos indebidos de contratos de leasing**

En el hecho 2.61 de la demanda se relata que

“En el Acuerdo de Cesión, los contratantes excluyeron de manera expresa- según el hecho 2.38- los contratos de leasing celebrados por GESTAGUAS S.A. a través de los cuales se estaba financiando la adquisición de diferentes vehículos ...” y que “[s]e pactó que los cánones derivados de dichos contratos estarían a cargo de LOS CEDENTES a partir de la firma del acuerdo.”

Sin embargo en los meses de junio y julio de 2005, existiendo de por medio el Acuerdo de Intención y el Acuerdo de Cesión, y sin conocimiento del Cesionario, se presentó un incremento irregular y desbordado por concepto de cánones de arrendamiento financiero por los vehículos, a cargo de GESTAGUAS S.A.. Dicho incremento significó para GESTAGUAS un sobrecosto de sesenta millones novecientos noventa y un mil seiscientos noventa pesos (\$60.991.690), que por corresponder a cuotas de contratos de leasing que correspondían a los cedentes, según el Acuerdo de Cesión, no debió en modo alguno asumir GESTAGUAS S.A.”

La convocante, en su alegato de conclusión, insiste en el sobrecosto importante que debió asumir GESTAGUAS por el incremento derivado de dichos cánones y con base en el dictamen pericial de la experta Gloria Zady Correa y en el informe de aclaraciones y complementaciones, concluye que “GESTAGUAS S.A. tuvo que hacer erogaciones o pagos por este concepto, habiendo quedado demostrado que sufragó a partir del mes de julio de 2005 pagos por concepto de Leasing por valor de CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y TRES MIL SETECIENTOS TREINTA Y UN PESOS **(\$4.883.731)**, que contractualmente estaban a cargo de los Cedentes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo octavo del acuerdo privado de cesión, antes referido”.

Las convocadas representadas por el doctor Giraldo manifestaron en la contestación a la demanda que no les constaba el hecho y solicitaron su prueba. Además expresaron que debía aplicarse el considerando cuarto del acuerdo privado de cesión de acciones de GESTAGUAS S.A. y la comunicación del 22 de marzo de 2006 dirigida a AGUAS DE BOGOTÁ S.A. por las sociedades cedentes. En su alegato de conclusión, refiriéndose al dictamen pericial, dijeron que “Se determinó de acuerdo con la contabilidad los

contratos de leasing sobre vehículos celebrados por Gestaguas S.A., los valores de los mismos, las condiciones y las cuotas (Folios 61, 62, 63, 64 y 65 del experticio, 33, 34 de la complementación)”.

Las convocadas representadas por el doctor Arciniegas manifestaron en la contestación a la demanda que “El pago de las rentas de arrendamiento fue asumido por los cedentes en su oportunidad, es decir, GESTAGUAS no ha tenido que hacer los pagos que a estas rentas correspondían”, y en su alegato de conclusión no se refirió al tema.

- **Indebida utilización de la fiducia mercantil**

En su demanda, la convocante considera que los beneficiarios, INVERSIONES ZARATE GUTIERREZ y Cia S.C.S. y GESTORÍAS EN ACUEDUCTOS S.A (antes Hydros Colombia S.A., constituida por escritura pública 0555 del 1 de marzo de 1999 de la Notaria 31 de Bogotá), incumpliendo el Acuerdo de Cesión, solicitaron a la fiduciaria hacer efectiva la garantía con fundamento en hechos que no estaban cubiertos por la misma, en los términos inicialmente pactados en el Acuerdo de Cesión, es decir, en hechos que no se derivaron de la gestión de GESTAGUAS S.A. ESP como socio gestor delegado y administrador de las Hydros, lo cual constituye, a juicio de la demandante, un franco incumplimiento de lo estipulado en el citado Acuerdo.

En los hechos de la demanda (2.62 a 2.77), hace referencia al contrato de fiducia en garantía que GESTAGUAS S.A. celebró el 18 de octubre de 2005 con la sociedad fiduciaria Helm Trust S.A., en desarrollo de los pactado en el artículo sexto del acuerdo de cesión, y al alcance de algunas de sus cláusulas, para luego destacar los pagos que inicialmente se hicieron a favor de personas que no eran beneficiarios de la fiducia, los reintegros que estas personas hicieron a la sociedad fiduciaria como consecuencia de la oposición a dichos pagos formulada por AGUAS DE BOGOTÁ S.A.ESP y la forma como finalmente se hizo efectiva la garantía fiduciaria.

Se indica en la demanda que por solicitud del 17 de enero de 2006 la sociedad INVERSIONES ZARATE GUTIERREZ y Cia S.C.S. obtuvo de la sociedad fiduciaria el pago de la suma de \$184.153.242, por la ocurrencia de los siguientes hechos:

- Demanda instaurada por EMPUMELGAR S.A contra Inversiones Zárate Gutiérrez y Cia SCS, Hydros Colombia y otros, por valor de ..... \$ 90.979.972
- Demanda instaurada por MARCO HINCAPIE y ORLANDO BARRIOS contra Inversiones Zárate Gutiérrez y Cia SCS, Hydros Colombia y otros por valor de ..... \$ 67.844.954.
- Demanda instaurada por JOSÉ HERNÁN NIETO MONTENEGRO contra Inversiones Zárate Gutiérrez y Cia SCS, Hydros Colombia y otros por valor de ..... \$ 25.328.256.

Igualmente se dice en la demanda que por solicitud de INVERSIONES ZARATE GUTIERREZ y Cia S.C.S y GESTORÍAS EN ACUEDUCTOS S.A. (antes Hydros Colombia S.A.) de los días 22 de marzo, 24 de marzo y 25 de abril de 2006, la sociedad fiduciaria pagó a dichas sociedades, las siguientes partidas:

- Por concepto de la demanda instaurada por la sociedad ASEO ESPECIAL la suma de \$224.772.650
- Por concepto de la demanda instaurada por José Hernán Nieto, la suma de \$ 58.457.407
- Por concepto de la demanda instaurada por Precooperativa de Trabajo Multiservicios Melgar y José Lubín Cadena, la suma de \$ 36.916.432

El convocante destaca que el objeto de las anteriores demandas es anterior al acuerdo de cesión de fecha 30 de junio de 2005.

En su alegato de conclusión, reafirma lo dicho en su demanda, manifiesta que los pagos realizados por la sociedad fiduciaria están debidamente probados en el proceso, reitera que los cedentes mencionados incumplieron la cláusula sexta del acuerdo de cesión y concluye que sufrió un demérito patrimonial que tuvo que soportar “representado en el menor valor de sus derechos fiduciarios en el fideicomiso de garantía, por virtud de los pagos indebidamente efectuados a las sociedades

INVERSIONES ZARATE GUTIERREZ y Cia S.C.S y GESTORÍAS EN ACUEDUCTOS S.A., que hicieron efectiva la garantía sin estar facultadas para ello y que no fueron restituidos por las mismas, por valores del año 2005 de QUINIENTOS CUATRO MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS TREINTA Y UN PESOS (\$504.299.731,00)”.

Al contestar la demanda, las convocadas representadas por el doctor Giraldo admitieron como ciertos algunos hechos del acuerdo de cesión relativos a la fiducia en garantía, hicieron aclaraciones en relación con algunos de ellos, manifestaron que no le constaban otros hechos porque correspondían a situaciones propias de la sociedad fiduciaria y finalmente negaron los hechos 2.76 y 2.77 referidos al incumplimiento de lo estipulado en el acuerdo de cesión por considerar que se trataba de apreciaciones subjetivas de la demandante. En su alegato de conclusión no se refirió particularmente al tema toda vez que se encaminó a demostrar el fundamento de las excepciones que formuló y de las pretensiones de su demanda de reconvención.

Por su parte, las convocadas representadas por el doctor Arciniegas contestaron la demanda diciendo que “Los giros que se hicieron usando recursos de la fiducia obedecen a obligaciones que terceros reclamaron a HYDROS MELGAR, y ante la falta de pago por parte de esta los cedentes fueron vinculados como deudores solidarios. En varias ocasiones fueron los mismos administradores de GESTAGUAS quienes solicitaron a los cedentes hacer uso de la fiducia para pagar obligaciones. GESTAGUAS nunca reembolsó los dineros utilizados, como estaba obligada a hacerlo de acuerdo con el contrato de fiducia mercantil”. Como en el caso anterior, en el alegato de conclusión no se hace referencia expresa a este incumplimiento alegado por la demandante.

- **Hallazgos en los estados financieros de las sociedades Hydros**

La convocante considera que el patrimonio de las Hydros no correspondía de manera sustancial a los montos que le fueron revelados por las CEDENTES a AGUAS DE BOGOTÁ S.A.E.S.P., sino que las Hydros estaban objetivamente en incapacidad financiera y contable de cumplir con el derecho a la remuneración pactado en los estatutos de las “Hydros” a favor de los socios gestores por la administración de las mismas, delegada en GESTAGUAS S.A. E.S.P.”.

Considera también que con motivo del proceso de auditoría a los estados financieros con corte al 31 de diciembre de 2003 y 2004 y con corte al 30 de junio de 2005 de las sociedades Hydros Chía S en C.A. E.S.P, Hydros Mosquera S en C.A. E.S.P e Hydros Melgar S en C.A E.S.P. , contratado por la gerencia de AGUAS DE BOGOTA S.A.ESP con la firma Amézquita & Cía S.A., se advirtieron “diferencias sustanciales en los estados financieros que fueron entregados por LOS CEDENTES de las acciones y que sirvieron de base para llevar a cabo el Acuerdo de Cesión”. Esas diferencias, según la demanda, corresponden a “hechos económicos ocurridos con anterioridad al 30 de junio de 2005, que no fueron reflejados fidedignamente en los estados financieros que LOS CEDENTES pusieron a disposición del CESIONARIO”

Las mencionadas diferencias en relación con cada una de las sociedades Hydros, son las siguientes:

➤ **En los estados financieros de HYDROS CHIA S en C.A E.S.P.**

Se indica en la demanda (hecho 2.47.1.1) que esta sociedad compra agua en bloque a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá y “en relación con esta operación, contablemente se causaba en HYDROS CHIA la mitad de dicho valor en el primer mes del bimestre, y el saldo se causaba en el segundo mes del bimestre”

Teniendo en cuenta esta forma de contabilización, dice la demanda que:

“... en junio de 2005 se causó únicamente la suma de \$213 millones de pesos. Es decir, en ese mes se dejaron de causar \$285.028.306 necesarios para completar el valor del bimestre mayo-junio de 2005. Debido a lo anterior, en el mes de julio debió realizarse el ajuste contable por dicho valor.

Sin embargo, esta situación no se reveló fidedignamente por parte de los CEDENTES a AGUAS DE BOGOTA S.A.E.S.P”

Adicionalmente se indica (hecho 2.47.1.2.) que “...en HYDROS CHIA S en C.A.E.S.P. a 30 de junio de 2005 también se mantuvieron registrados como inversiones \$169,45 millones de pesos, por concepto de Gastos Bancarios- cuenta PUC 1202- Inversiones Administrativas, que correspondían a gastos financieros”.

A juicio de la convocante, en el valor de estas partidas, que supera la suma de \$454 millones, se sobreestimaron las utilidades de HYDROS CHIA S en C A ESP en el mes de

junio de 2005, situación que no fue revelada fidedignamente por los CEDENTES a AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P (hecho 2.47.1.3.)

En su alegato de conclusión, la convocante considera probado el hecho de la compra de agua en bloque a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá y luego de reiterar que “en relación con esta operación, contablemente se causaba en HYDROS CHIA la mitad de dicho valor en el primer mes del bimestre, y el saldo se causaba en el segundo mes del bimestre”, estima probado el incumplimiento contractual alegado con algunas declaraciones de parte, la confesión ficta de las sociedades Inversiones Zárate Gutiérrez y Cia SCS, y Constructora Némesis S.A. y el dictamen pericial.

Así mismo, considera probado que en HYDROS CHIA S en C.A.E.S.P. a 30 de junio de 2005 también se mantuvieron registrados como inversiones \$169,45 millones de pesos, por concepto de Gastos Bancarios- cuenta PUC 1202- Inversiones Administrativas, que correspondían a gastos financieros, así como el hecho de que tal situación no fue revelada a AGUAS DE BOGOTÁ por parte de los cedentes.

Adicionalmente, en su alegato de conclusión la convocante considera que HYDROS CHIA estaba realmente incurso en causal de disolución a 30 de junio de 2005, teniendo en cuenta los ajustes que por valor de \$453.472.754, 87 debían hacerse en los estados financieros a esa fecha, como consecuencia, precisamente, de las anteriores situaciones.

Al contestar la demanda, las convocadas representadas por el doctor Giraldo, manifestaron que los hechos descritos en los numerales 2.47.1.1 y 2.47.1.2 no les constaba y solicitaron su prueba. Además expresaron que debía aplicarse el considerando cuarto del acuerdo privado de cesión de acciones de GESTAGUAS S.A. y la comunicación del 22 de marzo de 2006 dirigida a AGUAS DE BOGOTÁ S.A. por las sociedades cedentes. Respecto al hecho descrito en el numeral 2.47.1.3. lo niega y afirma que se trata de una apreciación subjetiva de la convocante. En su alegato de conclusión se refiere al tema al momento de valorar el experticio practicado dentro del proceso por la señora perito Gloria Zady Correa Palacio al responder el cuestionario de la parte convocante y destaca lo siguiente: (i) sobre la forma de contabilización de la compra de agua en bloque, que desde el año 2004 siempre se hacía la provisión de una parte y siempre queda un saldo mensual pendiente de registrar, con cargo al gasto, (ii) sobre la cuenta 12 Inversiones Subcuenta gastos

bancarios que su contrapartida está en la cuenta de la fiduciaria y que “lo cierto es que esta cifras, bien o mal contabilizadas estaban reveladas en los estados financieros”, y (iii) sobre los ajustes que se hacen a los estados financieros de la sociedad, los considera irrelevantes porque “ el negocio base objeto del litigio no consistió en la compra de las acciones de Hydros Chia S en CA ESP” y sobre la situación de las posibles pérdidas de capital considera que “en la práctica no se dio , ni fue declarada por Gestaguas , ni por Aguas de Bogotá”.

Por su parte, las convocadas representadas por el doctor Arciniegas contestaron los hechos de la demanda descritos en los numerales 2.47.11, 2.47.1.2. y 2.47.1.3., de la siguiente manera:

“2.47.1.1 La contabilización del agua adquirida se verificó de acuerdo con los principios de contabilidad generalmente aceptados. Los registros contables corresponden a la forma como se iban causando los pasivos correspondientes.

“2.47.1.2. Los registros contables se hicieron en forma que corresponde a la causa de la operación por la cual se hicieron los pagos correspondientes.

“2.47.1.3. No es cierto”

En sus alegaciones finales hacen un análisis a doble columna de lo probado en el proceso frente a las afirmaciones contenidas en la demanda con el propósito de contradecirlas y demostrar, de una parte, que la compra de agua en bloque a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá correspondiente al período mayo 2- julio 1 de 2005 se contabilizó correctamente en el balance al 30 de junio de 2005, al igual que en los períodos bimestrales anteriores, basándose para el efecto en el informe del perito Samuel Mantilla, y, de otra, que si bien la partida de gastos financieros se registró contablemente como una inversión, que fue un error, la demandante pudo advertirlo dada la información a la que tuvo acceso para la realización del negocio, “... porque: i) conoció la situación financiera de la sociedad por la información a la que tuvo acceso a través del due diligence y ii) en las notas a los estados financieros de los años 2003 y 2004 se discriminaron las inversiones y se advirtió que parte de tales inversiones estaba constituida por los gastos bancarios derivados de un contrato de fiducia mercantil de administración, inversión y fuente de pago suscrito el 24 de agosto de 2003 con la Fiduciaria La Previsora S.A.

➤ **En los estados financieros de HYDROS MELGAR S en C.A E.S.P.**

En el hecho del numeral 2.47.2.1. se cuestiona que no se facturó ni causó en la contabilidad de HYDROS MELGAR S en C A ESP la suma de \$543.628.266, correspondiente a lo que a 30 de junio de 2005 esta sociedad le debía pagar a GESTAGUAS S.A. como retribución como socio gestor delegado, equivalente al 10% de los recaudos por los servicios de acueducto, alcantarillado, aseo y obras complementarias y otros conceptos cobrados a los usuarios, “lo que no permitió que los estados financieros que sirvieron de base al negocio, como tampoco los definitivos al 30 de junio de 2005, revelaran de manera fidedigna que HYDROS MELGAR S en C.A. E.S.P., sumadas las situaciones que se describen en los dos numerales siguientes, se encontraba en causal de disolución”

En el hecho del numeral 2.47.2.2. se menciona que ni en los estados financieros de HYDROS MELGAR S en C.A. E.S.P, presentados como base de la negociación, ni en los cortados a 30 de junio de 2005, se provisionaron ni contabilizaron las sumas de \$66.258.000 y \$217.186.000 correspondientes a dos sanciones impuestas por la DIAN a dicha sociedad. En este mismo hecho se aclara que para la fecha de venta de las acciones de GESTAGUAS S.A. estaba en firme la sanción por \$66.258.000 y para esa misma fecha ya existía un requerimiento de la DIAN que desencadenó en la sanción de \$217.186.000, respecto del cual no existía provisión alguna en los respectivos estados financieros.

El hecho que se relata en el numeral 2.47.2.3. se refiere al contrato que HYDROS MELGAR celebró con ASEO ESPECIAL S.A. E.S.P. para la prestación del servicio público integral de aseo para el Municipio de Melgar, en el cual se pactó como remuneración a favor de esta última compañía una suma equivalente al 88.4% del total de los recaudos recibidos por HYDROS MELGAR S en C.A. E.S.P. en la prestación del servicio de aseo en el Municipio de Melgar, a partir de la fecha en la cual la sociedad Aseo Especial iniciara la prestación del servicio. Se afirma, sin embargo, que no existen ni existían documentos, tales como facturas o cuentas de cobro, que soportaran los pagos realizados a ASEO ESPECIAL S.A.E.S.P., por lo cual estos pagos, que al 30 de junio de 2005 ascienden a \$592.311.606, no se registraron en la contabilidad de HYDROS MELGAR S en C.A.E.S.P. como un gasto sino como un anticipo.

Según la demanda, si las partidas anteriores se hubieran contabilizado correctamente la sociedad HYDROS MELGAR S en C A EPS habría reflejado en sus estados financieros al 30 de junio de 2005 pérdidas superiores a \$1.300 millones (hecho 2.47.2.4) y habría estado en causal de disolución.(hechos 2.47.2.5)

Adicionalmente se afirma en el hecho 2.47.2.6 que para enervar la causal de disolución, en el año 2006 “GESTAGUAS S.A. se vio en la imperiosa necesidad de condonar la deuda acumulada en HYDROS MELGAR S en CA EPS a su favor, por valor de \$1.100 millones (\$450 en sep 30 de 2006 y el resto en junio 30 de 2007), situación que afectó a AGUAS DE BOGOTÁ por la “pérdida no proyectada ni avisada por parte de los cedentes, superior a \$1.100 millones en GESTAGUAS S.A.”

El hecho del numeral 2.47.2.7 se refiere al contrato que HYDROS MELGAR celebró el 10 de diciembre de 2002 con la sociedad Consorcio Soluciones Ambientales S.A. CONSASA E.S.P. para la prestación del servicio público integral de aseo para el Municipio de Melgar y a su terminación unilateral por parte de HYDROS MELGAR S en C.A. E.S.P. el día 6 de abril de 2004.

Menciona que a la terminación del contrato quedó pendiente una deuda a favor de CONSASA E.S.P. y que el 27 de octubre de 2004 las partes celebraron un contrato de transacción por virtud del cual se pactó en la cláusula segunda que “... HYDROS MELGAR S en C.A. E.S.P. asumirá los pagos de las obligaciones laborales resultantes de las reclamaciones judiciales de los extrabajadores” de CONSASA E.S.P. y en la cláusula cuarta la obligación de realizar pagos a terceros, de acuerdo con la lista expresamente detallada en la misma cláusula

Se advierte que dicha transacción no fue revelada en los estados financieros a 31 de diciembre de 2004 puestos a disposición de AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. para la celebración del negocio de adquisición de acciones de GESTAGUAS S.A., pero sí se registró en los estados financieros con corte al 30 de junio de 2005, como unas cuentas por pagar a CONSASA E.S.P., por valor de \$161.096.631.

Según la demanda, “pese a que la cuenta por pagar se registró contablemente, de la información financiera no se evidenciaba que las cuentas por pagar por valor de más de \$161 millones de pesos, eran producto de la transacción realizada en el año 2004 con la sociedad CONSASA ESP”.

Finalmente, se advierte en la demanda que “A la fecha, esta transacción no ha implicado para HYDROS MELGAR S en C.A. E.S.P una pérdida superior al monto registrado en los estados financieros al 30 de junio de 2005. Sin embargo, constituye una contingencia pasiva que no fue revelada ni registrada en los estados financieros con corte al 31 de diciembre de 2004 entregados a AGUAS DE BOGOTA S.A.ESP, y que de concretarse puede implicar el deterioro de la situación financiera de HYDROS MELGAR S en C.A. E.S.P y por contera de GESTAGUAS S.A. ...” Como ejemplo menciona 5 procesos laborales en contra de CONSASA EPS e Hydros Melgar por sumas superiores a \$250 millones.

En su alegato de conclusión, la demandante considera probados los hechos anteriores, invocando para el efecto los medios de prueba que sustentan su aserto y precisando los respectivos valores según el dictamen pericial.

Al contestar la demanda, las convocadas representadas por el doctor Giraldo manifestaron que los hechos descritos en los numerales 2.47.2.1, 2.47.2.2, 2.47.2.3 y 2.47.2.7 no les consta y solicitaron su prueba. Además expresaron que debía aplicarse el considerando cuarto del acuerdo privado de cesión de acciones de GESTAGUAS S.A. y la comunicación del 22 de marzo de 2006 dirigida a AGUAS DE BOGOTÁ S.A. por las sociedades cedentes. En relación con los hechos mencionados en los numerales 2.47.2.4. y 2.47.2.5. expresaron que no son ciertos y corresponden a una interpretación subjetiva del demandante. Con relación a este último hecho, precisaron que el administrador de la sociedad no informó a los socios acerca de la causal de disolución, constituyéndose en un incumplimiento contractual. Respecto al hecho del numeral 2.47.2.6., relativo a la condonación de deudas, manifestaron que no les consta y que se trata de una decisión soberana y unilateral de la sociedad GESTAGUAS S.A. que en nada los compromete. En su alegato de conclusión se refiere al tema al momento de valorar el peritaje practicado dentro del proceso por la perito Gloria Zady Correa Palacio al responder el cuestionario de la parte convocante, y considera en relación con los hechos, lo siguiente: En cuanto a la retribución a favor de Gestaguas reconoce que en Hydros Melgar no estaba causada desde enero de 2003 y que solamente se hizo un registro contable en diciembre de 2005, aunque advierte que “de haberse causado las retribuciones el resultado hubiese sido diferente de acuerdo con los cálculos que se efectúen”. Sobre las sanciones de la DIAN admite que no “no se evidenció contablemente provisión alguna en la contabilidad”, pero advierte

que una de las sanciones fue posterior a la cesión de acciones y para la otra no se encontró mandamiento de pago”. Respecto a la contabilización de pagos a favor de Aseo Especial S.A. ESP observa que “se determinó que para el año 2004 y hasta junio de 2005 se registraron en la cuenta 142012 anticipo adquisición de bienes y servicios” y considera que “quedó probado que estaban revelados en la contabilidad, aspecto este último sobre el cual insiste en los demás puntos del dictamen que se refieren a este tema. En relación con el asunto de Consasa registra lo expresado por la señora perito y destaca que a 30 de junio de 2005 estaba registrada la operación con esa entidad como cuentas por pagar. En cuanto a los ajustes que hace la señora perito sobre los efectos en los estados financieros de Hydros Melgar de aquellas contabilizaciones que en su opinión estaban equivocadas, estas convocadas consideran que las respectivas situaciones estaban reveladas en la contabilidad de la empresa y que las pérdidas de capital que se deducen de los ajustes realizados por la perito no se dieron en la práctica, ni fueron declaradas por Gestaguas ni por Aguas de Bogotá. Sobre el tema de la causal de disolución destaca del peritazgo que en el año 2006 no hubo capitalización por parte de Aguas de Bogota, ni de otros socios, y además que “no estaba en capacidad de generar retribuciones, situación que no era nueva, pues nunca había generado retribuciones”

Por su parte, las convocadas representadas por el doctor Arciniegas contestaron los hechos de la demanda descritos en los numerales 2.47.2.1 a 2.47.2.7. de la siguiente manera:

“2.47.2.1. AGUAS DE BOGOTÁ tenía pleno conocimiento de la situación financiera de HYDROS MELGAR

2.47.2.2. La situación fiscal de HYDROS MELGAR, incluida la derivada de los requerimientos formulados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), era conocida por AGUAS DE BOGOTÁ.

2.47.2.3 a 2.47.2.6. Los desembolsos que se hicieron a ASEO ESPECIAL S.A. E.S.P. se registraron en la contabilidad en la forma que correspondía a los acuerdos relativos al contrato, que aún estaba pendiente de ejecución.

2.47.2.7. La transacción celebrada con la sociedad CONSORCIO SOLUCIONES AMBIENTALES S.A. E.S.P. fue registrada en la contabilidad en la forma debida.”

En sus alegaciones finales hace una análisis de la prueba recaudada tendiente a demostrar, de una parte, que AGUAS DE BOGOTÁ no desconocía las operaciones cuestionadas en la demanda cuando se celebró el negocio, haciendo especial énfasis en la *due diligence* que verificó AGUAS DE BOGOTA para destacar que en desarrollo de esta actividad contó con la información necesaria para hacer el análisis de los estados

financieros” y, de otra, que los registros contables referentes a los hechos 2.47. 3 a 2.47.7 se hicieron en debida forma (páginas 61 a 79).

➤ **Hallazgos en Hydros Mosquera S en C.A.**

En el hecho 2.59 de la demanda se menciona que con posterioridad al acuerdo de cesión se estableció la existencia de obligaciones adquiridas por HYDROS MOSQUERA S en C.A. E.S.P con anterioridad al 30 de junio de 2005, que no fueron reveladas por los CEDENTES, o que de serlo, no se contaba dentro de sus cuentas bancarias con los recursos para cubrirlas:

Se trata, según la demanda, de las siguientes obligaciones a favor del Municipio de Mosquera:

Por recaudos de aseo:

A 30 de junio de 2005 la deuda por este concepto ascendía a \$188.657.045 y contablemente se encontraban registrada la suma de \$167.006.531,96, lo que genera una cuenta a favor del Municipio de \$ **21.650.514**, que se registró en el mes de octubre de 2005.

Convenio 002-2004 para pago de subsidios:

Por virtud de este convenio el Municipio pagó anticipadamente a la sociedad los subsidios del año 2004 por la suma de \$465.298.728, con el objeto de que la empresa tuviera liquidez para emprender obras de infraestructura, y el valor real de los subsidios fue de \$361.659.521, lo cual genera una “cuenta por pagar” de \$103.659.521 que no aparece en los estados financieros de Hydros Mosquera

Convenio 001-2004 para ejecutar obras de acueducto y alcantarillado:

Por virtud de este convenio la sociedad recibió del Municipio de Mosquera y EAMOS la suma de \$ 1.560.000.000, de los cuales ejecutó \$ 1.041.878.193, por lo que a junio 30 de 2005 le faltaba por ejecutar \$518.121.807 que debe reintegrarse al Municipio y a EAMOS. También se afirma que de las obras ejecutadas hay cuentas por pagar a los contratistas por valor de \$86.668.570.

Convenio 004-2004 para ejecutar obras de acueducto y alcantarillado:

Por virtud de este convenio la sociedad recibió del Municipio de Mosquera la suma de \$159.281.317 que al 30 de junio de 2005 no se había ejecutado.

Finalmente dice que en los casos anteriores los recursos no se encuentran disponibles en la cuentas de Hydros Mosquera para ser pagados al Municipio, al cual se le debía a junio 30 de 2005 un total de \$1.084.115.073.

En su alegato de conclusión, la convocante, refiriéndose a las obligaciones por recaudo de aseo afirma en que la sociedad Hydros Mosquera le debía al Municipio la suma de \$167.006.532 y con base en las aclaraciones y complementaciones al dictamen pericial (respuesta 3, página 22, Cuaderno de Pruebas N° 13, Folio 190) sostiene que “contablemente sólo se encontraban registrados en la Cuenta PUC 29059001- Recaudo de aseo la suma de \$80.933.131, lo que implica un diferencial de OCHENTA Y SEIS MILLONES SESENTA Y SIETE MIL CUATROCIENTOS UN PESOS (\$86.067.401,00).”

En el caso del Convenio 002 de 2004 para el pago de subsidios, reitera que el valor no utilizado de los subsidios asciende a la suma de \$103.659.521 y que según el dictamen pericial el saldo que aparece contabilizado a junio 30 de 2009 es la suma de \$4.010,116, lo cual significa que el pasivo no contabilizado a dicha fecha asciende a la suma de \$99.649.405, por lo cual “los ingresos quedaron sobrevalorados...” en esa suma, “y por consiguiente su utilidad sobrevalorada en la misma suma”.

Menciona, además, que según el dictamen, “...no se registraron las sumas ejecutadas del convenio N° 001 como el 004, a diciembre 31 de 2004 y a junio de 2005, esto es, disminuyendo el valor de las cuentas de los Pasivos existentes con el Municipio de Mosquera y con EAMOS y cancelar la cuenta del activo “Construcción y mejora de propiedades ajenas”.

Al contestar la demanda, las demandadas representadas por el doctor Giraldo negaron que con posterioridad al acuerdo de cesión se hubiese establecido la existencia de obligaciones adquiridas por HYDROS MOSQUERA S en C.A. E.S.P con anterioridad al 30 de junio de 2005, que no fueron reveladas por los CEDENTES, o que de serlo, no se

contaba dentro de sus cuentas bancarias con los recursos para cubrirlas, y en relación con los hechos 2.59.1 a 2.59.4 manifestaron que no les consta y solicitaron su prueba. Además expresaron que debía aplicarse el considerando cuarto del acuerdo privado de cesión de acciones de GESTAGUAS S.A. y la comunicación del 22 de marzo de 2006 dirigida a AGUAS DE BOGOTÁ S.A. por las sociedades cedentes. Sobre el hecho 2.59.5, contestaron también que no les consta y que corresponde a una afirmación puramente subjetiva del demandante. En su alegato de conclusión describen las respuestas de la señora perito al cuestionario formulado por la convocante y destacan que en la mayoría de ellas se demuestra que la contabilidad revelaba la información correspondiente a los anteriores hechos.

Por su parte, las demandadas representadas por el doctor Arciniegas contestaron los hechos de la demanda descritos en los numerales 2.59.1 a 2.59.2 de la siguiente manera:

“2.59.1 No se entiende de dónde sale la cifra que dice la demanda que se adeuda al municipio de Mosquera por concepto del servicio de aseo, y si esta se compara con la anotada en la contabilidad, el hecho de que en bancos no exista dicha suma nada dice, pues estaba registrada. Los convenios suscritos fueron igualmente divulgados.

2.59.2. El convenio 002 de 2004 fue liquidado por la administración de GESTAGUAS a finales de 2005 y el balance final se cruzaría con subsidios futuros.

2.59.3. El convenio 001 de 2004 fue ampliado hasta febrero de 2006 y GESTAGUAS estaba al tanto de la forma como se venía ejecutando dicho convenio.

2.59.4. El convenio 004 de 2004 estaba en ejecución en el año 2005 y actualmente está en ejecución por parte de AGUAS DE BOGOTÁ.

2.59.5. No es necesario que los dineros que se adeuden por cualquier concepto, se encuentren en cuentas bancarias.”

En sus alegaciones finales hacen un análisis a doble columna de lo probado en el proceso frente a las afirmaciones contenidas en la demanda con el propósito de demostrar (i) que la deuda a favor del Municipio de Mosquera al 30 de junio de 2005, por concepto de recaudo de aseo, era de \$167.006.532 y no de \$188.657.045; (ii) que la disminución de la deuda favor del Municipio, de la cantidad de \$103.659.521 a la cantidad de \$4.010.116, obedeció a la aplicación de los subsidios otorgados en el primer semestre de 2005 con cargo al convenio 002 cuando ello no podía hacerse; y (iii) los valores no ejecutados y/o pendientes de devolución en virtud de los convenios 001 y 004 de 2004.

- **Incumplimiento de la obligación de buscar una fórmula para ceder su calidad de gestores.**

En el hecho 2.80 de la demanda se hace referencia al artículo octavo del acuerdo de cesión relativo a los activos de propiedad de GESTAGUAS excluidos de la negociación y se advierte en los hechos siguientes (2.81 a 2.84, inclusive) que las acciones de GESTAGUAS en la sociedad Hydros Oriente S en C.A. E.S.P continúan siendo de su propiedad, pese a que no hicieron parte del patrimonio que AGUAS DE BOGOTA S.A. adquirió en GESTAGUAS. La demandante considera que las cedentes incumplieron el contrato porque “...no adelantaron, dentro del término de tres (3) meses previsto en el Acuerdo de Cesión, trámite alguno para lograr la cesión del activos de Gestaguas S.A. denominado Hydros Oriente S en C.A. E.S.P., a ellos mismos o a otras terceras personas” y que dicho incumplimiento ha causado perjuicios a AGUAS DE BOGOTÁ S.A.

En su alegato de conclusión insiste en el anterior incumplimiento del contrato y lo considera demostrado con el hecho que en la actualidad GESTAGUAS es propietaria de acciones en Hydros del Oriente S en C.E.S.P., según la prueba documental que obra al folio 68 de cuaderno de pruebas N° 34, consistente en la certificación del revisor fiscal de GESTAGUAS. Además se refiere al dictamen pericial para demostrar los ajustes contables que ha tenido que realizar GESTAGUAS para mantener dicha inversión.

Al contestar la demanda, las convocadas representadas por el doctor Giraldo consideran que el hecho 2.80 es parcialmente cierto y aclaran que “... el artículo octavo del acuerdo de cesión fue citado parcialmente por el demandante omitiendo la parte que contiene la obligación a cargo de Gestaguas S.A. de suscribir todos los documentos necesarios y realizar todos los actos necesarios para realizar la cesión de los activos que no forman parte de la negociación”. Respecto a los hechos 2.81 y 2.82 manifiestan que no les consta y solicitan su prueba. Sin embargo, en relación con el hecho 2.81 expresan que “aparentemente la sociedad HYDROS CHÍA SCA ESP es socia de la misma, razón por la cual el activo no es ajeno a la actuación de las empresas Hydros cuyo control se transfería con la venta de las acciones de Gestaguas S.A.” En cuanto a los hechos 2.83 y 2.84, afirman que no son ciertos por la misma razón anterior, esto es, porque HYDROS CHÍA SCA ESP es socia de la sociedad Hydros del Oriente y no se trata de un negocio diferente al desarrollado por las tres empresas Hydros, como lo trata de presentar el demandante.

Por su parte, las convocadas representadas por el doctor Arciniegas contestaron los hechos de la demanda descritos en los numerales 2.80 a 2.84, diciendo, en cuanto al primero, que “es cierto, porque lo transcrito hace parte del texto convenido por los contratantes; sin embargo, la demandante no transcribe la totalidad de esta cláusula ni se refiere a todos los acuerdos convenidos por las partes a este respecto”: Sobre los hechos 2.81 a 2.83, inclusive, los admiten como ciertos y el hecho 2.84 lo niegan. En sus alegaciones finales no se refieren al tema.

- **Disposición de activos sin conocimiento del Cesionario.**

En el hecho 2.48 de la demanda se afirma que en la contabilidad y los archivos de GESTAGUAS S.A. aparece evidencia de la existencia de activos de su propiedad, representados en los 20 pagarés que relaciona en el mismo hecho, girados por las tres (3) HYDROS a favor de dicha sociedad, cuyo valor, según se indica en el hecho 2.49, “ascendía al momento del endoso a la suma de \$843.597.113, más los intereses pactados”.

Según el hecho 2.51 los pagarés fueron endosados por el representante legal de GESTAGUAS S.A. en junio 1 y junio 20 a favor de GESTORIAS DE ACUEDUCTOS S.A. (antes HYDROS COLOMBIA S.A.) e INVERSIONES BELALCAZAR SALCEDO Y Cia S.C.A., a título gratuito, sin conocimiento del Cesionario y a pesar de que no se incluyeron dentro de los activos que no hacían parte de la negociación, según la cláusula octava del Acuerdo de Cesión.

En el mismo hecho se indica que el 1 de julio de 2005, esto es, al día siguiente del perfeccionamiento de la cesión de las acciones de GESTAGUAS S.A., la Junta Directiva de dicha sociedad, designada en su totalidad por los Cedentes y sin conocimiento o información al Cesionario AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., autorizó al Gerente de GESTAGUAS S.A. para endosar a terceros los pagarés que la sociedad tenga por cobrar.

Esta autorización se refiere también al “...endoso de facturas a terceros que la sociedad tenga por cobrar antes del corte de junio 30 de 2005”. y se advierte en la hecho 2.52 de la demanda que dentro de los documentos de la sociedad se encontraron los originales de las facturas por la suma de \$161.450.192 “cuyas fechas de emisión y vencimiento era el 1 de julio de 2005”.

En este mismo hecho se dice que las facturas “no fueron endosadas” y en el párrafo siguiente se dice que “al respaldo de tales facturas aparece una nota de endoso suscrita por el representante legal de GESTAGUAS S.A. a favor de GESTORIAS DE ACUEDUCTOS S.A. en unos casos y a INVERSIONES BELALCAZAR SALCEDO Y Cia. S.C.A. en otros.” Sin embargo, se dice en la demanda que “pese a no haber sido entregadas los originales de las facturas a terceros, los presuntos cesionarios de las mismas han reclamado su pago”.

En el hecho 2.53 de la demanda se hace referencia a la carta del 22 de marzo de 2006 en la cual LOS CEDENTES, a través de GESTORÍAS EN ACUEDUCTOS S.A. e INVERSIONES ZARATE GUTIERREZ S.C.S, justifican el endoso diciendo que “la parte ejecutiva de Aguas Bogotá S.A. E.S.P. estaba consciente de cuáles eran esos activos (los no incluidos en la negociación, según el artículo octavo del acuerdo) y que éstos pertenecían a los Socios Gestores y se sabía que estos documentos correspondían a obligaciones adquiridas a favor de los socios Gestores distintos de Gestaguas S.A. antes del traspaso de las acciones, incluyéndose allí las utilidades de Gestaguas S.A. hasta junio de 2005 y las contribuciones no facturadas a Hydros Melgar desde noviembre del 2003 a junio de 2005...”

La demanda destaca en los hechos 2.54, 2.55 y 2.56 que INVERSIONES BELALCAZAR SALCEDO Y Cia S.C.A no era a la fecha de la cesión de las facturas y pagarés, ni lo había sido nunca, sido socio gestor de las HYDROS, ni socio de Gestaguas , y que al momento del endoso de las facturas y pagarés no se conocían las utilidades de GESTAGUAS S.A. a 30 de junio de 2005.

También destaca en el hecho 2.57 que las retribuciones (contribuciones) pactadas pero no facturadas a favor de GESTAGUAS S.A y a cargo de HYDROS MELGAR S en CA ESP le correspondían a GESTAGUAS S.A., como socio gestor de las “Hydros” e informa en el hecho 2.58 sobre tres procesos ejecutivos instaurados en contra de GESTAGUAS S.A. e HYDROS MELGAR con fundamento en los pagarés endosados.

En su alegato de conclusión, la convocante sostiene que la devolución de activos al patrimonio adquirido constituye una prerrogativa del acreedor contractual en los términos del artículo 1546 del Código Civil, toda vez que se trata de exigir el cumplimiento del Acuerdo de Cesión, como quiera que la cláusula octava del Contrato

estableció explícitamente aquellos bienes o derechos que no formarían parte del patrimonio de GESTAGUAS que adquiriría AGUAS DE BOGOTÁ.

A renglón seguido reafirma los hechos de la demanda y después de referirse a algunas pruebas documentales, a los testimonios de Luis Vicente Cavalli y de Félix Betancour y a la prueba pericial, concluye lo siguiente:

- (i) AGUAS DE BOGOTÁ S.A. no autorizó que los referidos pagarés le fueran sustraídos a GESTAGUAS S.A. y se le transfirieran a GESTORÍAS EN ACUEDUCTOS –una de las sociedades Cedentes- e INVERSIONES BELALCAZAR SALCEDO y Cia S.C.A. – sociedad que no forma parte del Acuerdo de Cesión, PERO ESTÁ VINCULADA AL SEÑOR Luis Eduardo Belalcazar, anterior Gerente de Gestaguas S.A. E.S.P.
- (ii) En el artículo octavo del Acuerdo de Cesión se indicaron en detalle los activos de GESTAGUAS que quedarían excluidos de la transacción y que, por ende, le serían transferidos a los Cedentes. Dentro de tales activos no se encontraban los pagarés en comento, por lo que la conducta seguida por los Cedentes viola de manera manifiesta el artículo octavo del Acuerdo de Cesión.
- (iii) La versión de que la cesión gratuita de los pagarés fue autorizada por AGUAS DE BOGOTÁ y convenida con los Cedentes antes del Acuerdo de Cesión, no solamente no es cierta, sino que – de haberlo sido- dicho convenio no habría permanecido vigente y por lo tanto no ataba a las partes ya que tal pacto no se incorporó al Acuerdo de Cesión y en su artículo décimo se lee:

“ARTICULO DECIMO: El presente anula en todas sus partes, los demás acuerdos verbales o escritos entre los contratantes o sus apoderados y realizados con anterioridad a la fecha de celebración de este documento”.

En cuanto a las facturas reitera lo dicho en la demanda.

La convocante remata su alegato haciendo algunas consideraciones sobre la oposición de la parte convocada y exigiendo el “Cumplimiento mediante la restitución de los pagarés vigentes o su valor en dinero”, invocando para el efecto, nuevamente, el artículo 1546 del Código Civil.

Al contestar la demanda, las convocadas representadas por el doctor Giraldo, manifestaron que la mayoría de los hechos relativos a este asunto no les consta y solicitaron su prueba. Es el caso de los hechos 2.48, 2.49, 2.50, 2.54, 2.55, 2.56 y 2.57. Respecto al hecho 2.48, relativo a los pagarés, expresaron que el tema no es parte de este proceso, como quiera que se debate su validez ante la justicia ordinaria como consecuencia de los procesos adelantados por sus representadas, los cuales de plano determinan la incompetencia de este Tribunal para decidir sobre un punto que las partes han llevado ante la justicia civil. Negaron los hechos 2.51 y 2.52, precisando en relación con el primero la falta de competencia del Tribunal y con el segundo que la sociedad GESTAGUAS aceptó y reconoció las facturas, como consta en el acuerdo de pago denominado ACUERDO PRIVADO DE NEGOCIACIÓN celebrado el día 23 de febrero de 2007. Admitieron los hechos 2.51, 2.53, 2.58 y precisaron lo relativo a la falta de competencia del Tribunal en relación con el primero y el último. En su alegato de conclusión se refiere al tema al momento de valorar el peritaje practicado dentro del proceso por la perito Gloria Zady Correa Palacio al responder el cuestionario de la parte convocante, y al respecto dice que:

4.3.- Se pudo constatar que las deudas contenidas en los pagarés se registraron con fecha posterior a junio de 2005 y no hay evidencia contable de por qué el endoso de los pagarés. (Folios 53, 54, 55 de la experticia, 74, 115,139 de la complementación).

4.4.-Determina el valor presente junto con los intereses de los pagares. Igualmente no se encontró que se hubiesen pagado los valores de los 20 pagares. Relaciona los litigios en relación con los pagarés. (Folios 56,57 del experticio, 75,76, 115,139, 140 de la complementación).

4.5.- Se establece que la sociedad Belalcázar Salcedo para junio 30 de 2005 no era acreedora de Gestaguas. (Folios 57 del experticio y 139 de la complementación).

Por su parte, las convocadas representadas por el doctor Arciniegas contestaron los hechos de la demanda descritos en los numerales 2.48 a 2.58, de la siguiente manera:

“Los activos a que se refieren los hechos que se contestan, no estaban incluidos en la negociación como activos que debieran corresponder a GESTAGUAS. Es cierto que INVERSIONES BELALCAZAR SALCEDO Y CIA S.C.A. nunca fue socia de GESTAGUAS ni de las sociedades HYDROS.”

En su alegato de conclusión consideran que : (i) “AGUAS DE BOGOTÁ, que adquirió las acciones de GESTAGUAS el 30 de junio de 2005, pretende apropiarse de las remuneraciones causadas antes de esa fecha, siendo así que las partes tenían claro que se habían devengado a favor de las VENDEDORAS por todo el tiempo que fueron titulares de las acciones , es decir, hasta el 30 de junio de 2005”; (ii) “La realidad del negocio de acciones como un flujo de caja desvirtúa esta pretensión de AGUAS DE

BOGOTÁ” , y (iii) Los pagarés pertenecían a las sociedades VENDEDORAS por tratarse de remuneraciones causadas a favor de GESTAGUAS antes de la venta de las acciones como lo confirmó el 27 de septiembre de 2005 el gerente de GESTAGUAS en esa fecha, señor Andrés Nova, al suscribir “...tres “Acuerdos de Pago” con la mandataria de las VENDEDORAS (INVERSIONES BELALCAZAR Y CIA S.C.A.), acompañados de sendos anexos en que se relacionan los pagarés que incorporaban las remuneraciones causadas antes de la venta de las acciones.” Además afirman que “Idéntica declaración se hizo respecto de las facturas. Fundamenta su dicho en los anexos que transcribe en el alegato y en los testimonios de los señores Felix Betancourt Aduen y Giovanni Papa Acuña, para concluir que el Tribunal debe “desestimar la pretensión de declarar el incumplimiento.”

## **2. Sobre las Segundas Pretensiones Principales.**

La convocante solicita la declaratoria de nulidad absoluta de algunos apartes de los artículos primero, tercero, cuarto y sexto del Acuerdo de Cesión de acciones celebrado el 30 de junio de 2005 y en su alegato de conclusión presenta las razones jurídicas que sustentan su solicitud.

Las sociedades representadas por el doctor Giraldo, manifestaron en la contestación a la demanda que se oponían a todas las pretensiones de la demanda, incluidas las que anteceden, y no hacen consideración especial sobre ellas en dicho documento, ni en su alegato de conclusión.

Las sociedades representadas por el doctor Arciniegas también se opusieron a la prosperidad de estas pretensiones “...porque las cláusulas que establecen responsabilidad del cesionario por razón de las obligaciones que subsistieran a cargo de los cedentes como gestores de las sociedades en comandita que prestan los servicios de acueducto y alcantarillado, relacionados con el contrato aludido, son consecuencia natural y obvia de su desvinculación de la gestión de dichas sociedades; no están afectadas, por tanto, de ninguna causal de nulidad. Y tercero, porque las cláusulas relativas a pagos y descuentos cuya nulidad se solicita sea declarada, no están afectadas de ningún vicio”.

En su alegato de conclusión esta misma parte convocada resaltó que “la demandante no expuso ningún fundamento de hecho o de derecho para sustentar la pretensión de

nulidad absoluta de los artículos en que se obligó a responder por las obligaciones “que subsistan” a cargo de los CEDENTES como gestores de las HYDROS.” y a la vez considera que “Esta pretensión demuestra el empeño de AGUAS DE BOGOTA en sustraerse a las consecuencias de su probado demostrado incumplimiento: si se declarasen nulas sus obligaciones AGUAS DE BOGOTÁ nada habría incumplido. Pero ¿cuál es el vicio o la ilicitud en la obligación de AGUAS DE BOGOTA de no perjudicar a las socias gestoras con las deudas que ella misma, como administradora, dejara de pagar?

Concluye diciendo que “[d]ada su manifiesta carencia de fundamento, es fuerza desestimar estas pretensiones”.

## **B. Relacionadas con las excepciones contra las pretensiones de la demanda principal.**

### **1. De las Excepciones propuestas por el doctor GIRALDO en representación de sus poderdantes:**

#### **PRIMERA EXCEPCIÓN:**

Inexistencia de responsabilidad de las sociedades Hydros Colombia S.A., Vision Catastral Centro de Información Unificado S.A., Gestorías de Agua S.A. y Riagro S.A. de los hechos aducidos como supuesto incumplimiento contractual, u originadores de responsabilidad contractual

Está encaminada a demostrar que las demandadas no tienen obligación “derivada de la falta de diligencia y cuidado de la sociedad demandante al efectuar el acuerdo privado de cesión de acciones de la sociedad Gestaguas S.A.

Para sustentarla invoca en el capítulo de los hechos el acuerdo privado de cesión de acciones celebrado entre las partes el día 30 de junio de 2005 y para el efecto transcribe el artículo primero y el cuarto considerando de dicho acuerdo. Invoca en derecho normas legales para argumentar que el contrato es una ley para las partes, especialmente los artículos 1495, 1502 y 1602 del Código Civil y 864 del Código de Comercio y concluye diciendo que la disposición contractual transcrita, refiriéndose al cuarto considerando del acuerdo, “...es LEY PARA LOS CONTRATANTES y por tanto el

demandante no puede alegar que desconocía o ignoraba alguna circunstancia esencial o determinantes (sic) para la celebración del negocio”

En su alegato de conclusión considera en relación con el artículo primero del acuerdo de cesión que “está probado que la intención de las partes fue celebrar la cesión de las acciones de Gestaguas S.A. y no la compra de las 3 empresas Hydros...” con el testimonio de Felix Betancour Aduen (folios 37 y 38 de la transcripción), la confesión de Luis Fernando Barth Tobar (folio 33 de la transcripción, el informe de gestión del gerente de la demandante (folios 1387 a 1388, Tomo 3 de pruebas) y el contrato mismo (folios 1 a 33 tomo 1 de pruebas), y en relación con el considerando cuarto del acuerdo de cesión que “se encuentra probado que durante un período de 4 o 5 meses efectuaron estudios de debida diligencia, que fueron efectuados con varios equipos del Acueducto de Bogotá, que durante todo el tiempo tuvieron acceso a todos los documentos, visitas de campo e informaciones que requirieran”. Además considera que no está probado porque no fue presentado el estudio del Due Dilligence que practicó Aguas de Bogotá, por lo tanto se desconoce su alcance y los hechos conocidos o no de dicho estudio, con los testimonios de Felix Betancour Aduen (folios 5, 7 20 de la transcripción), Vicente Cavalli Papa (folio 5 de la transcripción) y Giovanni Vincenzo Papa (folios, 9, 10, 11, 21, 23, 26, 29 y 30 de la transcripción).

La convocante considera improcedente esta excepción toda vez que a su juicio “se encuentran acreditados los diversos incumplimientos en que incurrió la parte convocada, y las reprochables conductas adelantadas, de cara con las obligaciones mínimas que un hombre de negocios debe observar en el marco de la buena fe y de una relación contractual y particularmente , del Acuerdo de Cesión, tantas veces mencionado”, por lo cual estima que no puede sustraerse de la responsabilidad derivada de dichos incumplimientos y conductas.

### **SEGUNDA EXCEPCIÓN:**

Inexistencia de la obligación por incumplimiento de la sociedad demandante del acuerdo privado de cesión de acciones de la sociedad Gestaguas S.A., el día 30 de junio de 2005, o excepción de contrato no cumplido

Con esta excepción pretende demostrar el incumplimiento de la sociedad demandada al acuerdo privado de cesión de acciones de Gestaguas S.A., celebrado el 30 de junio de

2005, frente a las sociedades cedentes. Para el efecto invoca en el capítulo de los hechos el acuerdo privado de cesión de acciones celebrado entre las partes y transcribe los artículos primero, sexto y séptimo del acuerdo.

En el hecho Quinto de esta excepción afirma que “la sociedad AGUAS DE BOGOTÁ S.A. por sí misma, o a través de la sociedad GESTAGUAS S.A. INCUMPLIÓ EN REITERADAS OPORTUNIDADES el acuerdo privado de cesión de acciones de la sociedad GESTAGUAS S.A., celebrado el 30 de junio de 2005...” y para el efecto relaciona los siguientes siete (7) incumplimientos:

- Incumplimiento número uno:

No convocó las asambleas de accionistas de las HYDROS dentro del plazo de 6 meses para aprobar la cesión del interés social de los CEDENTES, según lo pactado en el artículo sexto del acuerdo.

El acuerdo se celebró el 30 de junio de 2005 y las asambleas de las HYDROS se convocaron para las siguientes fechas, según los hechos de la demanda: Hydros Mosquera para el 30 de marzo de 2006, Hydros Melgar para el 25 de marzo de 2006 e Hydros Chía para el 31 de marzo de 2006.

En su alegato de conclusión considera que este incumplimiento se encuentra probado con el dictamen pericial y la prueba documental que allí se relaciona.

Concluye diciendo que las asambleas de accionistas fueron convocadas NUEVE (9) meses después de celebrado el acuerdo privado de cesión de acciones de la sociedad Gestaguas S.A. , y no seis (6) meses como estaba previsto en el artículo sexto del citado acuerdo, constituyéndose en un incumplimiento de las obligaciones contractuales de los cesionarios, esto es de AGUAS DE BOGOTÁ S.A.

- Incumplimiento número dos:

No reportó e inscribió en el registro mercantil el hecho de que, según el acuerdo, los CEDENTES quedaron marginados a partir del 30 de junio de 2005 de toda operación social y por tanto dejaron de controlar , dirigir, administrar y operar las tres sociedades HYDROS, y la CESIONARIA asumió la administración total y el control de

las sociedades. Sostiene que frente a dicha situación, incumplieron obligaciones legales y por tanto contractuales, como quiera que estas normas se incorporan a la seguridad jurídica de los CEDENTES y de los terceros en general.

Tampoco celebraron asambleas generales de accionistas dentro de los plazos que establece la ley.

En su alegato considera que este incumplimiento está probado con los certificados de existencia y representación legal de la sociedad demandante y de la sociedad Gestaguas S.A. expedidos por la Cámara de Comercio aportados con la demanda, sus contestaciones y reconveniciones, así como con la prueba pericial al apreciar que “no se encontraron balances consolidados para los años terminados 2005 y 2006, ni papeles de trabajo que presenten los ajustes correspondientes a la consolidación en Gestaguas S.A” y “en las notas a los estados financieros no hacen referencia a la situación de control Folios 83, 84, 85 y 86 del experticio, pregunta No. 7 parte convocada Hydros Colombia y otros.”.

- Incumplimiento número tres:

Retardó y demoró la protocolización de la reforma de estatutos de HYDROS MELGAR S EN C.A ESP contenida en el acta N° 11 del 25 de marzo de 2006, consistente en la cesión del interés social de los CEDENTES.

Dice que la “protocolización” se hizo en el año 2007, “incurriendo en negligencia que constituye incumplimiento del acuerdo privado de cesión de acciones de Gestaguas S.A.

En su alegato de conclusión, considera probado este incumplimiento con la prueba pericial en la que se indica que la reforma estatutaria fue elevada “a escritura pública en la escritura N° 5056 del 4 de octubre de 2007 (Folios 77 del peritaje y 50 de la complementación) pregunta N° 6, numeral 3 cuestionario parte convocada Hydros Colombia S.A. y otros”.

- Incumplimiento número cuatro:

No constituyó el encargo o fiducia en garantía en el término acordado, que era de tres meses a partir del 30 de junio de 2005, lo cual significa que ha debido constituirse el 30 de septiembre de 2005 y se constituyó el 18 de octubre de 2005, “esto es, tres meses y dieciocho días después de firmado el acuerdo, razón por la cual el plazo previsto en el acuerdo, fue incumplido”.

En el alegato de conclusión, considera probado este incumplimiento con la prueba pericial según consta en “(folios 78, 79 del experticio) Pregunta 6 numeral 4 cuestionario parte convocada Hydros Colombia y otros”

Además, menciona que “se encontró que se incumplió la obligación de reponer los fondos en fiducia testimonio José Alonso Muñoz Redondo: No se ha hecho reposición” (Página 93 de la Trascrición” y en los “Oficios Fiduciaria Helm Trust, solicitando reposición del fondo fiduciario, entre Agosto de 2006 y enero de 2009. 12 comunicaciones, folios 47 a 84 tomo 10 pruebas, folios 357 a 348 tomo 10 pruebas”.

- Incumplimiento número cinco:

“... no remitió las cartas a cada entidad financiera en donde de manera clara los libera de cualquier responsabilidad”, “ni efectuó gestión alguna para cumplir la obligación a su cargo”, incumplimientos que fundamenta en el artículo séptimo del acuerdo privado de cesión, Dice además que la cesionaria “no presentó comunicación alguna ni documento alguno a los CEDENTES en el que se les liberara de responsabilidad alguna en las garantías constituidas sobre créditos y demás obligaciones financieras” y que “el atraso en el pago de obligaciones de las sociedades controladas por AGUAS DE BOGOTÁ S.A. ha tenido consecuencias en la calificación financiera ...” de las demandadas.

En el alegato de conclusión considera probado este incumplimiento con la prueba pericial toda vez que, según su apreciación, “la perito no encontró ningún documento que diera cuenta de cartas enviadas a las entidades financieras liberando a los cedentes de cualquier responsabilidad (Folio 80 del experticio)”. También afirma en su alegato que en “Oficio cedentes a Gestaguas S.A. , Agosto 23 de 2005, folios 13 y 14 tomo 13 de las pruebas, reclama incumplimiento por haber tomado un crédito por la suma de \$150 millones en el Banco de Occidente por cuenta de Hydros Mosquera S en

C.A. sin excluir la responsabilidad de los socios gestores cedentes. También aparece a los folios 265 y 266 del tomo 26”.

- Incumplimiento número seis:

No obtuvo comunicación escrita del eventual acreedor que exprese que libera de tales créditos a los cedentes que conserven la calidad de gestores, refiriéndose a los nuevos créditos que se obtengan a partir del 30 de junio de 2005, incumpliendo el parágrafo del artículo séptimo del acuerdo.

Invocando también el artículo séptimo del contrato, afirman que las sociedades Hydros desde el 30 de junio de 2005, hasta la fecha, han celebrado todo tipo de contratos y mantienen un alto volumen de cuentas por pagar (deudas), muchas de ellas con atrasos considerables; han celebrado diferentes acuerdos de pago con acreedores de diferente tipo; no han obtenido de manera previa una comunicación escrita del eventual acreedor liberando a los cedentes de tales créditos, mientras conserven la calidad de gestores,

Adicionalmente afirman que algunas de las sociedades cedentes, hoy demandadas, conservan la calidad de gestores en Hydros Chía S en C.A ESP e Hydros Mosquera S en C.A ESP, y que hasta los primeros meses de 2007 lo eran de Hydros Melgar S en C.A. ESP.

En resumen, dice que “la conducta del EL CESIONARIO se constituye en un claro incumplimiento del acuerdo privado se (sic) de acciones de la sociedad GESTAGUAS S.A.”.

En el alegato de conclusión considera probado este incumplimiento con la prueba pericial (folio 80 del experticio) y la prueba documental que allí relaciona

- Incumplimiento número siete:

No indemnizó los daños y perjuicios causados por la ocurrencia de embargos judiciales sobre activos de las sociedades HYDROS COLOMBIA S.A., FRIZO LTDA e INVERSIONES ZÁRATE GUTIERREZ S EN C S. (cedentes del acuerdo).

Para el efecto, cita el artículo sexto del acuerdo y menciona los siguientes procesos en los cuales se han dictado medidas cautelares de embargo en las cuentas bancarias de las sociedades HYDROS COLOMBIA S.A. e INVERSIONES ZARATE GUTIERREZ S EN C S

- Proceso ejecutivo de mayor cuantía, radicado con el número 0172-05, ante el juzgado Primero Civil del Circuito de Melgar; Tolima, instaurado por EMPUMELGAR en contra de Hydros Melgar S en C.A ESP y otros.
- Proceso ejecutivo de mayor cuantía, radicado con el número 0183-05, ante el juzgado primero Civil del Circuito de Melgar; Tolima, instaurado por ASEO ESPECIAL en contra de Hydros Melgar S en C.A ESP y otros.
- Proceso ejecutivo laboral, radicado con el número 098-01 , ante el juzgado segundo Civil del Circuito de Melgar; Tolima, instaurado por ASEO ESPECIAL instaurado por MYRIAM JIMENEZ en contra de Hydros Melgar S en C.A ESP y otros.

Destaca que las citadas sociedades son cedentes en el acuerdo de cesión de acciones de Gestaguas S.A. y también demandadas en este proceso arbitral; reitera que la cesionaria no ha indemnizado los daños y perjuicios ocasionados a las sociedades cedentes, ni ha ofrecido o intentado ofrecer fórmula de cumplimiento de la obligación contractual, e insiste en que su conducta se constituye en un incumplimiento del citado acuerdo.

Con base en lo anterior, invoca finalmente el artículo undécimo del acuerdo que estipula una cláusula penal de \$2000 millones, reajustables anualmente con el IPC, en caso de incumplimiento de las obligaciones contractuales

Como fundamentos de derecho cita los artículos 1602, 1608 y 1609 del Código Civil y el artículo 870 del Código de Comercio.

En el alegato de conclusión considera probado el incumplimiento anterior con la prueba pericial (folios 80. 81 y 82 del experticio), la declaración del señor Luis Fernando Barth Tovar y la prueba documental que allí relaciona

La convocante desestima esta excepción y en su alegato de conclusión hace un análisis de la excepción de contrato no cumplido y del artículo 1609 del Código Civil, para

considerar, de una parte, que en el presente caso no se da el supuesto del incumplimiento recíproco y, de otra, que “las principales prestaciones a su cargo se cumplieron oportunamente y a cabalidad”, para lo cual se apoya en lo dicho en el Capítulo II de su alegato, en el estudio que hace de las pretensiones de la demanda de reconvencción y en la confesión ficta del representante legal de la sociedad INVERSIONES ZARATE GUTIÉRREZ & CIA, por aplicación de los efectos legales de que trata el artículo 210 del C.P.C a la pregunta número 12 del cuestionario formulado en sobre cerrado, cuyo tenor era el siguiente, todo ello según la decisión adoptada por ese Tribunal en la audiencia del 18 de marzo de 2009, que consta en el acta No.18 (folios 357-362 del cuaderno principal N° 3):

“Diga como sí es cierto, sí o no, que AGUAS DE BOGOTÁ - en su condición de cesionario- ha cumplido integralmente el "ACUERDO PRIVADO DE CESIÓN DE ACCIONES DE LA SOCIEDAD GESTAGUAS S.A. E.S.P”.

Adicionalmente, considera que la parte convocada se refiere a la supuesta falta de Aguas de Bogotá S.A. en el pago de obligaciones que han dado lugar a que las sociedades demandadas hayan sido vinculadas a procesos ejecutivos, y a la infracción relativa a reponer los dineros de la fiducia en garantía, conductas que a su juicio no constituyen incumplimientos negociales, por lo cual esta excepción no debe prosperar.

**TERCERA EXCEPCIÓN: (En el alegato de conclusión se cita como la cuarta excepción)**

“Prohibición legal de demandar a las sociedades Hydros Colombia S.A., Constructora Nemesis S.A., Inversiones Zárate Gutierrez y Cia S en C.S., Inversiones Albaida S.A., Vision Catastral Centro de Información Unificado S.A., Gestorías del Agua S.A., Inversiones Industria y Construcciones Ltda, Riagro S.A., Cementos Tequedama S.A. Pidsa S.A., y TVO Conectado S.A., por tener la sociedad Aguas de Bogotá S.A. la condición de representante, o falta de legitimación”

Mediante esta excepción pretende “demostrar que AGUAS DE BOGOTÁ S.A., en virtud del acuerdo privado de cesión de acciones de Gestaguas S.A., es representante de las sociedades cedentes y por tanto no puede actuar de contraparte, y por tanto no tiene legitimación para demandar”.

La sustenta invocando en el capítulo de los hechos el acuerdo privado de cesión de acciones celebrado entre las partes y para el efecto transcribe el artículo primero, destacando que el último párrafo de este artículo confiere a Aguas de Bogotá S.A , en su calidad de cesionario, a través de GESTAGUAS S.A., el control, operación, dirección de las sociedades HYDROS, en virtud de lo cual “los negocios o actuaciones celebrados por Aguas de Bogotá S.A., en su calidad de cesionario, a través de Gestaguas S.A., comprometen y obligan frente a terceros a las sociedades Gestoras de las sociedades Hydros Chía S en C.A ESP, Hydros Mosquera S en C.A ESP e Hydros Melgar S en C.A. ESP, gestores que se encuentran hoy demandados”.

Destaca que los cedentes son gestores de las sociedades Hydros, con excepción de Hydros Melgar S en C.A.ESP en la que dejaron de serlo a partir del año 2007; que en los estatutos sociales de la Hydros se estableció como gestor delegado a la sociedad GESTAGUAS S.A. y que los cedentes, al ser gestores de dichas sociedades “tienen formalmente y ante terceros, la totalidad de obligaciones y deberes que les impone la Ley en su condición de gestores de este tipo de sociedades”.

Como fundamento de derecho cita los artículos 839 y 832 del código de comercio.

En el alegato de conclusión reproduce lo dicho en su demanda.

La convocante, en su alegato de conclusión, considera que la parte convocada incurre en un yerro manifiesto al proponer esta excepción “porque AGUAS DE BOGOTÁ no es representante de los Cedentes que son gestores de las Hydros. Cosa distinta es que con fundamento en los artículos 310 y siguientes del Código de Comercio, en concordancia con el 352, ibídem, los gestores puedan delegar la administración en un consocio gestor, caso en el cual el delegatario NO representa a los Cedentes, sino a la propia sociedad en comandita.”

Además estima que “no es posible proponer esta excepción, que emana de la prohibición de la "autocontratación" en materia de derecho privado, respecto de la representación voluntaria (art. 839 del C. de Co.), a una situación que trasciende del derecho de los contratos y se refiere a la capacidad de accionar que tiene cualquier persona frente a su contraparte negocial”, porque “...lo que no permite la ley mercantil es que una persona que representa a otra en ejercicio de un mandato con representación, actúe como contraparte de ella en un negocio jurídico, lo que no

impide que el mandante y el mandatario con representación incurran en diferencias que deban ser resueltas por la jurisdicción, en cuyo caso, por supuesto, podrán ejercer el derecho a accionar. La tesis es tan absurda que si un representante incurre en un caso de "autocontratación", las diferencias que surjan de dicha relación jurídica jamás podrían ser tramitadas ante la jurisdicción."

**CUARTA EXCEPCIÓN: (En el Alegato de Conclusión se cita como quinta excepción)**

"Prueba en contra del demandante de los libros y papeles de comercio, especialmente la contabilidad, por no ser llevados en legal forma."

Busca demostrar que la sociedad demandante no llevó su contabilidad, estados financieros y demás actuaciones en forma legal, es decir de acuerdo con la ley, y que por tanto, los libros de comercio solamente harán fe en su contra.

Para sustentarla invoca en el capítulo de los hechos el acuerdo privado de cesión de acciones celebrado entre las partes y para el efecto transcribe el artículo primero.

Además de destacar nuevamente que AGUAS DE BOGOTA S.A. ejerce el control de las HYDROS a través de GESTAGUAS S.A., según el citado acuerdo, menciona el hecho de que ni AGUAS DE BOGOTÁ S.A. ni GESTAGUAS S.A. dejaron constancia en documento privado de haberse configurado una situación de control, ni se inscribió dicha situación de control en el registro mercantil, teniendo en cuenta que AGUAS DE BOGOTA S.A. adquirió el 86% de las acciones de GESTAGUAS S.A.

También advierte, como consecuencia de lo anterior, que GESTAGUAS S.A. y AGUAS DE BOGOTÁ S.A., esta última en su calidad de cesionario, no prepararon ni difundieron estados financieros de propósito general consolidados para los años 2005 y 2006, ni fueron sometidos a consideración de los socios o accionistas. Afirmo, además, que no acompañaron "a los estados financieros las notas".

Lo anterior para concluir que las dos sociedades mencionadas, esto es, GESTAGUAS S.A. y AGUAS DE BOGOTÁ S.A., no prepararon ni difundieron estados financieros para los años 2005 y 2006 de acuerdo con la ley y, por tanto, "su contabilidad no se lleva en legal forma"

Como fundamento de derecho cita los artículos 260, 261 y 271 del Código de Comercio y los artículos 35 y 36 de la ley 222 de 1995

En el alegato de conclusión considera probado este incumplimiento con la prueba pericial (Folios 83, 84, 85 y 86 de la experticia, pregunta 7 parte convocada Hydros Colombia S.A. y otros) y la prueba documental consistente en el propio acuerdo privado de cesión de acciones de Gestaguas S.A, (folios 1 a 33 Tomo 1 de las pruebas) al pactarse en su cláusula primera lo siguiente: “...Lo anterior, en razón a que LOS CEDENTES a partir de la fecha de cesión de las acciones de Gestaguas S.A., quedan marginados de todas las operaciones sociales y por tanto dejaran de controlar, dirigir, administrar y operar las sociedades Hydros Chía S. en C.A.E.S.P., Hydros Mosquera S. en C.A.E.S.P. e Hydros Melgar S. en C.A.E.S.P., actividades que desarrollará de manera exclusiva y bajo la absoluta responsabilidad de EL CESIONARIO a través de Gestaguas S.A.” (Se suprime el subrayado y la letra cursiva del original).

La convocante, en su alegato de conclusión, desestima esta excepción al argumentar lo siguiente:

“En caso de que fuera cierta, que no lo es, esta excepción genérica no tiene *per se* la capacidad de hacer imprósperas las pretensiones de la demanda de un comerciante que no ajusta su contabilidad a los mandatos de ley.

Lo que ocurre es que según la tarifa legal probatoria prevista en los artículos 68, 69 y 70 del Código de Comercio y 271 del C.P.C. es posible que por irregularidades en la contabilidad de un empresario quede probado el hecho que su contraparte pretendía mediante la exhibición de la contabilidad.

Pero como en este caso no se ha procedido a la exhibición de los libros contables de AGUAS DE BOGOTÁ, a la que nunca se practicó inspección judicial, tal excepción carece de sentido, por petición de principio.”

#### **QUINTA EXCEPCIÓN: (En el Alegato de conclusión se cita como sexta)**

“Ausencia de estados financieros o responsabilidad de Aguas de Bogotá S.A., demandante, atribuibles a su actuación como controlador, director, administrador y operador de las sociedades Hydros Chia S en C.A. ESP, Hydros Mosquera S en C.A. ESP e Hydros Melgar S. en C.A. ESP.”

Pretende demostrar la responsabilidad de la sociedad AGUAS DE BOGOTA S.A., en su condición de administrador, controlante, operador y director, por no haber efectuado

rendición de cuentas de fin de ejercicio, junto con la aprobación de los estados financieros.

Para sustentarla invoca en el capítulo de los hechos el acuerdo privado de cesión de acciones celebrado entre las partes, transcribe el artículo primero del acuerdo y los hechos de la excepción anterior, agregando que no celebraron ni convocaron dentro de los plazos, las asambleas ordinarias de las sociedades HYDROS y que “los estados financieros, sus notas, y los informes de administración de las sociedades Hydros Chía S en C.A ESP, Hydros Mosquera S en C.A ESP e Hydros Melgar S en C.A. ESP, no cuentan con la aprobación del órgano competentes que es la asamblea general de accionistas”.

Como fundamento de derecho cita los artículos 200, 260 y 261 del Código de Comercio y los artículos 35 , 36, 42, 46 y 47 de la ley 222 de 1995.

En el alegato de conclusión considera probado este incumplimiento con la prueba pericial (folios 83, 84, 85 y 86 del peritaje, pregunta 7 parte convocada Hydros Colombia S.A. y otros.), con el testimonio del señor José Alonso Muñoz Redondo y la prueba documental consistente en el propio acuerdo de cesión y en las actas de asambleas y juntas directivas que allí relaciona.

La convocante, en su alegato de conclusión, estima que esta excepción no está llamada a prosperar por las siguientes razones:

“Sostiene la Parte Convocada que AGUAS DE BOGOTÁ no efectuó rendición de cuentas de fin de ejercicio, ni la correspondiente aprobación de los estados financieros, en su condición de "controladora".

“Esta excepción no tiene fundamento legal. Al respecto de observa que no es cierta la situación de control que se pretende predicar de GESTAGUAS sobre las Hydros, de conformidad con lo conceptuado por la Superintendencia de Sociedades, que en su oportunidad señaló, "(...) teniendo en cuenta la reforma introducida al artículo 27 de los Estatutos Sociales realizada a 5 de julio de 2005, resulta claro que se desvirtúa el presupuesto de control señalado en el numeral 1 del artículo 261 del Código de Comercio, toda vez que se requiere un numero plural de por lo menos el 90% de las acciones suscritas, para adoptar decisiones, tales como (...)" 222... lo cual hace inocua todas las excepciones que parten de dicho supuesto". (Se refiere al concepto de la

Superintendencia de Sociedades, de fecha 6 de diciembre de 2007. Cuaderno principal N° 3 Folios 230 a 232.)

**SÉPTIMA EXCEPCIÓN PARCIAL:**

Esta excepción, según la contestación a la demanda, consiste en que se tenga que la sociedad GESTORIAS DEL AGUA S.A. no fue cedente de las acciones de Gestaguas S.A., no recibió remuneración alguna, no es socia gestora de las sociedades Hydros Chía S en C.A ESP, Hydros Mosquera S en C.A ESP e Hydros Melgar S en C.A. ESP, y por lo tanto no debe prosperar contra ella ninguna condena.

Respecto a esta excepción no hubo pronunciamiento particular por parte de las convocadas en su alegato de conclusión.

La demandante, en su alegato de conclusión, considera lo siguiente:

“La sociedad FRIZO LTDA. es parte del Acuerdo de Cesión y en nombre de ella actuó el señor Luis Vicente CAVALLI. Por ende, la acción propuesta por la Parte Convocante debía involucrar a dicha sociedad, tanto más como que ella era gestora cedente del interés social de Hydros Melgar.

Ello es así como quiera que se trata de la sociedad FRIZO LTDA., que, según consta en el certificado de existencia y representación expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, el 4 de noviembre de 2008, mediante escritura pública No. 0075, del 29 de septiembre de 2006, modificó su nombre por el de GESTORÍAS DEL AGUA S.A.”.

**OCTAVA EXCEPCIÓN PARCIAL:**

Con esta excepción se pretende demostrar que el Tribunal de Arbitramento no tiene jurisdicción o competencia para decidir sobre pagarés y facturas cambiarias por cuanto su existencia, legalidad y cobro se discuten ante la justicia civil.

Para sustentarla invoca en el capítulo de los hechos el acuerdo privado de cesión de acciones celebrado entre las partes, transcribe el artículo primero, se refiere al control que AGUAS DE BOGOTÁ S.A. ejerce sobre las Hydros a través de GESTAGUAS S.A., destaca algunos hechos de la demanda que se refieren a los pagarés y a las facturas (hechos 2.48 a 2.58, inclusive), así como la existencia de los procesos ejecutivos mencionados en el hecho 2.58 de la demanda, para afirmar que en dichos procesos se discute la existencia, validez y supuesta exigibilidad a los giradores y endosantes HYDROS MELGAR S EN C A E.S.P. y GESTAGUAS S.A. y que “como quiera que HYDROS

COLOMBIA S.A tiene el proceso que le corresponde la radicación 2006-701, en el juzgado trece Civil del circuito de Bogotá, es la Justicia civil, quien ya está conociendo todo lo relativo a dichos títulos valores”.

En relación con las facturas destaca nuevamente los hechos de la demanda 2.48 a 2.59 y menciona que el 23 de febrero de 2007 GESTAGUAS S.A. e HYDROS COLOMBIA S.A. celebraron un acuerdo privado de negociación, por medio del cual “GESTAGUAS S.A. reconocía la existencia de tales facturas, su endoso y se comprometió a pagar dentro de un plan de pagos establecido dentro del mismo acuerdo”, aclarando que “...no obstante el acuerdo, Gestaguas S.A., no ha pagado la obligación contenida en el mismo”.

Respecto a esta excepción no hubo pronunciamiento particular por parte de las convocadas en su alegato de conclusión.

La convocante, en su alegato de conclusión, afirma lo siguiente para considerar que el Tribunal debe desestimar esta excepción:

“Nadie discute que los pagarés se estén cobrando ante la jurisdicción civil en procesos ejecutivos o que se haya intentado su cobro a favor de los usurpadores, con mal suceso para ellos.

Pero ocurre que en este proceso no se pretende que el Tribunal asuma competencia sobre el cobro de los mismos, ni sobre su existencia o validez, como lo alega el excepcionante, sino que se formule una declaración en torno a la circunstancia de que dichos pagarés formaban parte del patrimonio enajenado y por tal circunstancia deben seguirse las consecuencias contractuales y legales por haberse dispuesto de los mismos.”

## **2. De las Excepciones propuestas por el doctor GIRALDO en representación de FRIZO S.A. y GESTORÍAS EN ACUEDUCTOS S.A.**

La excepciones segunda a novena, inclusive, propuestas por estas sociedades, son iguales a las ocho (8) excepciones propuestas por las sociedades VISION CATASTRAL CENTRO DE INFORMACION UNIFICADO S.A. antes EVOLUCION SERVICIO Y TECNOLOGÍA S.A., RIAGRO S.A., GESTORIAS DEL AGUA S.A., antes FRIZO LTDA e HYDROS COLOMBIA S.A,

La excepción adicional que proponen estas sociedades, como primera excepción, la denominan:

Responsabilidad de las sociedades- aplicación artículo 10 Ley 222 de 1995

Para sustentarla transcribe el citado artículo 10 de la ley 122 de 1995 y solicita su aplicación, teniendo en cuenta que:

- GESTORÍAS EN ACUEDUCTOS S.A. se escindió y transfirió en bloque parte de su patrimonio para crear la sociedad HYDROS DE COLOMBIA S.A. Afirma que GESTORÍAS EN ACUEDUCTOS S.A tiene un capital autorizado, suscrito y pagado de \$102 millones.
- GESTORÍAS DEL AGUA S.A. se escindió y transfirió en bloque parte de su patrimonio para crear la sociedad FRIZO S.A. Afirma que FRIZO S.A tiene un capital autorizado, suscrito y pagado de \$99 millones.

Respecto a esta excepción no hubo pronunciamiento particular por parte de las convocadas en su alegato de conclusión.

En su alegato de conclusión la convocante sostiene que precisamente tanto la sociedad FRIZO S.A. como la sociedad HYDROS COLOMBIA S.A. han sido demandadas con fundamento en el artículo 10 de la ley 222 de 1995, toda vez que las mismas son beneficiarias de las escisiones de las sociedades GESTORÍAS DEL AGUA S.A. (antes FRIZO LTDA) y GESTORÍAS EN ACUEDUCTOS S.A. (antes HYDROS COLOMBIA S.A.), como consta en las escrituras públicas que cita en su alegato.

### **3. De las excepciones de las sociedades representadas inicialmente por el doctor ALARIO y después por el doctor ARCINIEGAS:**

El apoderado de las sociedades CONSTRUCTORA NEMESIS S.A., INVERSIONES ZARATE GUTIERREZ Y CIA S.C.S., INVERSIONES ALBAIDA S.A., INVERSIONES, INDUSTRIAS Y CONSTRUCCIONES LTDA, TVO CONECTADO S.A., PIDSA .S.A. y CEMENTOS TEQUENDAMA S.A. dio contestación a la demanda y propuso las siguientes excepciones, con fundamento en las razones que a continuación de cada una de ellas se indican:

#### **Prescripción**

“Los hechos relatados en la demanda corresponderían, en caso de que fueran ciertos, lo cual niego, al supuesto de hecho de las normas que establecen la nulidad relativa por virtud de actuaciones de los cedentes que estarían en posibilidad de causar error en el cesionario, con

miras a la celebración del contrato. Esos hechos, entonces, de corresponder a la realidad, habrían dado origen a la nulidad relativa del mismo. El término de 2 años previsto para la proposición en tiempo de la nulidad relativa expiró el 30 de junio de 2007, pues el contrato fue celebrado el 30 de junio de 2005”

Sobre esta excepción, la convocante en su alegato de conclusión manifiesta lo siguiente:

“Es francamente alucinante que se proponga esta excepción por la supuesta existencia de un vicio de consentimiento por error, cuando el Demandante no ha propuesto la pretensión de nulidad relativa por vicio del consentimiento.”

### **Petición de modo indebido**

“Los hechos relatados en la demanda corresponderían , en caso de que fueran ciertos, lo cual niego, a una responsabilidad precontractual que, en concordancia con la excepción anterior, serían el supuesto de hecho de las normas que establecen la nulidad relativa por razón de actuaciones de una de las partes que puede ocasionar error inducido en la otra”

La convocante considera en su alegato de conclusión lo siguiente:

“Se estructura esta excepción en el hecho de que los poderdantes en cuestión estiman de nuevo la existencia de una nulidad relativa ocasionada en el período precontractual, lo que no aparece ni por semejas en el libelo de demanda.”

### **Contrato no cumplido**

“Para que la demandante estuviera en posibilidad de solicitar el cumplimiento del contrato y la indemnización de perjuicios en la forma en que lo ha pedido, de acuerdo con los artículos 1546 y 1609 del Código Civil debería estar en situación de cumplimiento de sus obligaciones. No obstante, la sociedad demandante no ha ejecutado sus obligaciones que para ella se derivaron del acuerdo de cesión de acciones.”

Cita como ejemplo de su incumplimiento:

- La falta de pago de sus obligaciones que han dado lugar a procesos ejecutivos contra las sociedades demandadas.
- No reposición de fondos requeridos para mantener la garantía de la fiducia.

La convocante en su alegato de conclusión se remite al acápite 7.3 de su escrito de alegaciones finales que se refiere a la excepción de contrato no cumplido.

### **Inexistencia de perjuicios**

“Desde un comienzo AGUAS DE BOGOTA conocía que la esencia del negocio, que fue lo que motivó a las partes a entrar en negociaciones, consistía en la calidad de gestor delegado que ostentaba GESTAGUAS, y por esta razón se hizo la exclusión de activos en la forma en que fue pactada en los acuerdos celebrados por las partes. Las utilidades del negocio para AGUAS DE BOGOTA provendrían de la gestión relativa a la prestación de servicios de acueducto, alcantarillado y conexos en Melgar, Mosquera y Chía. Efectivamente así ha sido. El cedente no ha tenido pérdidas por razón del negocio. Por el contrario, las utilidades han sido de magnitud considerable. Exceden en mucho las posibles utilidades de los mejores negocios que se puedan realizar”.

La convocante en su alegato de conclusión dice lo siguiente:

“Esta excepción es contraevidente si se revisan en detalle las conclusiones sobre perjuicios que aparecen en el capítulo tercero y que se fundan, en buena medida, en la experticia decretada por el Tribunal.”

### **C. Relacionadas con la demanda de reconvención presentada por el doctor Giraldo.**

#### **Sobre las Pretensiones Principales y Subsidiarias:**

Para fundamentar sus pretensiones, en el capítulo de los hechos invoca el acuerdo privado de cesión de acciones celebrado entre las partes y para el efecto transcribe el artículo primero, el artículo sexto y el artículo séptimo del acuerdo. (hechos primero a quinto, inclusive).

En el hecho sexto afirma que “la sociedad AGUAS DE BOGOTÁ S.A. por sí misma, o a través de la sociedad GESTAGUAS S.A. INCUMPLIÓ EN REITERADAS OPORTUNIDADES el acuerdo privado de cesión de acciones de la sociedad GESTAGUAS S.A., celebrado el 30 de junio de 2005...” y para el efecto relaciona los siguientes siete (7) incumplimientos, los mismos a los que se refieren la excepción segunda y la excepción tercera en las dos contestaciones de la demanda principal, denominada:

“Inexistencia de la obligación por incumplimiento de la sociedad demandante del acuerdo privado de cesión de acciones de la sociedad Gestaguas S.A., el día 30 de junio de 2005, o excepción de contrato no cumplido”

En el hecho séptimo transcribe el artículo undécimo del acuerdo privado de cesión, referido a la cláusula penal estipulada, y en los hechos siguientes hace un relato de aquellos que le sirven de soporte para considerar el incumplimiento contractual y legal de la sociedad AGUAS DE BOGOTÁ S.A.

Los hechos que relata son los mismos que refiere en la contestación de la demanda para sustentar algunas de las excepciones de mérito propuestas, destacando que AGUAS DE BOGOTA S.A. ejerce el control de las HYDROS a través de GESTAGUAS S.A., según el citado acuerdo; que ni AGUAS DE BOGOTÁ S.A. ni GESTAGUAS S.A. dejaron constancia en documento privado de haberse configurado una situación de control, ni se inscribió dicha situación de control en el registro mercantil, teniendo en cuenta que AGUAS DE BOGOTA S.A. adquirió el 86% de las acciones de GESTAGUAS S.A.; que como consecuencia de lo anterior, GESTAGUAS S.A y AGUAS DE BOGOTÁ S.A., esta última en su calidad de cesionario, no prepararon ni difundieron estados financieros de propósito general consolidados para los años 2005 y 2006, ni fueron sometidos a consideración de los socios o accionistas, ni acompañaron “a los estados financieros las notas”, para concluir que las dos sociedades mencionadas, esto es, GESTAGUAS S.A. y AGUAS DE BOGOTÁ S.A., no prepararon ni difundieron estados financieros para los años 2005 y 2006 de acuerdo con la ley y, por tanto, “su contabilidad no se lleva en legal forma”. A estos hechos agrega que no celebraron ni convocaron dentro de los plazos, las asambleas ordinarias de las sociedades HYDROS y que “los estados financieros, sus notas, y los informes de administración de las sociedades Hydros Chía S en C.A ESP, Hydros Mosquera S en C.A ESP e Hydros Melgar S en C.A. ESP, no cuentan con la aprobación del órgano competentes que es la asamblea general de accionistas”.

**D. Relacionadas con las excepciones propuestas contra las pretensiones de la demanda de reconvención presentada por el doctor Giraldo.**

Surtido el traslado de la demanda de reconvención, AGUAS DE BOGOTÁ S.A., por conducto de su apoderado, le dio contestación y después de admitir algunos hechos, negar otros y hacer aclaraciones que contradicen la visión de los demandantes en reconvención, se opuso a todas y cada una de las pretensiones planteadas por parte de la actora en reconvención y propuso las siguientes excepciones:

**Inexistencia de los supuestos incumplimientos a las obligaciones contractuales por parte de Aguas de Bogotá S.A.**

Afirma que AGUAS DE BOGOTÁ S.A. no ha incumplido una sola de sus obligaciones derivadas del acuerdo privado de cesión de acciones de la sociedad GESTAGUAS S.A. y , por el contrario, las ha cumplido

Fundamenta esta excepción en el artículo 4 del Código de Comercio, artículo 822 del código de comercio y artículos 1602 y 1603 del código civil y demás disposiciones legales aplicables.

### **Indebida integración del contradictorio**

En relación con la segunda pretensión principal, en la que se solicita se declare resuelto de acuerdo de cesión de acciones de la sociedad Gestaguas S.A., celebrado el 30 de junio de 2005, considera que para que pueda prosperar esta pretensión, se requiere que al proceso se haya vinculado a todas aquellas personas que puedan resultar afectadas con la decisión del Tribunal y sin cuya participación no puede resolverse de fondo (litisconsorte necesario).

Desde este punto de vista, la demanda ha debido dirigirse contra GESTAGUAS S.A. respecto de quien el acuerdo privado de cesión de acciones de la sociedad GESTAGUAS S.A. ha consagrado derechos a su favor, como el del inciso quinto del artículo sexto del acuerdo que le confiere el derecho a que la fiducia en garantía pague sus prestaciones sociales y de seguridad social por todo el tiempo en que “los cedentes” conserven la calidad de gestores, además de que Gestaguas S.A. es el principal beneficiario de la fiducia.

Si el acuerdo se resuelve se estaría viendo afectada y vulnerada en sus derechos la sociedad GESTAGUAS S.A. sin que haya podido participar en el proceso arbitral.

Existe entonces un litisconsorcio necesario en el extremo pasivo (arts 83 y 51 CPC)

### **Indebida integración del contradictorio**

En los mismos términos de la excepción anterior, propone una indebida integración del contradictorio puesto que la demanda no se ha dirigido en contra de todos aquellos terceros que podrían ver afectados sus derechos en el remoto evento de prosperar la segunda (A2) pretensión principal de la demanda, y al respecto considera que: (i) la no vinculación de terceros significa que “la cuestión litigiosa no puede ser resuelta de manera uniforme en el sentido de declarar la resolución del acuerdo de cesión de acciones.”; (ii) los terceros son las personas a las que según el segundo

inciso del artículo séptimo del acuerdo se les confirió el “derecho a que AGUAS BOGOTÁ S.A. se haga cargo de dichas obligaciones (las obligaciones garantizadas de los Hydros) o, lo que es igual, las asuma”, y (iii) este derecho resultaría afectado de declararse la resolución del acuerdo, por lo que se requiere de la vinculación de los terceros a los que alude el acuerdo de cesión de acciones ( inciso segundo artículo séptimo) de manera que la pretensión no está llamada a prosperar por no haberse integrado debidamente el contradictorio.

Hace un estudio jurídico de la novación y de la asunción de deuda y establece sus diferencias, para concluir que los deudores iniciales no se liberaron de sus obligaciones y que AGUAS DE BOGOTÁ es un obligado solidario.

### **Improcedencia de la resolución del contrato**

Luego del estudio que hace del artículo 1546 del Código Civil, considera que la resolución del negocio jurídico y la indemnización de perjuicios ocasionada por el incumplimiento, sólo puede ser propuesta con éxito, por quien ha cumplido perfectamente con sus obligaciones o se ha allanado a cumplir.

Afirma que en el presente caso, según se manifiesta y prueba en la demanda principal, las sociedades que ahora actúan como demandantes en reconvención han incumplido de manera relevante con las obligaciones que para ellas se derivaron del acuerdo privado de cesión de acciones de la sociedad Gestaguas S.A., y desde esta óptica, dichas sociedades carecen de acción para solicitar la resolución del contrato.

### **Falta de legitimación en la causa por activa**

El fundamento de esta excepción consiste en que una de las sociedades demandantes en reconvención es HYDROS COLOMBIA S.A. y advierte que esta sociedad no fue parte del acuerdo privado de cesión de acciones, toda vez que se constituyó después en el año 2006, es decir, con posterioridad a la celebración del acuerdo privado. Considera que ha debido demandar Gestorías en Acueductos S.A., creada en 1999, cuyo antiguo nombre era el de Hydros Colombia S.A. y fue quien participó en el acuerdo. En estas condiciones estima que a Hydros Colombia S.A. no le asiste causa jurídica para demandar.

### **El demandante no puede alegar su propia culpa**

Arguye que la culpa del acreedor no es fuente de obligaciones. El actor no puede fundar sus pretensiones en la negligencia propia en la ejecución del contrato (art 835 C de Co).

### **Excepción de contrato no cumplido**

Esta excepción se basa en que los demandantes incumplieron y han incumplido en forma significativa el acuerdo privado de cesión de acciones de la sociedad Gestaguas S.A., como se menciona y prueba en la demanda principal arbitral (arts 1546 y 1609 del Código Civil).

El apoderado de AGUAS DE BOGOTÁ expone en su alegato de conclusión las razones que le asisten para considerar improcedentes las pretensiones de esta demanda de reconvencción y profundiza sus argumentos para sustentar las excepciones de mérito propuestas. (Capítulos VIII y IX).

### **E. Relacionadas con la demanda de reconvencción presentada por el doctor Alario.**

#### **Sobre las Pretensiones:**

En el Capítulo 2 de la demanda se hace una exposición sucinta y explicativa de los hechos (numeral 2.1) y una exposición circunstanciada de los hechos (numeral 2.2).

En el relato de los hechos presenta la visión de sus representadas sobre el negocio que celebraron con AGUAS DE BOGOTA S.A. ESP y su ejecución, para mencionar a partir del hecho 2.2.34 los siguientes incumplimientos en que incurrió la sociedad demandada:

- Incumplió su obligación de obtener de todo acreedor de las sociedades HYDROS una comunicación de que los gestores de estas compañías, cedentes en el contrato de transferencia de acciones, quedaban liberados (hecho 2.2.34)
- Incumplió su obligación de mantener siempre una cobertura por la suma de \$700 millones indexada a través de la fiducia celebrada con Helm Trust (hecho 2.2.35).

- “Ni las sociedades HYDROS ni AGUAS DE BOGOTA ni GESTAGUAS realizaron el pago de las obligaciones de aquellas. Estos pagos los tendrían que haber realizado, pues estaban obligadas a evitar que por su actuación u omisión se entablaran procesos ejecutivos en contra de las gestoras cedentes”. Relata que los procesos se han instaurado y se han embargado bienes de las sociedades demandadas, causándoles perjuicios (hecho 2.2.36.)
- Ni AGUAS BOGOTA ni GESTAGUAS han cumplido la obligación de reemplazar a los socios gestores cedentes como deudores solidarios de las obligaciones de las HYDROS (hecho 2.2.37)
- Los incumplimientos en el pago de las obligaciones de las HYDROS las han afectado en su historial crediticio (hecho 2.2.38).
- Han incumplido (AGUAS BOGOTA y GESTAGUAS) la obligación de manejar los recursos de las HYDROS a través de fiducias que los cedentes tenían constituidas para el efecto (hecho 2.2.39)
- HYDROS MELGAR se negó a aprobar la cesión del interés social (hecho 2.2.40)

El capítulo IV de su alegato de conclusión está encaminado a demostrar el INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO POR AGUAS DE BOGOTÁ S.A ESP, para lo cual argumenta lo siguiente:

“La cesión de las acciones a AGUAS DE BOGOTÁ se perfeccionó con su inscripción en el Libro de Registro de Acciones al día siguiente de la firma del CONTRATO, esto es, el 1.º de julio de 2005. En esa fecha se hicieron exigibles las obligaciones contraídas por AGUAS DE BOGOTÁ con los socios gestores:

- (i) Responder por las deudas «que subsistan» a cargo de los CEDENTES como gestores las HYDROS;
- (ii) Garantizarles su indemnidad por medio de dos fiducias mercantiles: las de recaudo y administración ya contratadas por cada una de las HYDROS, y una nueva fiducia de garantía, que AGUAS DE BOGOTÁ debía constituir dentro de los tres meses siguientes (30 de septiembre de 2005), con un patrimonio autónomo de \$700.000.000,00, que debía mantenerse constante durante todo el tiempo en que los CEDENTES apareciesen como socias gestoras en las HYDROS.
- (iii) Reunir los requisitos para formalizar la cesión del interés social de los CEDENTES. Y esto para que la cesión surtiera efectos frente a terceros, puesto que inter partes AGUAS DE BOGOTÁ ya «acepta la cesión»:

Enseguida transcribe el artículo primero del Acuerdo de Cesión y con fundamento en él, expone lo siguiente:

“Una vez efectuada la cesión de las acciones de Gestaguas S.A. antes referidas objeto del presente acuerdo, el CESIONARIO acepta la cesión a su favor del interés social que ostentan los CEDENTES como socios gestores en las sociedades Hydros Chía S. en C.A. ESP, Hydros Mosquera S. en C.A. ESP e Hydros Melgar S. en C.A. ESP siempre y cuando se obtengan los votos favorables requeridos para el efecto por los estatutos sociales de cada una de las citadas sociedades y que EL CESIONARIO declara conocer y aceptar, lo cual se perfeccionará mediante cualquier forma jurídica establecida en nuestra legislación nacional, en los términos del artículo sexto del presente acuerdo. Para este efecto, **EL CESIONARIO se obliga a través de Gestaguas S.A.** en su condición de Gestor Delegado **a convocar** a las Asambleas Generales de Accionistas de Hydros Chía S. en C.A. ESP, Hydros Mosquera S. en C.A. ESP e Hydros Melgar S. en C.A. ESP **y a obtener el quórum deliberatorio y decisorio favorable** requerido en los correspondientes estatutos sociales de cada una de las citadas sociedades para la reforma de estatutos sociales y para la cesión del interés social de los socios gestores. Quedando en consecuencia los CEDENTES que tiene[n] la condición de Gestores en las citadas sociedades liberados de esta prestación. No obstante lo anterior, los CEDENTES prestarán la mayor colaboración para el efecto. [...]» (Artículo primero, párrafo 4.º Resaltado fuera del texto).

AGUAS DE BOGOTÁ incumplió rotundamente estas tres obligaciones. El incumplimiento de cada una de ellas está patente en las piezas procesales que se reseñan enseguida.

**A) AGUAS DE BOGOTÁ INCUMPLIÓ SU OBLIGACIÓN DE RESPONDER POR LAS DEUDAS «QUE SUBSISTAN» A CARGO DE LOS CEDENTES COMO GESTORES DE LAS HYDROS**

Esta obligación emanaba del principio de buena fe y de la siguiente estipulación expresa de las partes:

«Sin perjuicio de lo anterior, el CESIONARIO a través de Gestaguas S.A., Hydros Chía S. en C.A. ESP, Hydros Mosquera S. en C.A. ESP e Hydros Melgar S. en C.A. ESP, responderá por las obligaciones que subsistan a cargo de los CEDENTES, como gestores de las sociedades Hydros Chía S. en C.A. ESP, Hydros Mosquera S. en C.A. ESP e Hydros Melgar S. en C.A. ESP que se encuentren garantizadas por medio de las fiducias de garantía a que se hace referencia en el presente documento. Lo anterior en razón a que los CEDENTES partir de la fecha de cesión de la [sic] acciones de Gestaguas S.A. quedan marginadas de todas las operaciones sociales y por tanto dejarán de controlar, dirigir, administrar y operar las sociedades Hydros Chía S. en C.A. ESP, Hydros Mosquera S. en C.A. ESP e Hydros Melgar S. en C.A. ESP, actividades que desarrollará de manera exclusiva y bajo absoluta responsabilidad el CESIONARIO a través de GESTAGUAS S.A.» (Artículo Primero, párrafo 6.º).

AGUAS DE BOGOTÁ hizo exactamente lo contrario.

Dejó de pagar todas las deudas de HYDROS MELGAR, por las cuales respondían solidariamente los socios gestores, especialmente INVERSIONES ZÁRATE GUTIÉRREZ & Cía. S.C.S. y dio lugar a una larga sucesión de embargos, incluido el de su razón social, con evidente perjuicio para esta sociedad. Igual infortunio ha corrido CONSTRUCTORA NÉMESIS S.A.

AGUAS DE BOGOTÁ, por medio de GESTAGUAS, dejó de pagar las obligaciones de HYDROS CHÍA, al extremo de someterla a una deuda de \$17.025'284.380 en el rubro de «Cuentas por Pagar», señaladamente con la EAAB por concepto de compras de agua, que no han sido pagadas; y la ha sometido a un reclamo de EMSERCHÍA que se tramita en estos mismos momentos, por el precio del servicio de aseo recaudado y no entregado a su propietaria.

Y para negarse a tramitar la cesión del interés social de INVERSIONES ZÁRATE GUTIÉRREZ & Cía. S.C.S. pretextó en carta del 2 de marzo de 2006 que se había promulgado la denominada Ley de Garantías, que a su particular manera de ver, le prohibiría cumplir con sus deberes derivados del CONTRATO y de la buena fe.

**B) AGUAS DE BOGOTÁ INCUMPLIÓ SU OBLIGACIÓN DE CONSTITUIR OPORTUNAMENTE LA FIDUCIA DE GARANTÍA POR \$700'000.000.**

AGUAS DE BOGOTÁ se obligó para con los socios gestores a garantizarles su indemnidad por medio de dos fiducias mercantiles, a saber:

- (i) Las de recaudo y administración ya contratadas por cada una de las HYDROS, y

(ii) Una segunda fiducia de garantía, que Aguas de Bogotá debía constituir dentro de los tres meses siguientes (30 de septiembre de 2005), constituida por un patrimonio autónomo de \$700.000.000,00, que debía mantenerse constante durante todo el tiempo en que apareciesen como socias gestoras en las HYDROS.

AGUAS DE BOGOTÁ simuló haber cumplido su obligación con sólo firmar el 18 de octubre de 2005 con HELM TRUST S.A. (antes FIDUCIARIA DE CRÉDITO) el Contrato de Fiducia Mercantil de Garantía. Ya para entonces había incurrido en mora. Porque en su cláusula quinta declaraba que apenas sí había solicitado un crédito con tal destinación.

Pero es más: la fiducia solo quedó constituida el 22 de diciembre de 2005, como consta en los documentos allegados por esa Fiduciaria (denominados «papeletas»), como el que enseguida se transcribe:

«CREDIFONDO  
Papeleta No. 1169521  
MOVIMIENTO DE ENCARGO FIDUCIARIO No. 034-64713-1  
FECHA CONSTITUCIÓN (D/M/A) 22/12/2005»

Todos estos incumplimientos perjudican injustamente a mis mandantes. Su patrimonio y su crédito están menoscabados.

Se ha frustrado uno de los propósitos cardinales de la Ley 142 de 1994:

«ARTÍCULO 14. [...]

**3.8. Estímulo a la inversión de los particulares en servicios público».**

## **F. Relacionadas con las excepciones contra las pretensiones de la demanda de reconvención presentada por el doctor Alario.**

Surtido el traslado de la demanda de reconvención, AGUAS DE BOGOTÁ S.A., por conducto de su apoderado, le dio contestación y después de admitir algunos hechos, negar otros y hacer aclaraciones que contradicen la visión de los demandantes en reconvención, se opuso a todas y cada una de las pretensiones planteadas por parte de la actora en reconvención y propuso las mismas excepciones que presentó en contra de la demanda de reconvención de las sociedades representadas primero por el doctor Giraldo, salvo la relativa a la **falta de legitimación en la causa por activa** debido a que dicha falta de legitimación es atribuible a la sociedad Hydros Colombia S.A. constituida en el año 2006.

Al igual que en el caso anterior, el apoderado de AGUAS DE BOGOTÁ expone en su alegato de conclusión las razones que le asisten para considerar improcedentes las pretensiones de esta demanda de reconvención y profundiza sus argumentos para sustentar las excepciones de mérito propuestas (Capítulos VIII y IX).

## **III. EL MARCO JURÍDICO APLICABLE A LAS PRETENSIONES DE LAS PARTES.**

Dadas la multiplicidad y variedad de asuntos de derecho que involucra esta controversia, se estima necesario plantear de manera previa algunas de las consideraciones jurídicas que lo han guiado en este laudo, sin perjuicio de otras de la misma índole y de los desarrollos que de ellas se hacen en los apartes pertinentes del fallo.

#### **A. La condición resolutoria tácita.**

Este litigio requiere que el Tribunal precise su entendimiento acerca de los alcances que, en relación con el contrato que lo genera, tienen, tanto la acción de resolución o de cumplimiento, seguida de la indemnización que corresponda, como la excepción de contrato no cumplido, respectivamente consagradas en los artículos 1546 y 1609 del Código Civil (en adelante, "C.C."). Ambas figuras son aplicables en los contratos comerciales de conformidad con lo dispuesto en el artículo 822 del Código de Comercio (en adelante, C.Co.); son propias de los contratos bilaterales, que son aquellos en los cuales, según se señala en el artículo 1496 del C.C., "...las partes contratantes se obligan recíprocamente"; y las dos tienen naturaleza sustantiva, y no procesal, pues se derivan del contrato a propósito del cual se litiga.

1. La llamada por la ley "condición resolutoria tácita" le permite al contratante que ha cumplido escoger una de dos peticiones: la resolución del contrato o su cumplimiento, en ambos casos con indemnización de perjuicios. Del sentido y del texto del artículo 1546 del C.C y de su equivalente comercial, el artículo 870 del C.Co., resulta que esa opción sólo está al alcance del contratante que ha cumplido, de manera que si ambas partes han incumplido, la condición no puede hacerse valer, y así ha sido expuesto por la Corte Suprema de Justicia, que en 1976 precisó que "Sin necesidad de exponer los antecedentes históricos de la acción resolutoria, ...basta...con tomar en consideración la forma como el señor Bello redactó el artículo 1546. Se puede pedir que se declare resuelto el contrato bilateral 'en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado' (subraya la Sala), no en caso de no cumplirse por AMBOS; y entonces 'podrá el otro contratante' (subraya de nuevo), es decir, el que no ha incumplido, ejercer alternativamente y a elección suya las acciones que por el artículo se le otorgan o reconocen. 'Tal caso' al cual hace referencia el texto, es uno solo: el de que no se haya cumplido por UNO de los contratantes lo pactado y el OTRO sí haya cumplido o allanándose a cumplir sus obligaciones oportunamente y en la forma como fueron pactadas. (-) No puede,

pues, el contratante que esté en mora, pedir la resolución del contrato bilateral, aunque el otro contratante haya incurrido en incumplimiento”<sup>4</sup>.

2. Como la acción de resolución por incumplimiento debe ser invocada por una parte cumplida, ésta no cabe si hay incumplimientos recíprocos; pero de ello no se deduce forzosamente un desinterés mutuo en el cumplimiento contractual, propio del llamado “mutuo disenso tácito”, que es un convenio extintivo que la jurisprudencia distingue de la disolución de un contrato bilateral que es efecto del incumplimiento resolutorio. Ha dicho la Corte que a través de éste “...se pide de manera unilateral por el contratante cumplido que el negocio se resuelva con restituciones e indemnización por daños a su favor, mientras que en el segundo lo solicitado ha de ser que el acto jurídico primigenio se tenga por desistido sin que haya lugar a resarcimiento de ninguna clase, puesto que no hay mora. (-)En lo que respecta al mutuo disenso tácito, es imperioso resaltar que no siempre que medie el incumplimiento de ambos contratantes se produce el desistimiento del contrato, puesto que es menester que los actos u omisiones en que consiste la inejecución, sean expresivos, tácita o explícitamente, de voluntad conjunta o separada que apunte a desistir del contrato.”<sup>5</sup>.
3. El incumplimiento de ambas partes no impide que se reclame la indemnización de los daños causados por éste. Desde el 3 de noviembre de 1977, la Corte Suprema de Justicia, rectificando una anterior doctrina, acepta que cualquiera que sea el objeto, y no sólo en el caso de las obligaciones de hacer (C.C., art. 1610), “...cuando se trata del incumplimiento de obligaciones de cualquier clase, nacidas del contrato bilateral, hay derecho a exigir indemnización de perjuicios como pretensión principal. (-) Por lo tanto, hay que distinguir en materia contractual, entre la indemnización moratoria y la compensatoria. La primera explicada en la falta transitoria del pago y la segunda por la inejecución absoluta o imperfecta de la obligación. Así en los casos en que no se justifica obligar al acreedor a exigir la ejecución de un objeto que ya no le interesa, es claro que éste tiene derecho a

---

<sup>4</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 23 de mayo de 1976, G.J. t.CLII, p.87. Y en 1945 falló en forma terminante que “El art. 1546 del C.C. no opera sino cuando uno de los contratantes cumplió debidamente con lo pactado o se allanó a cumplirlo dentro del plazo y modo estipulados, y cuando el otro, por un acto de su voluntad, no obstante el cumplimiento de la contraparte cuando es el caso, ha dejado de cumplir con lo pactado, en la forma y tiempo debidos” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 22 de noviembre de 1945, G.J.t. LIX, p.795)

<sup>5</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 7 de marzo de 2000. En el mismo sentido, la sentencia del 5 de noviembre de 1979.

demandar directamente, una indemnización compensatoria que comprenda todo el daño emergente y todo el lucro cesante, sin que sea necesario pedir la resolución del contrato”<sup>6</sup>.

Dicha doctrina ha sido reiterada por la Corte. Así, en sentencia del 18 de noviembre de 1999<sup>7</sup>, expresó que “...en los casos en que no se justificaría obligar al acreedor a exigir la ejecución de un objeto que ya no le interesa, es claro que tiene derecho a demandar directamente, en cumplimiento del correspondiente contrato, una indemnización compensatoria que comprenda todo el daño emergente y todo el lucro cesante sufridos por él como consecuencia de la inejecución absoluta o imperfecta (sic) de la obligación, sin que sea necesario pedir la resolución del contrato, que es cosa enteramente diferente y que puede no convenirle. Por ello, agrega la Corte, el art. 1546, da la opción de pedir la resolución o el cumplimiento, y una manera de cumplir el contrato es pagando el deudor al acreedor la indemnización compensatoria, es decir, los perjuicios padecidos, que deben ser demostrados cualquiera sea la causa del incumplimiento del contrato”.

Muy recientemente, en sentencia del 19 de octubre de 2009<sup>8</sup>, la Corte acudió otra vez a la doctrina sentada desde 1977, para precisar que a partir del fallo de aquél entonces, “... ha sido, doctrina constante de la Corte, dentro del ámbito de la preceptiva legal contenida en el artículo 1546 del Código Civil, la de que la indemnización de los daños derivada del incumplimiento constituye una prestación diferente y como tal puede exigirse, ya como pretensión accesoria, complementaria o consecencial de la resolución o del cumplimiento, bien como pretensión autónoma e independiente”.

4. Cuando un contrato bilateral genera varias obligaciones, y no todas ellas son de cumplimiento simultáneo, se debe precisar cuál es el orden en que las mismas deben ser cumplidas, pues ello determinará, en cada caso y respecto de cada obligación, cuál de los contratantes ha cumplido y cuál no, de lo cual dependerá la procedencia de la acción de resolución y de la excepción de contrato no cumplido

---

<sup>6</sup> Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 3 de noviembre de 1977. M.P. Ricardo Uribe-Holguín.

<sup>7</sup> Corte Suprema de Justicia, sala de Casación Civil, M.P. Jose F. Ramírez, exp. 5103.

<sup>8</sup> Corte Suprema de Justicia, sala de Casación Civil, M.P. William Namén. Ref. 05001-3103009-2001-00263-01.

contemplada en el artículo 1609 del C.C. y que también es inherente a los contratos bilaterales. La Corte ha fallado que “En caso de que todas las partes que celebraron el contrato sean negligentes en el cumplimiento de sus obligaciones, para las cuales ni la ley ni el contrato señalan orden de ejecución, la solución de la doctrina, no pudiéndose considerar como morosa a ninguna, es la improcedencia para todas de las acciones que alternativamente concede el inciso segundo del artículo 1546 del Código Civil.”<sup>9</sup> Ello implica que cuando el orden de cumplimiento puede determinarse, sí es posible establecer si una parte es cumplida y la otra no en relación con las obligaciones recíprocas, y también puede distinguirse entre el momento en que ha debido cumplirse con cada obligación, independientemente de si cada una de ellas es recíproca de otra a cargo de la otra parte.

5. La ley no distingue si cualquier incumplimiento da lugar a la acción de resolución, independientemente de su gravedad; pero la jurisprudencia, con buen tino, ha señalado que no es procedente cuando el incumplimiento en que se basa la correspondiente pretensión tiene muy escasa importancia en atención a los intereses de la parte que tal cosa pide; y es una cuestión propia de cada caso concreto establecer cuando se está frente a incumplimientos nimios o, por el contrario, de suficiente trascendencia como para proceder a destruir el contrato<sup>10</sup>. Ello, por supuesto, no obsta para la indemnización de perjuicios que corresponda.
6. La ley tampoco señala si el incumplimiento que da pie para escoger entre la resolución y el cumplimiento se refiere a una obligación correlativa a otra del contratante que demanda, de manera que cabe preguntarse si la condición se cumple en el evento del incumplimiento de una obligación, derivada, sí, de un contrato bilateral, pero que no sea de esas obligaciones recíprocamente interdependientes que definen la bilateralidad, como son en la compraventa las de pagar el precio y de transferir y entregar la cosa. Y esa cuestión tiene que ver con una situación de común ocurrencia, a saber, que en muchos contratos bilaterales existen obligaciones a cargo de una de las partes que no corresponden a obligaciones “recíprocas” a cargo de la otra, y que pueden ser de una gran importancia ante la intención de las partes o la naturaleza del respectivo contrato.

---

<sup>9</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 5 de noviembre de 1979.

<sup>10</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencias de 11 de septiembre de 1984, de 22 de octubre de 2000 y de 18 de diciembre de 2009.

Estima el Tribunal que sobre el particular hay que atenerse a la ausencia de distinción legal, en el entendido, claro, de que se trate de un incumplimiento grave en atención al respectivo contrato. Y ello porque en el artículo 1546 se señala que el hecho futuro e incierto allí previsto a propósito de la condición resolutoria tácita es el incumplimiento de "...lo pactado", de manera que, en forma acorde con la pertinente precisión jurisprudencial anotada acerca de la trascendencia de dicho incumplimiento, debe entenderse que el incumplimiento grave de cualquier obligación pactada en un contrato bilateral permite al respectivo acreedor escoger entre la acción de resolución o de cumplimiento, en ambos casos, siempre y cuando a su vez haya cumplido con las obligaciones a su cargo. Pero si el demandante es un contratante incumplido, sólo puede reclamar la indemnización del perjuicio sufrido; y este reclamo lo puede hacer cualquiera de los contratantes, incumplido o no, y directamente, esto es, sin necesidad de invocar el citado artículo 1546, tal y como lo ha precisado la jurisprudencia.

Así las cosas, y con base en las consideraciones precedentes, el Tribunal, con base en lo probado en este proceso, examinará, ante el sentido y alcance del acuerdo de las partes, si alguna de ellas o ambas ha incurrido en los incumplimientos que le endilga la otra y si, en consecuencia, de existir éstos y ser de suficiente gravedad, es posible o no pedir la resolución del acuerdo. Y también examinará, respecto de todas las obligaciones surgidas del acuerdo, si existe un orden de cumplimiento de las mismas y, en consecuencia, la procedencia o improcedencia de la excepción de contrato no cumplido.

#### **B. La Excepción de Contrato no Cumplido.**

En cuanto a la excepción prevista en el artículo 1609 del C.C., y que puede interponer el contratante a quien se le demanda el cumplimiento o la indemnización de perjuicios, comúnmente conocida como la *exceptio non adimpleti contractus*, se debe señalar que la misma ha sido consagrada en la ley al regular cómo se constituye en mora al deudor de una obligación, estado legal éste que, como es sabido, no se configura por el solo hecho del incumplimiento.

Esta precisión es importante para efectos de este litigio, pues como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, "...en los contratos bilaterales si ambos han incumplido, de ninguno se podrá predicar los efectos que surgen de la mora, únicamente se les puede

aplicar los efectos propios del incumplimiento. ...(-) Es decir, en los contratos bilaterales, si ambos contratantes han incumplido, ninguno de los dos puede pedir perjuicios, ninguno de los dos puede exigir la cláusula penal y de ninguno de los dos se predicen las consecuencias específicas sobre riesgo sobreviviente. Eso y nada más, pero tampoco nada menos, es lo que dice el artículo 1609. Entonces, surge el gran interrogante. ¿Se puede exigir judicialmente el cumplimiento de una obligación si el deudor no está en mora? Obvio que sí. La exigibilidad surge del incumplimiento, no de la mora... (-) En los contratos bilaterales, cuando ambos han incumplido, ninguno está en mora. Pero ambos pueden a su arbitrio, demandar la obligación principal, sin cláusula penal y sin indemnización de perjuicios. Y obviamente puede pedir la resolución, también sin indemnización de perjuicios. Ese es el verdadero y único sentido del artículo 1609. Se evita, con la interpretación de la norma, el estancamiento de los contratos que conduce a tremendas injusticias, y que para evitarlas llevó a la Corte...a crear la figura de la resolución por mutuo disenso tácito, que...es inaplicable frente a un litigante que se opone abiertamente a la resolución...”<sup>11</sup>.

A través de la excepción de contrato no cumplido, dada su naturaleza defensiva y su carácter previo o dilatorio, no se pretende la destrucción del contrato, que es lo propio de la acción de resolución, ni se persigue que el otro cumpla con sus obligaciones, que es el objeto de la acción de cumplimiento. Simplemente, se busca que el juez declare que “...mientras” el demandante no cumpla con el contrato, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos, el demandado “...no está en mora dejando de cumplir lo pactado”, es decir, que sí puede estar en situación de incumplimiento, pero que de ello no se derivan las consecuencias legales de la mora, como son, por ejemplo, la asunción de responsabilidad por el caso fortuito, o la del riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se debe, en los términos respectivamente previstos en los artículos 1604 y 1607 del C.C. Y, lo más importante en este contexto, que se expresa con el aforismo según el cual la mora purga la mora, consiste en que la excepción protege al demandado de una reclamación de perjuicios, pues prospera si no se encuentra en mora. Cabe entonces preguntarse si la excepción procede tratándose del incumplimiento de cualquiera de las obligaciones derivadas de un contrato bilateral, y cuál es la situación del contratante que ha incumplido, tanto cuando el otro ha cumplido como cuando también incumple.

---

<sup>11</sup> Corte Suprema de Justicia, sala civil sentencia del 7 de diciembre de 1982, G.J. t. CLXV, ps. 343-345.

Sobre el particular, al igual que lo que ocurre en tratándose de la condición resolutoria tácita, el Tribunal considera que para hacer valer la excepción el demandado también debe estar reaccionando frente a incumplimientos graves, y así lo ha puntualizado la doctrina<sup>12</sup>. Pero a diferencia de lo que ocurre en el evento de la condición resolutoria tácita, la excepción no puede interponerse frente a cualquier incumplimiento, sino sólo respecto de obligaciones a cargo del demandante que deban ser cumplidas antes o simultáneamente con obligaciones a cargo del demandado, quien en forma legítima retarda su cumplimiento a través de la excepción. Ello porque para preservar, tanto la buena fe<sup>13</sup> como la equidad, principios éstos en los que la doctrina suele fundamentar la excepción<sup>14</sup>, la configuración legal de la excepción hace necesario que el demandado no esté obligado a cumplir primero su obligación, pues esa situación, que puede ser consecuencia de lo pactado o de la naturaleza del contrato, le impide hacer valer la excepción. Tal y como lo precisa el citado Claro Solar, el artículo que la consagra –que en el Código chileno es el 1552, idéntico a nuestro 1609- “...supone que ambas partes se hallan colocados en idéntica situación, que ambos están simultáneamente obligados y que nada autoriza a la demandante para exigir del demandado la ejecución subordinada, como se encuentra, a la de su obligación propia. (-)...En principio, por lo tanto, la vía de la negativa a la ejecución es abierta a toda persona que sólo está obligado (sic) a la ejecución simultánea, “dando dando”; o que al contrario tiene el derecho de exigir de la otra parte la ejecución previa de su obligación. A la inversa, este medio es prohibido a aquella persona que se ha obligado a ejecutar primero su prestación”<sup>15</sup>.

De acuerdo con lo expuesto, para establecer la pertinencia de la excepción de contrato no cumplido, el Tribunal examinará, a la luz de las obligaciones pactadas por las partes y de las que, de conformidad con el principio obligatorio de la buena fe (C.Co.,

---

<sup>12</sup> “Siguiendo la misma orientación que al considerar la resolución por incumplimiento, o incumplimiento resolutorio,... es preciso exigir un grado de importancia, gravedad o trascendencia al incumplimiento respectivo. De lo contrario, faltaría el fundamento de la exceptio. (-)...no podría admitirse la excusa válida de incumplimiento ante defectos u omisiones irrisorias, inocuas e intrascendentes que no deben tener repercusión jurídica. Antes bien, revelarían un afán de lucro ilícito, y aun dolo, de parte de aquel que quisiera valerse de esos verdaderos pretextos” Fueyo Laneri, Fernando, Cumplimiento e Incumplimiento de las Obligaciones, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2ª. Ed, 1991, p. 235.

<sup>13</sup> Idem.

<sup>14</sup> “Pugnaría evidentemente con ella que uno de los contratantes pudiera exigir las ventajas que el contrato está llamado a otorgarle repudiando, sin embargo, las cargas que como compensación para la otra parte le impone” Claro Solar, Luis. Explicaciones de derecho Civil Chileno y Comparado, Ed. Jurídica de Chile, Vol V, Tomo undécimo, De las Obligaciones II, impp. Facsimilar, 1979, p. 788.

<sup>15</sup> Idem, p.789

art. 871), le pertenecen por naturaleza no obstante no haber sido estipuladas, si todas las obligaciones propias del Acuerdo Privado de Cesión de Acciones debían cumplirse simultáneamente, así como el carácter previo de este medio de excepción, el cual paraliza la indemnización que eventualmente se quiera derivar del incumplimiento de la obligación que específicamente no ha sido cumplida por el acreedor ante quien ésta prospera; pero que no impide la posibilidad de reclamar la indemnización derivada de incumplimientos dañosos en los cuales, a su vez, haya incurrido el excepcionante respecto de obligaciones distintas de las cuales la excepción lo proteja de la constitución en mora, como sería el caso de aquellas que él debía cumplir primero, o que no tienen relación de interdependencia con las obligaciones a cargo del demandante.

En el contrato que origina el litigio, además de obligaciones interdependientes, tales como la de pagar el precio de las acciones y la de transferirlas, se incluyeron otras obligaciones respecto de las cuales no podría prosperar la excepción de contrato no cumplido porque no estaban atadas a ninguna correlativa. En efecto, sin perjuicio de la reciprocidad entre las obligaciones de transferir las acciones y de pagar su precio, los contratantes convinieron así mismo otras obligaciones interdependientes a propósito de la cesión a favor de la convocante del interés social de los cedentes como socios gestores en la sociedades Hydros, la cual condicionaron a la obtención de los votos favorables requeridos en cada una de las sociedades en comandita, que suponía que la convocante a través de Gestaguas S.A. primero convocara las asambleas y obtuviera el quórum y la mayoría requeridos para las correspondientes reformas estatutarias. Al respecto las partes estipularon que si el cesionario no lograba obtener las mayorías requeridas los cedentes continuarían como gestores sin que ello implicara incumplimiento.

Pero además de esas obligaciones interdependientes, en el Acuerdo Privado se contraen obligaciones cuyo cumplimiento no puede atarse al de otras. Tal es el caso de la obligación de información a cargo de las convocadas, y de las de reintegro de dinero previstas en cabeza de los cedentes en el evento en que la existencia y validez de las HYDROS resultara afectada por ciertas contingencias judiciales. Lo mismo ocurre con la obligación de reintegro de dinero estipulada a cargo del Cesionario en el evento en que con posterioridad a la cesión de las acciones en Gestaguas ocurrieran hechos o circunstancias derivadas de la gestión de las Hydros por las cuales debieran responder los cedentes. Por supuesto, todas ellas tienen su causa en el mismo

contrato, pero su exigibilidad o su cumplimiento deben apreciarse independientemente en cada caso de cara a las acciones o excepciones planteadas por las partes en consonancia con la *causa petendi* del litigio. Y ello será apreciado por el Tribunal al resolver las excepciones interpuestas.

Por último, el Tribunal encuentra que, tal y como lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia, “la excepción de contrato no cumplido puede alegarse no solamente cuando es una sola de las partes la incumplidora, sino cuando lo son ambas” (Sentencia de 16 de noviembre de 1966, GJ. CXVIII, página 161). Pero también en relación con ella, la propia Corte ya había destacado la importancia del orden del cumplimiento de las obligaciones a cargo de las partes, al precisar que sólo aquella parte cuyo cumplimiento debía tener lugar con posterioridad estaría legitimada para proponer la excepción, pues, “no es necesario para el uso legítimo de esta excepción, **no tratándose de obligaciones de sucesión determinada**, el previo cumplimiento del excepcionante” (Sentencia de 23 de marzo de 1943, GJ. LV, página 71) (Negrilla fuera del texto original).

### **C. El contenido obligatorio de la buena fe y la indemnización de perjuicios.**

En su alegato de conclusión, el doctor Arciniegas precisa las acciones que en su opinión habría podido ejercer la convocante, las cuales echa de menos en la demanda, y desestima las pretensiones referentes a la declaración de incumplimiento del acuerdo, de condena a la indemnización de perjuicios y de devolución de ciertos activos o de su equivalente en dinero.

1. En forma detallada, en el correspondiente alegato se refiere a la regulación legal del incumplimiento de las obligaciones esenciales y naturales (C.C., art. 1501) del contrato típico de compraventa y la doctrina jurisprudencial al respecto, para concluir, en lo que se refiere a este litigio, que las pretensiones indemnizatorias de la convocante no corresponden ni a la resolución ni a la rebaja de precio que han sido previstos en el artículo 934 del C.Co. para efectos de las reclamaciones originadas en la existencia de vicios ocultos en la cosa vendida, y además sugiere que es probable que se haya demandado así en atención a la prescripción de esa acción. Y añade que tampoco puede demandarse dicha indemnización con base en el artículo 870 del C.Co., que consagra la condición resolutoria tácita envuelta en todo contrato bilateral y las acciones de resolución o de cumplimiento, en ambos casos con la indemnización

pertinente, pues, como la ha señalado la Corte Suprema de Justicia, no es el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones derivadas de un contrato bilateral, ni es cualquier incumplimiento de las mismas el que da por cumplida dicha condición, sino sólo el de las obligaciones “principales”<sup>16</sup>, esto es, de aquellas que, en palabras del alegato en cuestión “implican arrasamiento total del acto y la consecuente indemnización de perjuicios”.

En la jurisprudencia invocada en el referido alegato, puede leerse, en efecto, que “La inejecución o el incumplimiento defectuoso o tardío de un contrato quebrantan esos designios negociales, de ahí que la ley señale remedios diferentes de conformidad con el indebido comportamiento de alguno de los contratantes, todos dentro de la efectividad de la movilización del aparato jurisdiccional del Estado, es decir, mediante las acciones que para cada caso señala y que no siempre son de la misma forma de instrumentalización. Unas pretenden el cumplimiento, otras la resolución, como perspectivas fundamentales de la posición que puede adoptar el contratante que sí ha atendido el contrato. Mas no son las únicas: puede ocurrir que otros factores determinen que el resultado no se satisfaga, como sucede cuando se trata de particulares vicios en la compraventa, la permuta, el arrendamiento. Y como correctivo legal se instituyen las acciones pertinentes de saneamiento bien de aniquilamiento del contrato o de rebaja del precio, ora de restitución del precio e indemnización de perjuicios. Pero, en todos los eventos, la voluntad protectora de la ley se enmarca en la búsqueda del equilibrio y satisfacción de los intereses contractuales”<sup>17</sup>. Y que “...si el vendedor entrega una cosa con vicios de naturaleza intrínseca que además de reunir las condiciones exigidas por los arts. 1915 del Código Civil o 934 del Código de Comercio, según el caso, le impidan al comprador el beneficio o uso señalado, éste cuenta con la tutela jurídica para pretender la resolución del contrato, o la rebaja del precio a su justo valor, desde luego, perseverando en el contrato y conservando la cosa. (-) Tales pretensiones pueden formularse autónoma e individualmente, o acumulándose una pretensión eventual consecencial que tenga como objeto la indemnización de los perjuicios, siempre que

---

<sup>16</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 23 de julio de 1986. M.P. José Alejandro Bonivento.

<sup>17</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 23 de julio de 1986 ya citada.

el vendedor haya conocido o debido conocer los defectos de la cosa al tiempo de la negociación”<sup>18</sup>.

En la valoración de los hechos demostrados en este proceso, el Tribunal deberá establecer si se ha aducido y si se configura un incumplimiento de la obligación de transferir una cosa comprada útil, exenta de vicios ocultos, y si, en caso tal, la pretensión de indemnización ha debido fundarse en las normas que regulan la acción de saneamiento a que tiene derecho el comprador o si era posible basarse para ello en la buena fe contractual.

## **2. El contenido obligatorio del principio de la buena fe.**

La convocante, entre sus fundamentos de derecho, indicó el artículo 871 del C.Co., junto con su antecedente civil (C.C., art. 1603). Por eso en su segunda pretensión subsidiaria pidió una declaración de responsabilidad por conductas contrarias a la buena fe contractual, antecedentes, concomitantes y subsiguientes a la celebración del acuerdo, e indemnización de perjuicios. Los deberes secundarios de comportamiento – como los denomina la jurisprudencia- derivados del carácter obligatorio del principio de la buena fe, consagrado en dicho artículo 871 del C.Co., pueden ser declarados por los jueces y corresponden a obligaciones adicionales a las expresamente pactadas por las partes, acordes con la naturaleza del respectivo contrato según la ley, la costumbre o la equidad natural.

La doctrina ha señalado que el postulado de la buena fe es el fundamento, tanto de la resolución por incumplimiento -a la cual ha dado tanta trascendencia la convocada- como de la excepción de contrato no cumplido<sup>19</sup>, siendo ambas consecuencia de la interdependencia lógica y causal de las obligaciones surgidas de los contratos bilaterales. Por lo tanto, mal podría limitarse el alcance general de dicho fundamento en virtud de dos especiales aplicaciones del mismo. Los efectos de dicho principio no se limitan a esos fenómenos propios de la bilateralidad; y por eso, en esa misma doctrina, además de destacarse su alcance general respecto de toda clase de contratos y de actos jurídicos, se señala que el de la buena fe complementa otro principio, a saber, el de la normatividad de los actos jurídicos, consagrado en el artículo 1602 del

---

<sup>18</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 18 de noviembre de 1999. M.P. José Fernando Ramírez.

<sup>19</sup> Ospina Fernández Guillermo y Ospina Acosta Eduardo, Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos, Ed. Temis, tercera edición, Bogotá, 1987, p. 334 y 335. Hay ediciones posteriores.

C.C., “...en cuanto exige que las prestaciones impuestas por tales actos deban ser ejecutadas lealmente, es decir, poniendo cada parte la buena voluntad necesaria para que se realice la finalidad perseguida mediante la celebración de aquellos. Así, de no existir el postulado de la buena fe, bien podría suceder en muchos casos que los deudores ejecutaran sus obligaciones de tal suerte que efectivamente burlaran los derechos de los acreedores”<sup>20</sup>.

El contrato al que se refiere la controversia incluye una serie de derechos y obligaciones cuyo núcleo corresponde al contrato comercial típico de compraventa. Sin embargo, el acuerdo en cuestión no se agota en las obligaciones legales (esenciales y naturales, C.C. art. 1501) que se “incorporan” (Ley 153 de 1887, art. 38) a toda compraventa legalmente celebrada, para lo cual, por cierto, habría bastado con convenir, sin necesidad de escrito o formalidad alguna, acerca de las acciones vendidas y su precio, dado su carácter consensual (C.Co. art. 824). Este acuerdo incluye obligaciones accidentales pactadas por las partes en consideración a sus particulares propósitos comunes, así como los deberes secundarios de comportamiento derivados del carácter obligatorio del principio de la buena fe, consagrado en el ya citado artículo 871 del C.Co., los cuales pueden ser declarados por los jueces y corresponden a obligaciones adicionales a las expresamente pactadas por las partes. Y si tales obligaciones forman parte del contrato, es apenas lógico concluir que para hacer valer los derechos correlativos, el respectivo acreedor cuenta con las acciones necesarias para asegurar la efectividad de los mismos (C.P.C., art. 4), entre ellas la que le permita obtener el resarcimiento de los daños causados por el otro contratante.

Corresponde entonces al Tribunal precisar si es procedente en este caso concreto declarar la existencia y el cumplimiento o el incumplimiento de una obligación no pactada expresamente en el contrato, pero propia de su naturaleza con fundamento en la ley, la costumbre o la equidad natural, y si con base en ello se puede condenar o no a la indemnización de perjuicios.

#### **D. Los deberes secundarios de comportamiento y el deber de conservación.**

---

<sup>20</sup> Idem, p.333

En el caso del contrato que ha originado esta disputa, el objeto material de la obligación esencial del vendedor (la “cosa vendida”), recae sobre un porcentaje mayoritario de acciones en Gestaguas S.A., de tal manera que la obligación legal de entregar la cosa vendida se predica de tales bienes incorporeales. Y debe agregarse que en el caso de las partes de interés a transferir con base en ese mismo contrato, las partes pactaron que no obtener las mayorías estatutarias necesarias en todas y cada una de las Hydros para llevar a cabo la cesión de la posición jurídica de los socios gestores no implicaba incumplimiento del contrato.

Pero es necesario precisar que la intención común e inequívoca de las partes consistía en la adquisición y enajenación, a través de dicha compra de acciones y de la cesión de las partes de interés, del control sobre varias compañías. Esa intención clara e inequívoca de los contratantes, se encuentra en varias cláusulas del contrato e impone una obligación de conservación que no se predica simplemente de las acciones compradas, abstracción hecha del alcance y contenido de los derechos y obligaciones que corresponden a los poseedores de las mismas en su condición de accionistas, sino del estado y características de la empresa y del patrimonio de la compañía cuyo control se buscaba adquirir a través de dicha compraventa de acciones, máxime si se considera que en mayo de 2005 celebraron un “acuerdo de intención” respecto de la operación que finalmente convinieron.

La obligación de dar un cuerpo cierto, por expresa disposición legal (C.C., art. 1605), implica la de conservarla hasta la entrega; y debe cumplirse “... so pena de pagar los perjuicios al acreedor que no se ha constituido en mora de recibir”. Pero en este caso la naturaleza del contrato, que busca la adquisición del control sobre una compañía, impone a los cedentes obligaciones de “conservación” que no se predicen en abstracto de las acciones propiamente dichas. Y la pertinencia en este litigio de esa implicación obligatoria del principio de la buena fe, que define el sentido y alcance de dicha obligación de conservación, se refuerza por el hecho de que los cedentes, aunque transfirieron las acciones al día siguiente de la celebración del acuerdo, no hicieron lo mismo con el control real sobre el funcionamiento y el patrimonio de las sociedades. Cuando la entrega del control no es inmediata, tal y como ocurrió en este caso, resulta natural al contrato la obligación de origen legal y propia de la buena fe contractual consistente en conservar razonablemente la situación de la actividad que constituye el objeto social y del patrimonio a través del cual lo lleva a cabo la sociedad que se busca controlar y ello en este caso no sólo antes de la entrega, sino, de buena fe y con mayor

razón, después de transferidas las acciones, dada la conservación de una injerencia importante después de celebrado el acuerdo.

De acuerdo con la doctrina ya citada, los principios de interpretación legal de los contratos, no sólo concuerdan con el postulado de la buena fe, sino que “lo desarrollan y complementan”<sup>21</sup>. El primero de ellos establece que “Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras” (C.C., art.1618). Y en el acuerdo privado se encuentran varias cláusulas que permiten establecer con claridad la intención común inequívoca de adquirir el control de una actividad empresarial con ciertas características, así como cláusulas que permiten inferir, con base en el principio de la buena fe, la existencia de obligaciones de conservación propias de la naturaleza de un contrato celebrado con tal propósito. Veamos algunas muy ilustrativas, dadas las pretensiones de la convocante.

- i) En el inciso final del artículo segundo del acuerdo, una vez identificadas las acciones en Gestaguas S.A. objeto de cesión y estipulado el precio, que son los objetos materiales de las obligaciones esenciales del contrato de compraventa, y de las cuales depende su carácter bilateral, se estableció que el pago del precio se haría “... concomitantemente con la perfección de la cesión de las 172.000 acciones de (sic) Gestaguas S.A., objeto de venta...”, acordando que dicho “perfeccionamiento” se entendía realizado en el momento de inscripción de la transferencia de las acciones en el libro de registro de accionistas de Gestaguas S.A., lo cual debía ocurrir con posterioridad al acuerdo, esto es, dentro de los ocho días hábiles siguientes a la firma del documento en que consta el acuerdo privado, que fue el momento de su celebración, según su artículo décimo. Quiere ello decir que no se previó que las acciones fueran transferidas en el mismo momento de la celebración del contrato, de tal manera que esa pendencia envolvía una obligación de conservación expresamente consagrada en la ley, y cuyo contenido concreto se establece en este caso con base en la buena fe contractual. Y su transferencia al día siguiente, según se explicó, implicaba una obligación de buena fe, consistente en el comportamiento leal de los cedentes, esto es, acorde con las expectativas razonables y legítimas de los cesionarios, dada la injerencia que aquellos conservaron sobre las compañías.

---

<sup>21</sup> Ospina Fernández Guillermo y Ospina Acosta Eduardo, ob. cit., p. 334

- ii)** La intención común consistía en que a partir de la fecha de la cesión de las acciones, que sería aquella en la que los cedentes dejaban de controlar las acciones transferidas, el control, dirección y administración fuera de la cesionaria. Por eso las partes incluyeron una previsión en los incisos sexto y séptimo del artículo primero del acuerdo, relacionada con la asunción de responsabilidad del cesionario respecto de obligaciones derivadas de la calidad de gestores en las Hydros , la cual será examinada en detalle por el Tribunal, que obedece a que “LOS CEDENTES a partir de la fecha de cesión de las acciones de (sic, léase “en”) Gestaguas S.A., quedan marginadas de todas las operaciones sociales y por lo tanto dejarán de controlar, dirigir y administrar y operar las sociedades Hydros..., actividades que desarrollará de manera exclusiva y bajo la absoluta responsabilidad de EL CESIONARIO a través de Gestaguas S.A.”.

Pues bien, no por el hecho de haber pactado marginarse del control a partir de esa fecha, se puede entender, de buena fe, que en ejercicio del que siguieron detentando, los cedentes pudieran actuar en forma contraria a las expectativas legítimas de los cesionarios respecto de las características de las empresas y patrimonios de las sociedades involucradas en la operación.

- iii)** La situación de las sociedades Gestaguas S.A. y de las Hydros era tan relevante para las partes en el momento de celebrar el contrato, que la eventual afectación de la existencia y validez de Hydros Chía e Hydros Melgar como consecuencia de unas acciones populares en curso, o la eventual afectación de la existencia y validez de Hydros Mosquera S. En C.A. E.S.P. como consecuencia de cualquier acción judicial, dio origen a las previsiones contractuales de los artículos tercero y cuarto del acuerdo. En ellas, las partes regularon para esos eventos el reintegro de sumas equivalentes al precio de determinados números de acciones en Gestaguas S.A. una vez que el cesionario, a su vez, cediera nuevamente las acciones y de los intereses sociales en las Hydros.
- iv)** La relevancia de la adquisición del control por parte de los cesionarios se confirma en la cláusula sexta del acuerdo, al prever la obligación del cesionario, que será analizada más adelante por el Tribunal, consistente en constituir una fiducia en garantía destinada a amparar riesgos y contingencias

derivados de la operación de Gestaguas S.A. y de las Hydros, obligación de garantía de la obligación a cargo del cesionario consistente en indemnizar al cedente los daños y desembolsos de dinero derivados de tener que responder “Si con posterioridad a la fecha de la cesión de las 172.000 acciones de (sic) Gestaguas S.A., objeto de este contrato, sucedieren hechos o circunstancias derivadas de la gestión del socio gestor delegado cuyo control y manejo queda en manos de EL CESIONARIO en las sociedades Hydros”. Es natural, a la luz de esta obligación, entender que la conservación de la empresa y de los patrimonios cuyo control se buscaba adquirir era una obligación de los cedentes, que resulta correlativa a la asunción de responsabilidad por parte del cesionario a partir del momento en que asumiera el control.

- v) La importancia de la transferencia del control se pone también de manifiesto en las previsiones del artículo séptimo del acuerdo, en el cual se estipularon las siguientes obligaciones a cargo del cesionario: la asunción de determinadas obligaciones financieras a cargo de Gestaguas S.A. y de las sociedades Hydros, derivadas de la gestión de los sistemas de acueducto y alcantarillado de Chía, Mosquera y Melgar, y garantizadas por la propia Gestaguas S.A., los gestores cedentes y otras personas; y la obligación de obtener a través de Gestaguas S.A. que cualquier obligación nueva contraída siendo aún los cedentes socios gestores de las Hydros, se contrajera contando con una exoneración expresa de los acreedores respecto de tales gestores.
  
- vi) El artículo octavo del acuerdo pone de manifiesto que la intención de las partes atendía a la actividad y el patrimonio de Gestaguas S.A. y de las Hydros. En efecto, en ella se hace referencia expresa a participaciones, negocios y/o proyectos de negocios en trámite diferentes de los desarrollados “a través de” las Hydros, que “no hacen parte del patrimonio adquirido a través de las acciones que EL CESIONARIO está adquiriendo en Gestaguas S.A.” Se señaló que no hacían parte de dicho “patrimonio” por ser “...diferentes a los desarrollados a través de “las Hydros; y en atención a ello, se estipuló que “... se hace necesario excluir del patrimonio de Gestaguas S.A. esas participaciones, negocios y/o proyectos de negocios en trámite que no le corresponderán en el futuro”. Y por ello se concedió un plazo a los cedentes para que las participaciones en cuestión “... no aparezcan como activos de Gestaguas S.A.”, contrayendo Gestaguas S.A. la obligación de llevar a cabo los

actos necesarios para las cesiones, precisando que ello se haría “según lo que determinen los actuales accionistas de Gestaguas S.A.”, añadiéndose que para los efectos de esa cláusula el cesionario quedaba libre “... de toda responsabilidad por los actos o contratos que haya celebrado Gestaguas S.A., con anterioridad a la fecha de cesión de las 172.000 acciones”. Se añadió que el cesionario aceptaba que cinco automóviles objeto de unos contratos de leasing no formaban parte de la negociación, de manera que los cedentes se comprometían “... a hacer el cambio de deudor” dentro de cierto plazo, obligándose los cesionarios a suscribir los documentos que fueran necesarios para el efecto.

Es natural entonces que la buena fe imponga en cabeza del cedente, en cuyo beneficio se estableció esta cláusula, un especial deber de lealtad y de cuidado en la conservación de la empresa y del patrimonio “no excluido” de la operación, por corresponder a la operación desarrollada por las sociedades cuyo control enajenaba, máxime si se observa que se le permitió definir los actos que debía llevar a cabo Gestaguas S.A. para realizar las cesiones; “... los actuales accionistas” no son nadie distinto de los cedentes que continuaron con injerencia sobre las sociedades aun después del momento de perfeccionar la cesión de las acciones .

- vii)** Para terminar, basta con señalar que en el artículo noveno del acuerdo se indicó que las referencias en el mismo a las obligaciones a cargo del cesionario eran posibles gracias a que con la adquisición de las acciones en Gestaguas S.A. –equivalentes, según se dijo en su artículo primero, al 86% de las acciones en que se dividía su capital – “EL CESIONARIO adquiere el control de Gestaguas S.A. y por su intermedio el control y gestoría delegada en las sociedades Hydros... LOS CEDENTES mientras conserven la calidad de gestores en las sociedades antes citadas, se comprometen a que Gestaguas S.A. conserve la calidad de gestor delegado en dichas empresas”.

Esta manifestación confirma en forma expresa e inequívoca la intención de las partes al contratar, la cual no se confunde con las acciones objeto material de la obligación esencial del vendedor; además, permite entender que es natural, de acuerdo con la buena fe, que las características de la empresa y del patrimonio de las sociedades cuyo control se pretendía adquirir debían conservarse, sin

que se limite el alcance de los deberes de comportamiento de los cedentes a conservar a Gestaguas S.A. como gestora delegada en las Hydros mientras ellos conservaran la calidad de gestores en éstas. Como su poder político dentro de las sociedades seguía siendo completo mientras no se transfirieran las acciones, y como conservaban el poder propio de los gestores para todos los efectos legales y estatutarios del caso mientras no dejaran de serlo, es de buena fe que el ejercicio del mismo fuera acorde con la finalidad del contrato y con las legítimas expectativas de lealtad del cesionario, máxime si éste, según se dijo en la cuarta consideración del acuerdo, declaró aceptar y conocer en su integridad "... la situación jurídica, económica, financiera y técnica de las citadas sociedades".

Tratándose de la transferencia del control de sociedades, que son personas jurídicas cuya actividad no cesa por el hecho de la negociación en cuestión, es obvio que esa obligación de conservación no puede conducir a exigir la parálisis de la actividad social, conclusión absurda que, además, muy probablemente sería perjudicial para el propio adquirente. Y la cláusula octava de exclusión de participaciones y negocios, unida a la cláusula novena de conservación de la calidad de gestor de Gestaguas S.A., al interpretarse, como se indica en el artículo 1622 del C.C. "... unas por otras, dándole a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad", guiando esa interpretación sistemática a partir de la buena fe contractual, permiten concluir que es un deber propio de la naturaleza de esta clase de contratos que los actos de administración, disposición de activos y asunción de pasivos llevados a cabo en desarrollo del objeto social de las sociedades, al igual que las decisiones sociales, sean razonables en atención a las características de sus empresas, patrimonios y estatutos en el momento de la negociación y reveladas al cesionario.

Ya se indicó cómo la doctrina varias veces citada a propósito de los efectos del postulado de la buena fe, señala cómo éste complementa el postulado de la normatividad de los actos jurídicos, precisando que "...a falta de estipulación expresa de los agentes y a falta de disposición especial del legislador, tanto aquellos como los jueces deben considerar que todos los actos y todas las obligaciones en general, están regulados por el postulado de la buena fe que ... siempre indica lo normal, lo ordinario, lo mediano, como criterio que debe presidir la interpretación y la ejecución de dichos actos y obligaciones"<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> Idem, p. 333.

### **E. La diligencia de las partes y su relación con la información suministrada para efectos de una debida diligencia.**

La cláusula compromisoria estipulada por las partes en el Acuerdo Privado de Cesión de Acciones cubija “cualquier diferencia que surgiere entre las partes relacionadas con el presente contrato”. Los hechos y pretensiones sobre los cuales versa este proceso no se refieren a asuntos extracontractuales, esto es, a cuestiones vinculadas a perjuicios surgidos del eventual incumplimiento de la obligación legal general de no causar daños (C.C., art.2341 y ss.). Y las cuestiones de hecho que se han aducido y que tienen que ver con la negociación del contrato, y en particular con la información referente a los patrimonios y empresas sociales relevantes para el objeto de dicho contrato, se han traído al proceso en función de su celebración y ejecución, y no han sido planteadas en un ámbito precontractual (C.Co., art. 863), esto es, de la llamada “culpa *in contrahendo*”, y que en alguna doctrina, incluyendo la de nuestra Corte Suprema de Justicia, se considera propio de la responsabilidad civil extracontractual<sup>23</sup>, y que también legitima al perjudicado para reclamar la correspondiente indemnización.

De lo contrario habría que entender, por ejemplo, y en forma absurda y contraria a la ley, que muchas de las discusiones que se suscitan en las compraventas con ocasión de alegar el carácter “oculto” o no de un vicio de la cosa vendida, serían precontractuales, cuando, no obstante ser relevante la información que se considera antes de la celebración del contrato, de lo que se trata es de establecer si se ha cumplido o no una obligación propia de la naturaleza de la compraventa, disputa ésta que es de índole contractual. Es cierto que las partes hicieron referencia expresa a “...la documentación e información requerida y necesaria para la celebración del presente acuerdo” en el considerando cuarto del documento en el que lo suscribieron, de modo que no se pactó una obligación de suministro de documentación e información y se partió de la consideración consistente en que ello había ocurrido, y no de cualquier manera, sino

---

<sup>23</sup> La Corte Suprema de justicia, en Sentencia del 8 de marzo de 1995, expresó que “... por expreso mandato del legislador se incurre en responsabilidad civil siempre que por un error de conducta de una cualquiera de las partes, se irroga sin justificación perjuicio a la otra parte en la etapa precontractual, pues, el legislador, como se puede observar por el texto mismo de las normas citadas, ha rodeado de protección a quienes participan en ella, de manera que, si se sorprende a la contraparte con el rompimiento del proceso de negociación sin motivo justificado y con violación del principio de la buena fe, es apenas natural que, puesto que todavía no ha nacido a la vida jurídica el contrato en vía de formación, no pueda exigirse la reparación el daño causado alegando para el efecto responsabilidad derivada de incumplimiento contractual...” (Subrayado fuera del texto).

de forma tal en que la ahora convocante “...expresamente declara que conoce y acepta en su integridad la situación jurídica, económica, financiera y técnica de las citadas sociedades, sin que pueda alegar en el futuro y para todos los efectos a que haya lugar que desconocía o ignoraba alguna circunstancia esencial o determinante para la celebración del presente acuerdo, salvo aquellas circunstancias y hechos jurídicos que surjan y no hayan sido divulgados en el DUE DILIGENCE”. Pero lo que se discute al respecto, es, precisamente, si la información, y en particular, la documentación relacionada con los estados financieros, le permitió o no a la convocante conocer en su integridad dicha situación; y un debate al respecto es indiscutiblemente de carácter contractual.

Debe añadirse que la convocante no ha invocado la existencia de un vicio oculto, asunto ya mencionado en este fallo, ni ha planteado ante el Tribunal que se hubiera configurado un vicio del consentimiento, por error o dolo, supuestos éstos que serían constitutivos de una causal de nulidad relativa, o anulación, que tendrían que haber sido alegadas a través de la correspondiente acción, para que el Tribunal se pronunciara al respecto. Y la validez del considerando contractual que acaba de citarse es apreciada por el Tribunal interpretándolo de manera que se salve su eficacia legal, como lo prescribe el artículo 1620 del C.C. Esto es, asumiendo la buena fe de las partes al convenirla, y descartando que conlleve una exoneración del dolo futuro, hipótesis esta última que no cabe pues se referiría a hechos ya cumplidos, esto es, pasados, y porque el artículo 1604 del C.C. permite los pactos de exoneración o de agravación de responsabilidad sin perjuicio de disposiciones legales expresas al respecto.

Es con ocasión de la adquisición de unas participaciones sociales –y con mayor razón si se trata de adquirir el control- que, a través de los procesos denominados de “debida diligencia”, el vendedor suministra información acerca de la situación de la empresa y el patrimonio correspondientes a la sociedad emisora de tales participaciones, y el comprador lleva a cabo análisis basado en la misma. Así las cosas, durante la negociación del contrato el futuro comprador recibe información, o de la sociedad o directamente del vendedor. Y en la puesta a disposición de dicha información, el vendedor debe proceder lealmente, en cumplimiento de la obligación de actuar de buena fe, y, a su vez, el comprador debe actuar con diligencia al examinarla. La información referente a la empresa y al patrimonio sociales tiene como elemento central, aunque no exclusivo, los estados financieros de la sociedad; la

función legal de éstos, de conformidad con el artículo 19 del decreto 2649 de 1993, es la de ser "... el medio principal para suministrar información contable a quienes no tienen acceso a los registros de un ente contable"; y de acuerdo con esa misma disposición, su preparación y presentación "...es responsabilidad de los administradores del ente".

Los estados financieros tienen diversos destinatarios y propósitos; pero debe partirse de la premisa de la existencia del deber legal de todo comerciante de llevar la contabilidad, así como sus libros, registros contables, inventarios y estados financieros en general en forma legal (C.Co., art.19-3), recurriendo a los procedimientos de reconocido valor técnico contable; ello, como se señala en el artículo 50 del C.Co., "...de manera que suministre una historia clara, completa y fidedigna de los negocios del comerciante, con sujeción a las reglamentaciones que expida el gobierno". Así las cosas, el vendedor entrega una información sobre una sociedad, que incluye estados financieros preparados por los administradores de ésta, que el comprador de buena fe puede asumir que han sido elaborados de manera adecuada y que, en consecuencia, suministran esa historia clara, completa y fidedigna a que se refiere la norma citada. Pero dicho comprador, a su vez, cuando se lleva a cabo una "debida diligencia", y tal como su nombre mismo lo indica, en forma diligente debe examinar y analizar dicha información, solicitando las aclaraciones e informes adicionales que juzgue oportuno requerir, todo ello en función de su interés particular consistente en conocer la situación de la empresa y del patrimonio de la sociedad en la cual desea adquirir unas participaciones, máxime si de lo que se trata es de adquirir su control.

Definir, en cada caso, si la información suministrada es adecuada y completa, y si el examen de la misma fue, a su vez, adecuado, es una cuestión de hecho que en cada caso debe apreciar el juez. En este litigio, es de especial trascendencia el examen de los hechos referentes al suministro de información a la convocante con ocasión del "*due diligence*" que llevó a cabo, y sobre el cual las partes dejaron la constancia expresa del considerando cuarto de su acuerdo privado, ya transcrito, referente al conocimiento y aceptación integrales de la situación jurídica, económica, financiera y técnica de las citadas sociedades...", esto es, tanto de Gestaguas S.A., que es la emisora de las acciones adquiridas a cambio del precio pagado, como de las tres sociedades "Hydros", en las cuales los cedentes poseían los intereses sociales propios de la

calidad de socios gestores , y cuya cesión consecuencial a la cesión de las acciones en Gestaguas S.A. formaba también parte, y muy importante, del acuerdo privado.

Para evaluar desde el punto de vista de una eventual responsabilidad contractual, tanto la información suministrada por las convocadas, como el análisis de la misma por parte de la convocante, el Tribunal considera que son aplicables los criterios que ha puesto de relieve la Corte cuando se ha referido a la determinación de si el vicio que afecta una cosa vendida es oculto o no, para señalar que “...lo oculto o no del vicio redhibitorio para el comprador es en nuestro sistema cuestión de hecho que el juzgador ha de apreciar discretamente, pero siempre dentro de las pautas expresamente señaladas por la ley, a saber: la facilidad con que aquél pudiera conocer los vicios en razón de su profesión u oficio y el haber incurrido o no en la averiguación de los mismos en una negligencia tal que sea injustificable aun en las personas imprudentes y descuidadas.”<sup>24</sup>. Más adelante se hará una precisión acerca del grado de diligencia exigible en este análisis, habida cuenta de las características profesionales de las partes y del interés de cada una en la operación.

En este caso, y el Tribunal lo considerará en este fallo para resolver lo pertinente, en el Acuerdo Privado se expresó en forma clara e inequívoca que la convocante conocía y aceptaba la situación de las sociedades, y en aspectos que rebasan la información puramente contable. Esa manifestación le permite al Tribunal partir de la base de que el comprador pudo informarse acerca de la situación de las empresas y patrimonios involucrados; y debe entenderse que en su declaración asume que la información recibida era fidedigna. En el litigio, sin embargo, la convocante ha alegado que una vez suscrito el acuerdo “tuvo acceso a información que no le fue proporcionada para la realización del ‘due diligence’ y se encontró con una situación financiera del negocio adquirido muy desfavorable y diferente a la revelada inicialmente por la cedente”, lo cual dio lugar a que se llevara a cabo una auditoría especial que incluyó los estados financieros a 30 de junio de 2005 y los de los ejercicios de 2003 y 2004. Las convocadas han rechazado esa afirmación y han aducido, entre otras cosas, testimonios referentes a la existencia de cuatro grupos de trabajo que por más de tres meses estuvieron examinando asuntos referentes a las sociedades en cuestión.

---

<sup>24</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 15 de octubre de 1968, G.J., t, CXXIV, p.334

En el análisis de lo probado, el Tribunal tendrá en cuenta que, aunque la contabilidad en cuestión no es elaborada directamente por los vendedores, son ellos quienes controlaban los respectivos entes contables y que fue en aras de su interés de venta que los administradores de las respectivas sociedades suministraron la información que fue entregada a la convocante. Ese provecho implica que las convocadas asuman, en forma de un incumplimiento contractual imputable a ellas, el riesgo derivado de las omisiones o inexactitudes que, por su parte, la convocante no hubiera podido detectar actuando en forma diligente.

Es necesario recalcar que el Tribunal considerará también la circunstancia de que tanto la parte compradora como la parte vendedora del acuerdo estaban conformadas por empresarios expertos, susceptibles además de asesorarse debidamente, de modo que ninguno de ellos puede ser considerado como un profano en cuestiones contables, financieras o técnicas, pues todos son empresarios conocedores del negocio objeto de las empresas de las sociedades involucradas en la operación, de modo que podían establecer, respectivamente, si la información que el uno conseguía y que el otro recibía, era o no adecuada. De hecho, la prueba de la posibilidad de asesoramiento la brinda la propia convocante cuando se refiere a esa auditoría extraordinaria que llevó a cabo después de perfeccionado el negocio, y a la que atribuye “hallazgos” de especial trascendencia, pues tal apoyo perfectamente habría podido surtirse con ocasión del *due diligence*. Incluso y según consta en el proceso, a mediados de 2006, la Empresa de Acueducto de Bogotá contrató un estudio jurídico y financiero sobre el negocio realizado por Aguas de Bogotá, cuyo autor hace una serie de observaciones muy críticas sobre los análisis llevados a cabo para la toma de decisión de compra y que él resume comenzando por decir que “No hubo claridad desde el comienzo sobre lo que se quería valorar; se valoró algo diferente a lo que se compró... (-) No hubo instrucciones precisas sobre lo que se ordenó valorar ni cuál su alcance...” (Cuaderno de Pruebas No. 28, folios 1 a 117).

Debe añadirse que no todos los debates sobre la información en cuestión tienen la misma relevancia, de modo que sus eventuales consecuencias, de configurarse un incumplimiento dañoso, pueden ser diversas: en efecto, para apreciar si se informó adecuadamente o no o si se examinó adecuadamente o no la información, por ejemplo, en el debate acerca de si una determinada cuenta corresponde o no a un gasto, se debe considerar si caben o no diversas apreciaciones técnico contables razonables, y sopesar también cuál es el impacto de su eventual incorrección. Ello es muy claro en

relación con aquellas cuentas que al ser puestas en tela de juicio remiten a la pregunta consistente en establecer si se revelaba o no una situación de disolución por pérdidas, que es un hecho objeto de regulación legal, y si advertirlo o no era posible para el comprador con base en el examen de la información recibida.

En estas materias, el Tribunal considera relevante sentar la premisa consistente en que el destinatario de la información, en este caso el comprador, no está obligado a presumir la inexactitud de la misma ni a desconfiar de ella; por el contrario, tiene el derecho a confiar en su fidedignidad al llevar a cabo el correspondiente análisis de lo informado, que tiene que ser diligente, pero puede ser desprevenido; y ello explica el sentido, pero también el alcance, que las declaraciones y las renunciaciones del considerando cuarto tienen. Decían los escolásticos que la causa de la causa es causa de lo causado; pues bien, si de una información contable mal llevada se sigue la presentación incorrecta de una partida, y ello incide en una apreciación inexacta de la situación del ente contable que afecta al destinatario de la información y beneficia a quien la suministra, se debe partir de la base de que existe una relación causal entre ese impacto desfavorable para el destinatario de la información, en este caso el comprador, y la conducta del vendedor que pone a disposición de éste una información mal llevada. Y como la ley exige que la contabilidad se lleve adecuadamente, si las deficiencias implican incumplir ese deber, se configuraría una conducta ilegal y dañosa. Y ya se ha explicado que dado el interés de los vendedores en la operación, les sería imputable, como un incumplimiento contractual el suministro de esa información contable inadecuada, así la misma no haya sido elaborada por ellos.

La buena fe, en forma acorde con la naturaleza del contrato, les impone a los vendedores el deber de suministrar una información confiable; y el comprador, que está obligado a presumir la buena fe de los vendedores y la fidedignidad de la información, tiene derecho a partir de esa premisa en el momento de basarse en ella.

La situación descrita radica, entonces, en los vendedores una primera y clara responsabilidad contractual, en el evento en que la información no esté bien llevada, pues ello configura un incumplimiento de un deber que impone la buena fe. Pero con ella puede concurrir una conducta negligente del comprador - quien no es deudor de una revisión diligente- que incurre en culpa si lleva a cabo el análisis propio de la "debida diligencia" con una negligencia tal que sea injustificable, ya no en las

“personas imprudentes y descuidadas”, según el señalado criterio de la Corte, máxime tratándose de empresarios expertos con un interés propio en la operación, consistente en la adquisición del control con el propósito, entre otros, de obtener a través de Gestaguas S.A. la remuneración que le reconocían periódicamente las Hydros. En esa hipótesis, la concurrencia del incumplimiento de los vendedores con la negligencia del comprador, implicaría que el juzgador deba llevar a cabo la correspondiente apreciación de dicha concurrencia para efectos de una condena de indemnización de perjuicios, si a ella hubiera lugar.

Estima el Tribunal que aunque llegara a configurarse un caso de reducción de la indemnización a favor de la convocante, como consecuencia de su negligencia en el análisis de la información con base en la cual expresó conocer y aceptar en su integridad la situación de las compañías, de todas maneras es significativo que el destinatario de la información legítimamente podía partir de la base de que dicha información era fidedigna, lo cual implica una mayor relevancia de la conducta de los vendedores a la hora de la determinación del *quantum* de la indemnización de los daños indemnizables derivados del suministro de una información inexacta e irregular.

#### **F. El Daño Moral.**

En relación con el alcance de la indemnización de perjuicios, y ante la pretensión planteada por una de las partes, el Tribunal debe señalar cuál es el criterio que tendrá en cuenta para decidir lo pertinente en relación con el denominado daño moral; y ello sin terciar en el conocido debate acerca del alcance de los denominados daños no patrimoniales y en su procedencia en el caso de reclamaciones de carácter contractual y de personas jurídicas reclamantes.

En este litigio será más que suficiente partir de la base de que, para reclamar con éxito la indemnización de un daño moral, era necesaria la prueba del impacto extrapatrimonial cierto en contra del afligido y que fuera consecuencia directa del acto ilícito del demandado, como quiera que no se está aquí en un supuesto, como el de la relación filial, que permita presumir su existencia. De acuerdo con la Corte Suprema de Justicia, “... el hecho de aceptar como postulado de general observancia el reconocimiento de la resarcibilidad de los daños no patrimoniales, de suyo no quiere significar que esa clase de reparación sea ilimitada, bastándole por lo tanto a los

demandantes, en un caso dado, reclamarla para dejarle el resto a la imaginación, al sentimiento o al cálculo generoso de los jueces llamados a imponer su pago... cuando del daño moral puro se trata, son condiciones indispensables para su compensación que sea personal de quien acciona y, además, que sea cierto, implicando esta segunda exigencia que la existencia y la intensidad del agravio alegado encuentren consistente respaldo procesal “... toda vez que- para decirlo con palabras de la Corte- es apenas su cuantificación monetaria, y siempre dentro de restricciones caracterizadamente estrictas, la materia en la que al juzgador le corresponde obrar según su prudente arbitrio”(C.S.J, Auto de 13 de mayo de 1988, sin publicar)<sup>25</sup>.

### **G. Incumplimiento contractual: solidaridad y culpa grave.**

En el Acuerdo Privado de Cesión se señaló que algunos de los cedentes de acciones en Gestaguas S.A. también eran gestores en las sociedades Hydros, y que “en consecuencia, y en lo posible en el presente documento, se distinguirán los derechos y obligaciones tanto de LOS CEDENTES que ceden las ACCIONES que poseen en Gestaguas S.A. como de los cedentes del INTERÉS SOCIAL en las sociedades Hydros...”. Este litigio requiere que el Tribunal precise cuál es el alcance de la responsabilidad de varios deudores contractuales, pues la parte cedente del Acuerdo Privado de Cesión, denominada en plural en el contrato como “LAS CEDENTES”, estaba integrada por varias personas (C.C., art. 1495); y entre las obligaciones que dicha parte contrajo a favor de la cesionaria convocante, y cuyo incumplimiento dañoso se ha debatido en este proceso, las hay en las que no se pactó división o separación de las prestaciones que constituyen su objeto.

**1.** Para estos efectos, debe ponerse de relieve que en el Acuerdo Privado:

- a.** Los cedentes que eran gestores de las Hydros quedaban liberados de ceder sus partes de interés si el cesionario no obtenía las mayorías requeridas para las correspondientes reformas estatutarias en las sociedades en comandita. (art.1)
- b.** Los cedentes que eran accionistas de Gestaguas se obligaron a transferir un número total de acciones equivalente al 86% de las acciones en que se dividía el capital de esa sociedad; y dicho número y porcentaje total se dividieron expresamente en el contrato en la cantidad de acciones, porcentaje de

---

<sup>25</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 25 de noviembre de 1992, M.P. Carlos E. Jaramillo, G.J., CCXIX-665.

participación y valor total de la cesión correspondientes a cada uno de los accionistas, y a cambio se estipuló el derecho correlativo de cada uno de ellos a recibir una determinada suma de dinero. Dicho pago era exigible en forma concomitante con el llamado “perfeccionamiento de la cesión de acciones” (arts. 1 y 2), en la proporción correspondiente a cada accionista, y de acuerdo con el número de acciones vendidas por cada uno.

- c. Para el evento en que la existencia o validez de las Hydros se viera afectada por ciertas circunstancias previstas en el contrato, se estipuló a cargo de LAS CEDENTES, sin distinguir si eran o no gestoras, la obligación de reintegrarle al Cesionario una suma de dinero equivalente al pago de 25.800 acciones en Gestaguas S.A., en el caso de Hydros Melgar (\$ 1.200.000.000); equivalente al pago de 87.720 acciones en Gestaguas, en el caso de Hydros Chía (\$ 4.080.000.000); y equivalente a 58.480 acciones en Gestaguas en el caso de Hydros Mosquera (\$ 2.720.000.000), previa deducción de la remuneración causada a favor de Gestaguas a título de gestor delegado de las Hydros. Se estipuló que tales obligaciones debían ser garantizadas en forma individual por todos los cedentes accionistas, debiendo cada uno otorgar un pagaré por la suma resultante de aplicarle a la suma objeto de reintegro, el porcentaje previsto en el artículo primero del Acuerdo, y resultante del porcentaje que le correspondía -respecto del 100 % del capital de Gestaguas- a las acciones cedidas por cada cedente accionista. Así, y a título ilustrativo, entiende el Tribunal que las partes pactaron que Hydros Colombia, que cedía acciones equivalentes al 28.8 % del capital de Gestaguas, en tales eventos quedaba obligada, como garante de la obligación de todos los cedentes de reintegrar las tres sumas indicadas, a suscribir pagarés por las sumas ciertas de dinero que resultaran equivalentes, una vez deducidas las remuneraciones al gestor delegado, al 28.8 %, respectivamente de \$ 1.200.000.000 ( Hydros Melgar), de \$ 4.080.000.000 (Hydros Chía) y de \$ 2.720.000.000 (Hydros Mosquera).
2. Las cláusulas descritas permiten dividir prestaciones correlativas relacionadas con la obligación de enajenación de las acciones, por un lado, y hacer la división de una obligación de garantía contraída respecto de una obligación de reintegro a cargo de todos los cedentes, por otro. Pero surge la pregunta acerca de si, de acuerdo con el contrato y con la ley, procede efectuar una división similar o igual respecto de otras obligaciones exigibles a los cedentes por buena fe, derivadas de la naturaleza del contrato y ya examinadas por el Tribunal, a saber: la referente al deber

secundario de información, y la que tiene que ver con la conservación del patrimonio de las sociedades. En otras palabras, la pregunta consiste en establecer si con base en los principios sobre interpretación de los contratos consagrados en los artículos 1618 y siguientes del C.C., es posible extender a propósito del cumplimiento de éstas el criterio de división que resulta del porcentaje descrito en las otras obligaciones aludidas; y ello porque, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1623 del C.C, “Cuando en un contrato se ha expresado un caso para explicar la obligación, no se entenderá por solo eso haberse querido restringir la convención a ese caso, excluyendo los otros a que naturalmente se extienda”.

El Tribunal considera que no es así. Y ello porque aquí no se trata de extender un criterio explicativo a partir de un caso, sino de determinar el contenido de obligaciones a cargo de los contratantes que tienen por objeto prestaciones que no son de dar, a diferencia de aquellas en las que se pactaron los porcentajes de división aludidos. Y por tratarse de obligaciones de hacer, su eventual división, de ser posible, habría tenido que ser estipulada por los contratantes, cosa que no ocurrió. Por eso, y de acuerdo con la ley, hay que entender que se trataba de obligaciones pasivamente solidarias y no simplemente indivisibles, pues, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 825 del C.Co. en los negocios mercantiles, como lo es el Acuerdo Privado, se presume legalmente la solidaridad pasiva, solidaridad ésta que no se desvirtúa en punto a las obligaciones aludidas, cuyo contenido, se reitera, corresponde a prestaciones de hacer: en la de información, porque consiste en un deber de conducta que se cumple a través de obligaciones de hacer, positivas en cuanto a lo que se informa, que debe ser fidedigno, y de no hacer o de abstención en lo relativo a no desinformar, opuesta por tanto a lo incompleto y a lo inexacto; y en la de conservación del patrimonio, que se cumple también a través de las conductas positivas y de las abstenciones requeridas para custodiarlo adecuadamente, pues de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1606 del C.C., “La obligación de conservar la cosa exige que se emplee en su custodia el debido cuidado”.

Es necesario recalcar que en ambas obligaciones es aplicable la regla general, advertida por la doctrina, según la cual, las de hacer y no hacer son indivisibles, pues “No se puede... hablar de incumplimiento parcial de esta clase de obligaciones”<sup>26</sup>, ya que “En suma, hay obligaciones que por su naturaleza deben

---

<sup>26</sup> Ospina Fernández, Guillermo, Régimen...ya citado, p.276.

cumplirse íntegramente”<sup>27</sup>. Pero para efectos de este laudo es necesario señalar que dicha unidad de objeto, en el caso del litigio, se predica de una obligación solidariamente pasiva y no sólo indivisible. Y ello en atención a su fuente, que es un contrato comercial en el cual, como ya se dijo, la ley ordena presumir la solidaridad, y cuyas estipulaciones – incluyendo en ellas lo expresado en el tercer considerando del Acuerdo Privado ya transcrito- no la desvirtúan en punto a las obligaciones de hacer que aquí se examinan. Sobre este particular, el Tribunal sigue un decantado criterio doctrinal, según el cual “De acuerdo con el artículo 1582, el ser solidaria una obligación no le da el carácter de indivisible. Lo recíproco también es exacto, pues el ser una obligación indivisible no puede darle el carácter de solidaria. (-) La semejanza entre ambas obligaciones consiste en que en cada una de ellas, si son varios los deudores, cada uno puede exigir el pago total de la deuda, y si son varios los acreedores, de cada uno puede exigir el acreedor que la satisfaga íntegra. Este es el hecho, pero en la obligación solidaria se exige de cada deudor el total, porque lo debe, mientras que en la indivisible se le exige, no porque deba otra cosa que su cuota, sino porque la obligación no es susceptible de satisfacerse por partes.”<sup>28</sup>

3. Además, es necesario tener en cuenta que en este proceso se ha probado lo siguiente: la existencia de tales obligaciones pasivamente solidarias, derivadas del contenido obligatorio del principio legal de la buena fe en materia contractual; el incumplimiento de las mismas; y la causación de daños ciertos a la convocante como consecuencia directa de dicho incumplimiento. Y puesto que, además, en el proceso no se probó que existiera algún factor que las exonerara totalmente de responsabilidad –ello sin perjuicio de la prueba de la concurrencia de una conducta negligente por parte de la convocante que no fue suficiente para exonerar a las convocadas-, se configura un incumplimiento contractual dañoso que debe ser indemnizado.

Como lo han señalado la doctrina y la jurisprudencia, “Para obtener la indemnización correspondiente, es necesario que el deudor pruebe la existencia del contrato y de la obligación a cargo del demandado; que demuestre igualmente su incumplimiento, si esto es posible, o, en caso contrario, que simplemente lo alegue y que demuestre que se le causó un perjuicio cierto, directo y previsible y

---

<sup>27</sup> Vélez, Fernando, Estudio..., ya citado, tomo VI, p. 175

<sup>28</sup> Idem, p. 102

acredite su cuantía. Así lo ha expresado puntualmente la Corte Suprema de Justicia al explicar: ‘para la prosperidad de súplicas de este linaje, se requiere que aparezca: a) El contrato, como fuente de obligaciones que afirma haberse incumplido; b) La mora del demandado; c) El incumplimiento de tales obligaciones; d) El daño sufrido como consecuencia de ese incumplimiento’<sup>29</sup>.

4. De acuerdo con el principio establecido en el artículo 1757 del C.C., “Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta”. El Tribunal debe destacar que en la doctrina que acaba de citarse, al referirse a la prueba del vínculo de causalidad entre el daño y la conducta del contratante incumplido, y dada la presunción de culpa que comporta la responsabilidad contractual, se ha dicho que “... debe señalarse que existen dos vínculos de causalidad, ambos necesarios para que surja la responsabilidad civil. El primer vínculo causal se presenta entre la culpa y el incumplimiento del deudor; el segundo entre este incumplimiento y el daño producido al acreedor.”<sup>30</sup>; y mientras que el segundo debe ser probado, el primero se presume junto con la culpa del deudor, pues “... para que la presunción de culpa tenga verdadera trascendencia e interés práctico es necesario que se extienda a este vínculo de causalidad”<sup>31</sup>.

Probado está, como se precisará, que las partes han incurrido en incumplimientos contractuales y que de ellos se han derivado perjuicios. Esta situación exige un análisis adicional del Tribunal, con el objeto de dar aplicación a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 1616 del C.C., en virtud del cual, “Si no se puede imputar dolo al deudor, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata y directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento”. Y para ello tendrá en cuenta las definiciones y la clasificación de la culpa que se consagra en el artículo 63 del C.C., así como la equivalencia que en éste se establece “en materias civiles” entre la culpa grave y el dolo.

---

<sup>29</sup> Suescún Melo, Jorge, “La prueba en responsabilidad contractual (La presunción de culpa y los medios para desvirtuarla)”, en Derecho Privado-Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo, Cámara de Comercio de Bogotá y Universidad de los Andes, Bogotá, Tomo I, 1996, p.394, hay ed. posterior.

<sup>30</sup> *idem.* p.429

<sup>31</sup> *ibidem*, ps.429-430

Ha dicho la Corte que “Para definir si una persona determinada ha incurrido en culpa grave, leve o levísima, es necesario comparar su conducta con la de tres categorías abstractas de personas...”<sup>32</sup>. Ese estándar abstracto de comportamiento, en este caso corresponde a la exigencia de la diligencia y cuidado que se emplea de ordinario en los negocios propios, que se usa en el análisis de la culpa leve por la cual responden los deudores, como se dice en el artículo 1604 del C.C., “... en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de los contratantes”, como era el Acuerdo Privado que dio origen a este litigio. Pero al respecto debe añadir el Tribunal que los contratantes, como ya lo señaló en otro aparte de este laudo, no eran negociantes bisoños, ni legos en la empresa de los acueductos. Todo lo contrario, eran empresarios expertos, y esa circunstancia es relevante para apreciar si los incumplimientos probados en este proceso se pueden considerar constitutivos de culpa leve, que es la que se presume, o si incurrieron en culpa grave, con la mencionada consecuencia legal expresa que ello comporta en cuanto a los perjuicios indemnizables.

Sobre el particular, el Tribunal estima que los incumplimientos en que incurrieron las convocadas en relación con sus obligaciones de buena fe en materia de información y conservación son de tal entidad que son constitutivos de culpa grave, que es la que consiste, en los términos del segundo inciso del artículo 63 del C.C., “... en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios”. En efecto, el suministro de información contable que no se ajusta a ley, unido al silencio respecto de aquellas situaciones no reveladas o inexactamente mostradas en dicha contabilidad, constituye una culpa grave. Cuando empresarios expertos suministran a otro, con el objeto de la celebración de un negocio que les reporta beneficio, información contable producida por entes contables que ellos controlan, deben tener un doble cuidado: cerciorarse de su fidedignidad, como quiera que ellos no son los responsables de su elaboración; y si en ellos hay inexactitudes u omisiones, deben informar al destinatario de la misma cuál es la implicación de tales falencias. No hacerlo implica una negligencia grosera y las convocadas no probaron que hayan observado tales precauciones, por lo cual deben ser tenidas como responsables hasta por la culpa grave, con las consecuencias que en virtud de ello determinará el Tribunal. Esta calificación de la culpa de las convocadas no

---

<sup>32</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 28 de marzo de 1957, G.J. t. LXXXIV, p. 429

sufre alteración por el hecho de la concurrencia de una conducta de negligencia y descuido inexcusables en un empresario experto interesado en una adquisición, en la cual incurrió a su vez la convocante al llevar a cabo la “debida diligencia”; dicha negligencia incide, según lo ha señalado el Tribunal, en la determinación de la indemnización a cargo de las convocadas, que no obstante siguen siendo gravemente culpables.

La misma situación se presenta a la hora de calificar el incumplimiento de la obligación de conservación en que se incurrió con la exclusión de los pagarés, conducta cuya gravedad no fue ni desvirtuada ni aminorada en el proceso, y sin que la parte convocante, algún tercero o un hecho externo de alguna naturaleza, concurren con la producción del daño que esa exclusión produjo. Salta a la vista la entidad del incumplimiento consistente en la exclusión de unos títulos valores de contenido crediticio que incorporan promesas de pago a favor de la sociedad beneficiaria.

En relación con la apreciación de la conducta de la convocante, ella se hará al examinar el cumplimiento o incumplimiento de cada una de las obligaciones a su cargo en función de las pretensiones de las demandantes en reconvención, examen que es distinto del de su comportamiento con ocasión de la debida diligencia.

5. La extensión de la responsabilidad contractual a la indemnización de los perjuicios imprevisibles, en todo caso ciertos y directos, causados con los incumplimientos constitutivos de culpa grave y demostrados en el proceso, será determinada en cada caso por el Tribunal. Se debe precisar, sí, que ello no se opone a la disminución del *quantum* de la condena indemnizatoria que resulte del concurso del hecho culposo del perjudicado.

De acuerdo con la doctrina el principio consagrado en el artículo 2357 del Código Civil (Santos Ballesteros Jorge, Instituciones de responsabilidad civil, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá 2005, página 186) se aplica por igual a la responsabilidad contractual y a la responsabilidad extracontractual. Según ha dicho la Corte Suprema de Justicia esa disposición “... establece el principio de la reducción de la indemnización, de la compensación de ella, que puede llegar hasta la exoneración de la indemnización de perjuicios” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 30 de septiembre de 1946, GJ.

LXI, página 120), pues “el artículo 2357 del C.C. no contiene una tarifa o indicación precisas de la reducción en él autorizadas cuando hay concurrencia de culpas, lo que significa que en este caso implícitamente como explícitamente en otros análogos el legislador defiere a la prudencia del juez, es decir, que en casación no es posible infirmar un fallo que, a haber sido fallador de instancia habría aumentado o disminuido la reducción señalada por el Tribunal” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias de 11 de septiembre de 1946, GJ. LXI, página 60, de 28 de mayo de 1954, GJ LXXVII, página 699).

Para tal efecto el Tribunal, al dar aplicación al ya mencionado artículo 2357 del C.C., considerará, como lo ha precisado la Corte, que “... reducir... es equivalente de disminuir, mas no de liberar o eximir del pago de la obligación”<sup>33</sup>. Y al ponderar la reducción que en dicho artículo se prescribe sin establecer lineamientos al respecto, el Tribunal tendrá en cuenta los criterios que en la doctrina propone De Cupis, para quien “... el criterio de en qué medida influye la concurrencia del hecho culposo del perjudicado en la entidad del hecho resarcible... es doble, por cuanto su entidad disminuye según la *gravedad de la culpa* y la *entidad de las consecuencias que se deriven*... Es, sin duda, sumamente difícil precisar la proposición (sic) [es un evidente error de texto, de traducción o de transcripción de ésta, y el Tribunal, sin recurrir al original, entiende que se trata de la “proporción”] en que una condición contribuye, con respecto a otra, a la producción del efecto dañoso; pero una vez que el legislador ha decidido atribuir a la concausa consistente en el hecho del perjudicado, aquella relevancia, los efectos de la reducción del daño resarcible, que no corresponden a las otras concausas, es más lógico considerar su concreta eficiencia causal más que comenzar un juicio salomónico, decidiendo el daño por mitad entre el responsable y el perjudicado(-)... Mas entiéndase bien que tanto la entidad de las consecuencias, como la gravedad de la culpa por parte del perjudicado, son términos correlativos a la entidad de las consecuencias y a la gravedad de la culpa que acompañan al hecho de que se responde”<sup>34</sup>.

## **H. Responsabilidad civil contractual y solidaridad.**

---

<sup>33</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 10 de febrero de 1976, G.J. t. CLII, p. 29)

<sup>34</sup> De Cupis, Adriano. *El Daño Teoría General de la Responsabilidad Civil*. trad. A. Martinez, Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona, págs 281-282.

En este litigio, y dada la conformación plural de una de las partes contratantes, el Tribunal debe averiguar si respecto de la obligación de indemnizar los perjuicios causados con los incumplimientos contractuales, las convocadas, de acuerdo con la ley, son o no deudoras solidarias.

Para tal efecto, el Tribunal seguirá la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia en 2002, en cuanto a las condiciones en las cuales es extensivo a la responsabilidad contractual el principio consagrado en el artículo 2344 del C.C., en virtud del cual “Si un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa, salvo las excepciones de los artículos 2350 y 2355. (-) Todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce la acción solidaria del precedente inciso”.

La Corte ha señalado que la responsabilidad solidaria prevista en el artículo 2344 del C.C., es “...eficaz para todo tipo de responsabilidad... Por supuesto que para arribar a esta nueva conclusión, vuelve a jugar papel determinante la estructura y el vínculo obligacional que hubo de quedar verificado, porque es la unidad de objeto prestacional y la relación existente de los codeudores entre sí y de éstos con el acreedor,... ligadas a la identidad del interés lesionado y del daño producido, la que permite hacer el predicamento de solidaridad que antes se expresó...”<sup>35</sup>. Dicho criterio se sentó en una sentencia en que se decidió el recurso de casación interpuesto contra una de segunda instancia en la que se declaró la responsabilidad contractual y solidaria por la mala práctica médica de un profesional, quien hacía parte de una institución con la cual el afectado por dicha práctica celebró un contrato de prestación de servicios médicos, sin que ello implicara, a su vez, la celebración de un contrato con el mencionado profesional, quien, no obstante, prestó de manera directa sus servicios al afectado, en calidad de agente de su empleador, es decir, como ejecutor material de las obligaciones contractuales a cargo de la institución médica.

La condena en dicho caso se basó en que aunque el profesional de la medicina no celebró de manera directa un contrato con el afectado, ejecutó las obligaciones contractuales a cargo del deudor (institución médica), con lo cual llevó a cabo la prestación de la obligación contractual, y resulta responsable contractualmente debido a la estructura de la relación obligacional que se configuró, y que se caracteriza

---

<sup>35</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 11 de septiembre de 2002. M.P. José Fernando Ramírez.

por la unidad del objeto de la prestación, ya que hay identidad entre el compromiso contraído por el contratante inicial y el profesional condenado solidariamente, quien, con la aquiescencia del acreedor, procedió a la ejecución del contenido de la obligación. Por lo tanto, concluye la Corte que se está frente a “una responsabilidad de índole contractual *“indistinta”* para ambos sujetos puesto que es tan contractual el origen de la obligación como su ejecución”<sup>36</sup>.

Encuentra el Tribunal que dicha unidad de objeto se presenta en este litigio pues, como anota De Cupis, citado por la Corte en la sentencia aludida, “Se ha polemizado si la responsabilidad solidaria se produce también en el campo *contractual* por efecto de *incumplimientos subjetivamente distintos...* puede suceder, sencillamente que, los *diferentes incumplimientos* correspondan a *una misma obligación*, como si a varios depositarios se les confía la guarda de la misma cosa, y se hacen culpables de negligencia en la custodia a consecuencia de la cual se origina la pérdida de la cosa depositada... se trata del incumplimiento de una misma obligación que afecta, sin embargo, a varios sujetos distintos, si bien, generalmente, los incumplimientos subjetivamente plurales concurren a la producción del mismo daño, por lo que surge la cuestión de si deben responder solidariamente o no, como coautores, del resarcimiento del daño.(-) ... la *ratio* de la fuerza de la responsabilidad solidaria consiste en sus mismos fundamentos en la *conurrencia de varios sujetos* para la producción de un mismo daño. No importa que los comportamientos de tales sujetos violen obligaciones distintas: lo decisivo es que concurren a la lesión del mismo interés, en la producción del mismo daño. En cuanto tales comportamientos constituyen todos ellos la causa necesaria de la producción del mismo daño, reclama la justicia, para tutelar el interés del perjudicado, que la congruente responsabilidad tenga el carácter de solidaria.”<sup>37</sup>.

Por eso el Tribunal aplicará, respecto de la obligación de indemnización derivada del incumplimiento dañoso, y no desvirtuado, de las obligaciones de información y de conservación del patrimonio de las sociedades, la solidaridad legal que impone entre los incumplidos el artículo 2344 del C.C., dada la identidad existente entre el objeto prestacional, el interés lesionado y el daño producido, factores éstos que, de acuerdo con la jurisprudencia y doctrina citadas, permiten predicar dicha solidaridad en un caso de responsabilidad contractual como el que da origen a este litigio. Recuérdese

---

<sup>36</sup> Corte Suprema de Justicia, *idem*, pág. 20.

<sup>37</sup> De Cupis, Adriano. *El Daño...ob. cit.*, , págs 298-300.

que las obligaciones pasivamente solidarias, como las incumplidas a que aquí se alude y como la obligación de indemnizar su incumplimiento, se caracterizan por la unidad de objeto y la pluralidad de vínculos, como resulta de lo preceptuado en los artículos 1568 y siguientes del C.C., pues se requiere que se trate de una obligación que “se ha contraído por muchas personas” y en la cual, “... en virtud de la convención, del testamento o de la ley puede exigirse a cada uno de los deudores...el total de la deuda (C.C., art. 1568) y que “La cosa que se debe solidariamente por muchos ... ha de ser una misma” (C.C., art. 1569).

La solidaridad de origen legal mencionada es aplicable en este litigio inclusive en tratándose de la responsabilidad por los daños causados con el incumplimiento obligacional consistente en la exclusión de ciertos pagarés del patrimonio de Gestaguas, y que ya fue analizada por el Tribunal. Independientemente de quién o quiénes hubieran podido beneficiarse con tal conducta anticontractual, en virtud del contrato todas las convocadas estaban igualmente obligadas a conservar dicho patrimonio y, sobre todo, todas son legalmente solidarias por la indemnización de los daños derivados de dicho incumplimiento, pues se presentan la identidad de objeto prestacional, de interés lesionado y de daño causado que la doctrina aludida por la Corte ha establecido como necesarios y suficientes para predicar dicha solidaridad, de manera que no es aplicable la división de la acción de perjuicios derivados del incumplimiento dañoso de una obligación indivisible (C.C. art. 1590). Y tampoco es aplicable en este litigio la división prevista en el artículo 1578 del C.C., como quiera que en el proceso no se acreditó la culpa o la mora exclusiva de una o varias de las convocadas respecto de la obligación que todas ellas contrajeron, en virtud del contenido obligatorio de la buena fe, consistente en la conservación del patrimonio de las sociedades, y a la cual ya se refirió el Tribunal en otro aparte de este laudo.

### **I. La cláusula penal.**

Como el acuerdo privado incluía una cláusula penal, y una de las partes, alegando el incumplimiento de la otra, ha pedido que se declare su exigibilidad, el Tribunal debe fundarse al respecto en lo ya expuesto y en las siguientes consideraciones relacionadas con las obligaciones con cláusulas de tal clase.

El principal problema práctico que ofrece la estipulación de una obligación penal es el de establecer la posibilidad de acumular su cobro con el de la obligación principal, o

con la indemnización de perjuicios, habida cuenta de lo dispuesto al respecto en los artículos 1594 y 1600 del C.C., que regulan asuntos no previstos en el artículo 867 del C.Co., y que son aplicables en materia mercantil con base en el artículo 822 del C.Co. En tales disposiciones, resaltando el origen voluntario de la pena y dentro de ciertos límites legales expresos, la posibilidad de tales cúmulos se hace depender enteramente de lo pactado: así, según el artículo 1594, constituido el deudor en mora el acreedor no puede "... pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena , sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio; a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se extienda extinguida la obligación principal; y de conformidad con el artículo 1600, "No podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena".

Resulta entonces que en lo que se refiere a la posibilidad de acumular la indemnización de perjuicios y la pena, la ley exige una estipulación expresa. Lo expreso se opone a lo implícito, pero no implica que lo expresado siempre sea claro; y de ahí que la intención de las partes deba ser establecida de conformidad con los criterios legales de interpretación de los contratos (C.C., art. 1618 a 1624), criterios éstos, de acuerdo con los cuales, y de conformidad con lo previsto en el inciso primero del artículo 1621 del C.C., "En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato".

En el caso objeto de litigio, el acuerdo es un contrato bilateral, clase de contratos respecto de los cuales la Corte Suprema de Justicia ha admitido expresamente la posibilidad de pactar esta clase de estipulaciones<sup>38</sup>. Por lo tanto, y máxime en la medida en que no se pactó expresamente el cúmulo de la indemnización y de la pena, y que se estipuló que ambas partes podrían ser deudoras de la pena pactada, debe tener en cuenta el Tribunal cuál es la implicación que tiene para la exigibilidad de la cláusula penal el formar parte de un contrato bilateral, pues éste, de acuerdo con su naturaleza normativa, establece la ya expuesta interdependencia causal entre las obligaciones recíprocamente a cargo de los contratantes, de tal manera que son propias de todos ellos las ya examinadas condición resolutoria tácita y excepción de

---

<sup>38</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de casación Civil, sentencias del 21 de febrero de 1947 y del 2 de junio de 1958, GJ. LXI, p. 767 y LXXXVIII, p.37.

contrato no cumplido (C.C., arts. 1546 y 1609), cuyos requisitos de procedencia ya fueron objeto de análisis.

Es este orden de ideas, el Tribunal considera necesario señalar que el cumplimiento de las obligaciones recíprocas derivadas de un contrato bilateral, es relevante para establecer la exigibilidad de la pena, dado el carácter accesorio de ésta, cualquiera que sea su función contractual, accesoriedad que se deriva de su definición legal, según la cual ella, en los términos del C.C., "... consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal" ( C.C., art. 1592), o en una prestación determinada cuyo pago se estipula "...para el caso de incumplimiento, o de mora" (C. Co., art. 867). En efecto, cuando la cláusula penal impone la pena a ambas partes por el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones del contrato, como es el caso *sub-lite*, para exigir la pena el contratante reclamante, a su vez, debe haber cumplido todas las obligaciones a su cargo, so pena de desnaturalizar la bilateralidad propia del contrato.

En el artículo 1600 del C.C. se deja a salvo siempre pedir la indemnización o la pena al arbitrio del acreedor. Pero por las razones expuestas, debe entenderse que en el ámbito de un contrato bilateral en el cual no se ha pactado el cúmulo de las dos, dicha opción está a disposición del acreedor que a su vez ha cumplido con las obligaciones correlativas a aquellas de las cuales se deriva la exigibilidad de la pena. Por consiguiente, la bilateralidad del contrato impide exigirle la pena a la parte que haya incumplido, cosa que le ocurre a ambas si se encuentran en la misma situación, que es perfectamente posible en la práctica, cuando se estipulan varias obligaciones que no son correlativas y que son exigibles en momentos distintos. Esa situación implica que el contratante incumplido no puede optar por la cláusula penal; pero es claro que ambos contratantes conservan el derecho a reclamar la indemnización de los perjuicios que le haya causado el incumplimiento del otro en cualquiera de las obligaciones derivadas del contrato. Esa pretensión indemnizatoria subsiste, pues tiene fuente legal propia en todo caso.

Es con base en lo expuesto que el Tribunal examinará si la pena estipulada en el Convenio Privado de cesión de acciones, que es un contrato bilateral, es susceptible o no de ser exigible en esta controversia. En el artículo undécimo del acuerdo privado, las partes convinieron en que "En el caso de que alguna de las partes no cumpla con las obligaciones contractuales derivadas del mismo pagará a la otra a título de pena la

suma de DOS MIL MILLONES DE PESOS (\$2.000.000) Moneda Legal Colombiana, reajustados anualmente de acuerdo al IPC que certifique el DANE o la autoridad competente. Lo anterior, salvo fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobados por la parte que incumpla.”

Es claro que las partes no previeron la posibilidad de pedir a la vez pena e indemnización; y por formar parte de un contrato bilateral, según se ha indicado, para hacer valer una cláusula penal que puede hacerse exigible por cualquier incumplimiento del contrato, quien lo pretenda, a su vez, debe ser un contratante que haya cumplido con todas las obligaciones a su cargo. Ello sin perjuicio de conservar el derecho a reclamar la indemnización de los daños que le haya causado el incumplimiento del otro contratante. Como en este caso se ha probado que ambas partes incurrieron en sendos incumplimientos contractuales, no obstante haber cumplido con las obligaciones esenciales de la compraventa de acciones, al haberlas pagado y transferido, el Tribunal tendrá en cuenta esa circunstancia para efectos de la prosperidad de la pretensión de exigir la pena, sin perjuicio de lo que resuelva al examinar las pretensiones indemnizatorias de ambas, pues ya ha indicado por qué es posible para ambas reclamar dicho resarcimiento.

#### **J. Las pretensiones de declaración de nulidad.**

El apoderado de la convocante en su escrito incluyó cinco pretensiones de declaración de nulidad absoluta, en relación con las cuales el Tribunal considera:

Es de sobra conocido el aforismo según el cual “no hay nulidad sin texto que la consagre”. En materia comercial, de conformidad con el artículo 899 del C.Co., “Será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos: 1. Cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa; 2, Cuando tenga causa u objeto ilícitos; y 3: Cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz”.

Dada la función normativa de las reglas de derecho, su redacción, por ejemplo mediante el presente de subjuntivo (“el que haga x”) y el futuro imperativo (“deberá xx”) no es razón suficiente para de ella deducir siempre su carácter imperativo, de manera que es necesario examinar en cada caso su contenido y finalidad. La convocante deduce la nulidad que alega respecto de los artículos primero y sexto del acuerdo, de la regla consagrada en el artículo 323 del C.Co., según la cual, en forma

acorde con lo previsto en el artículo 294 de ese mismo Estatuto respecto de los socios gestores de una colectiva, los socios gestores o colectivos de las sociedades en comandita comprometen solidaria e ilimitadamente su responsabilidad por las operaciones sociales. No encuentra el Tribunal sustento para invocar dicha nulidad, pues las cláusulas atacadas no forman parte de un contrato de sociedad ni pretenden afectar en forma paralela lo previsto en las sociedades en comandita involucradas en la operación, ni modifican los derechos que los terceros poseen frente a los socios gestores gracias a lo dispuesto en la ley al respecto –incluyendo la previsión imperativa del artículo 301 del C.Co. invocado por la convocante- y a la oponibilidad de los respectivos estatutos. Se trata de un convenio relativo, esto es, entre ellos, que forma parte del acuerdo de transferencia de acciones, de cuotas de interés y de control y sobre su alcance para efectos de establecer si lo allí previsto fue cumplido o no, el Tribunal en otro aparte del fallo hará las consideraciones del caso. Por lo tanto, en la parte resolutive del fallo se desestimarán estas pretensiones.

Tampoco encuentra sustento el Tribunal -y resolverá en forma acorde con ello- para declarar la nulidad absoluta de los incisos quinto y segundo de los artículos tercero y cuarto, respectivamente, del acuerdo, pues de cara a los fundamentos de derecho aducidos en la demanda, no advierte en dichos incisos ninguna de las causales de nulidad que taxativamente consagra el ya citado artículo 899 del C.Co.; nulidad que por ser absoluta tendría que ser declarada de oficio si se advirtiera su ocurrencia, lo cual no sucede en este caso.

En el alegato de conclusión, el apoderado de la convocante expresó que “las cláusulas invocadas adolecen de nulidad por confrontar normas de carácter imperativo, amén de que constituirían modalidades objetivas de detrimento del patrimonio público al tenor de la ley 610 de 2000, en concordancia con los artículos 29, 267, 268 y 271 de la Constitución Política; 87, 129 y 132, ordinal 5° del Código Contencioso Administrativo; 4, 8, 11, 49, 72, 75, 77, 79 y 88 de la ley 42 de 1993”. Como puede advertirse, el apoderado trae a cuento una serie de disposiciones legales, más bien para señalar las que denomina “modalidades objetivas de detrimento del patrimonio público”, que en función de sustentar la nulidad alegada. No es competencia de este Tribunal pronunciarse acerca de si los incumplimientos que se debaten en este proceso tienen o no esas características o efectos, y, además, por lo expuesto, las pretensiones de nulidad no han de prosperar, al margen de que en la parte resolutive de este fallo se disponga la remisión de copias a la Fiscalía General de la Nación y a la

Procuraduría General de la Nación, remisión ésta que, por cierto, ha sido pedida por la señora Agente del Ministerio Público.

#### **IV. LOS INCUMPLIMIENTOS DE AMBAS PARTES Y SU PRUEBA.**

##### **A. Los incumplimientos que alega la convocante.**

Si se parte de la base de que el contrato cuyas incidencias ocupan a este tribunal es fundamentalmente, como se dijo, un negocio jurídico del que su objeto principal era, en primer término, la cesión de 172.000 acciones en Gestaguas S.A., (equivalentes al 86% del capital social), y con ella la traslación del control de la sociedad y la de la condición de gestor delegado en Hydros Chía, Hydros Melgar e Hydros Mosquera, debe reiterarse que los incumplimientos que sobre este particular les reprocha la convocante a las convocadas no tocan directamente con la obligación cardinal primera de esta especie contractual, relacionada con la entrega y el traspaso de las acciones. Según está demostrado y según lo reconoció expresamente la convocante a través de su apoderado, “Aguas de Bogotá S.A. ESP. recibió [en efecto] los títulos correspondientes a las 172.000 acciones, las cuales quedaron inscritas debidamente en el libro de accionistas a primero de julio de 2005.”

Pero debe repetirse que esos incumplimientos están referidos a una obligación no por implícita menos esencial en un contrato de esta naturaleza: la de que al momento del traspaso de las acciones a la cesionaria, el monto del patrimonio de Gestaguas S.A. correspondiera razonablemente con el que había servido de base al negocio y aquella había tenido ocasión de conocer cuando se realizó la *due diligence*.

Y ocurre que, según se afirmó en la demanda y se reiteró durante el proceso, al momento del perfeccionamiento de la cesión ese patrimonio se había visto reducido significativamente como consecuencia **(i)** del pago de unos anticipos correspondientes a trabajos relacionados con unas obras de riego ajenas a Gestaguas S.A., **(ii)** de pagos indebidos por concepto de contratos de leasing, **(iii)** del endoso y entrega también indebidos a algunos de los cedentes o a personas jurídicas anejas a ellos de unos pagarés otorgados a favor de Gestaguas S.A, cuyo valor total ascendía a la cantidad de \$843.597.113,00 m/cte., **(iv)** del endoso igualmente indebido a algunos de los cedentes o a personas jurídicas anejas a ellos de facturas a favor de Gestaguas S.A., **(v)** de la indebida utilización de la fiducia, y **(vi)** de incumplimientos

imputables a las sociedades Hydros Chía, Hydros Melgar e Hydros Mosquera, relacionados con el principio de la buena fe.

Por otro lado, la convocante les reprocha también en su demanda a las convocadas, **(vii)** no haberle dado cumplimiento a la obligación contractual estipulada en el artículo 8º del Acuerdo de cesión de acciones, consistente en adelantar los trámites necesarios para excluir de los activos de Gestaguas S.A. su participación accionaria “en otras sociedades como Aguazul S.A.”

Sobre este particular el acervo probatorio demostró lo siguiente:

En relación con el punto **(i)**, acerca del cual se dijo en la demanda que se realizaron anticipos de trabajo efectuados en Gestaguas S.A. por concepto de sistemas de riego, que ascendieron a la cantidad total de \$ 336.081.988, la señora perito contadora pudo constatar que “no se encontró ningún documento contable que diera cuenta de que Aguas de Bogotá hubiera recibido la obra (riego)” y que, no obstante, las sumas respectivas se cancelaron “contra costos de ventas y prestación de servicios, como subcuenta Construcciones, Edificaciones y Obras de Ingeniería Civil. Constató así mismo en el punto 4.6 de su dictamen que el monto total de tales pagos, hechos a favor de distintas personas y contabilizados durante el mes de junio de 2005, realmente ascendió a la cantidad de \$ 265.188.220. Agregó que cuando un gasto de este tipo no tiene relación de causalidad con la renta generada, no es deducible de renta y por lo tanto aumentaría el valor de la renta líquida gravable y por ende el valor del impuesto a cargo. Remató diciendo que la suma últimamente mencionada daría lugar, por consiguiente, a un impuesto equivalente a \$ 92.815.877 y a una sobre tasa al impuesto a la renta por valor de \$ 9.281.588. En tales condiciones, para el Tribunal resulta claro que estos pagos hechos por Gestaguas S.A. sin justificación ni soporte suficiente luego de celebrado el contrato de cesión o en el trance de su celebración, sin haberle dado aviso oportuno a la cesionaria y con evidente impacto sobre el *quantum* del patrimonio de aquella, constituyó un claro incumplimiento contractual, tal como se afirmó en la demanda.

En relación con el punto **(ii)**, quedó claro que Gestaguas S.A. tenía efectivamente celebrados con Leasing de Crédito y con Leasing de Occidente una serie de contratos de Leasing de automóviles (los números 180-28136 en el caso de Leasing de

Occidente y 9071, 9081, 9086, 9281 y 10065 en el caso de Leasing de Crédito) para el uso de personas vinculadas a ella; que según se consignó en el artículo 8° del acuerdo privado de cesión de acciones, los vehículos correspondientes a los contratos 9071, 9081, 9086, 9281 y 10065 fueron expresamente excluidos de la negociación, y que los cedentes se comprometieron a asumir las respectivas cuotas y gastos y a hacer los correspondientes cambios de deudor, esto último dentro de los cuatro meses siguientes al contrato, previas las firmas de los respectivos documentos por parte de la cesionaria a través de Gestaguas. Se demostró también, mediante el dictamen de la señora perito contadora, que cuatro de esos contratos le fueron cedidos a Hydros Colombia S.A. por Gestaguas S.A. el 27 de junio (los número 9071, 9081, 9086 y 10065). Y se demostró finalmente, por la vía del mismo dictamen pericial, que en evidente contravención de lo estipulado en el contrato, en los meses de julio y agosto se registraron pagos de cuotas de leasing de automóviles hechos a Leasing de Crédito S.A. y a Leasing de Occidente S.A. por un valor de \$ 1.607.025 a la primera y de \$ 3.252.769 a la segunda, para un total de \$ 4.859.794.

En relación con el punto **(iii)**, ante todo se hizo evidente que se trata de uno de los puntos en relación con los cuales son más radicalmente opuestas entre sí las posiciones de la convocante y de las convocadas. En efecto: La primera afirmó en su demanda y reiteró vehementemente a lo largo del proceso, y por último en su alegato de conclusión, que al día siguiente de suscrito el acuerdo privado, inmediatamente antes de proceder a la transferencia de las acciones en Gestaguas S.A, las cedentes se apresuraron a endosarles a Hydros Colombia S.A, —unos— y a Inversiones Belalcázar Salcedo y Cia SCA —los otros— veinte pagarés otorgados a favor de aquella por un valor total de \$843.597.113,00 m/cte, disponiendo con ello injustificada e indebidamente de unos activos que sin duda eran de la sociedad, lo que implicó que incumplieran sus obligaciones contractuales y le irrogaron cuantiosos perjuicios a la cesionaria. Las convocadas, en cambio, han sostenido repetidamente que tales endosos de dichos pagarés no fueron otra cosa que el pago de unas obligaciones pendientes a cargo de Gestaguas S.A. y a favor de Hydros Colombia S.A e Inversiones Belalcázar Salcedo y Cia SCA, por concepto de préstamos que había sido menester hacerle a Hydros Melgar S.A. para permitir su funcionamiento, y de honorarios ya causados, pendientes de pago, a favor de Gestaguas S.A. por su tarea como gestor delegado de Hydros Melgar e Hydros Mosquera, que por lo tanto les correspondían a las cedentes.

Sobre este particular, el acervo probatorio demostró documentalmente que en efecto se trataba de veinte pagarés numerados consecutivamente del 1 al 20; que los diez primeros fueron emitidos el 1º de junio de 2005 y los diez restantes, el 20 de ese mismo mes; que el vencimiento de los diez primeros era el 30 de agosto de 2005, el de los cuatro siguientes el 20 de septiembre y el de los seis últimos el veinte de octubre; que los diez primeros y los seis últimos fueron otorgados por Hydros Melgar S. en C.A. ESP, en tanto que los cuatro restantes lo fueron por Hydros Mosquera S. en C.A. ESP; que todos ellos se otorgaron a favor de Gestaguas S.A, y que su monto total, por concepto de capital ascendió a la suma de \$ 843.597.113,00 m/cte. (folios 1417-1436 del cuaderno No. 3).

Demostró además que, según consta en las correspondientes notas de endoso, el mismo día de su emisión cada uno de ellos fue endosado en propiedad por Giovanni Papa Acuña como representante legal de Gestaguas S.A. a favor de Hydros Colombia S.A. los números 1, 2, 3, 4, 9, 11, 13, 16, 18 y 19, y a favor de Belalcázar Salcedo S. en C.A. los demás.

Demostró, al mismo tiempo, a través del Acta No. 22 de la Junta Directiva de Gestaguas S.A. correspondiente a la sesión del 1º de julio de 2005, que fue apenas en esta última fecha que ese órgano social vino a autorizar el endoso de los pagarés, mediante la lacónica fórmula de decir que “[l]a Junta Directiva decide por unanimidad impartir autorización al Gerente y Representante Legal de la sociedad, para [...] endosar los pagarés a terceros que la sociedad tenga por cobrar” (sic)(folio 276 del cuaderno de pruebas 8).

Y, lo que es más importante para el Tribunal, demostró, sobre todo, por encima del dicho contradictorio de los testigos de uno y otro lados y a través del análisis de la señora perito contadora, que si bien efectivamente “los pagarés 1 a 10 y 15 al 20, por valor total de \$671.671.798,00 corresponden a: \$254.428.807 préstamo hecho por Gestaguas S.A. a Hydros Melgar S.A.; \$417.242.991, a retribución de los meses de noviembre de 2004 a junio de 2005 de Hydro (sic) Mosquera (sic- En realidad, observa el Tribunal que se trata de pagarés suscritos por Hydros Melgar y no por Hydros Mosquera, como lo acreditan sus propios textos, que forman parte del acervo documental del expediente) [...] [y] [l]os pagarés 11 al 14, por valor total de \$171.925.315, corresponden a retribución de Hydro (sic) Mosquera, por el mes de

junio de 2005” (página 55 del dictamen principal), con lo cual se demostraba cuál era su causa y por qué habían llegado a formar parte de los activos de Gestaguas S.A, no podía decirse lo mismo de su endoso. Porque como claramente lo dijo la señora perito, “tampoco se encontraron registros contables que dieran cuenta del porque (sic) del endoso de los pagarés y cuál había sido la contraprestación por dicha transacción” (página 55 del dictamen principal). Y como lo precisó luego, con ocasión de su escrito de aclaraciones y complementaciones, “[a]l endosar los pagarés a terceras personas, Gestaguas S.A. tenía que recibir la contraprestación correspondiente, que equivale al valor que tenían los pagarés a la fecha del endoso.”(Página 32). Y en el expediente no hay el menor indicio de que tal cosa hubiera ocurrido.

Ahora bien, no es menos cierto que las convocadas han manifestado que la razón determinante de tales endosos era la de que en realidad esos pagarés eran activos de los socios de Gestaguas, pues correspondían a obligaciones que esta tenía pendientes para con ellos, ora por concepto de dineros que estos habían puesto de su propio bolsillo para la gestión del negocio social, o bien por lo que a ellos les tocaba como utilidades correspondientes a la remuneración de Gestaguas por sus tareas como gestor delegado de Hydros Mosquera e Hydros Melgar. Así lo dijeron los señores Papa y Cavalli en sus testimonios. Incluso, aquél agregó que estas circunstancias les fueron puestas de presente a las cesionarias por conducto de Félix Betancourt. Más aún, el apoderado de las sociedades Inversiones Albaida, Inversiones, Industrias y Construcciones, Tvo Conectado, Pidsa, Constructora Némesis, Cementos Tequendama e Inversiones Zárate Gutiérrez, abundó en estas mismas consideraciones a la hora de su alegato de conclusión, sobre la base de afirmar que “fue el propio Gerente de Proyectos de Aguas de Bogotá y también mandatario de esta como Gerente de GESTAGUAS, el doctor Andrés Nova, quien confirmó en tres documentos suscritos el 27 de septiembre de 2005 que los créditos incorporados a los veinte (20) pagarés pertenecían a las VENDEDORAS por tratarse de remuneraciones causadas a favor de GESTAGUAS antes de la venta de las acciones. Y lo confirmó al suscribir en esa fecha tres ‘Acuerdos de Pago’ con la mandataria de las VENDEDORAS (INVERSIONES BELALCÁZAR Y CIA S.C.A.) acompañados de sendos anexos en que se relacionan los pagarés que incorporaban las remuneraciones causadas antes de la venta de las acciones”.

Estas explicaciones no pueden ser de recibo para el Tribunal. En primer lugar, porque como bien lo dice la señora perito, así como la circunstancia de que los pagarés en cuestión formaran parte contablemente de los activos de Gestaguas S.A. para el momento de la cesión del 86% de sus acciones tiene plenos justificación y respaldo, ese, en cambio, no es el caso de su endoso a terceros, a quienes, por lo menos a la luz de los libros de contabilidad y los estados financieros de la sociedad, nada se les debía y nada se les cobró para generar un activo a cambio de otro. Y aquí ha de subrayarse que se trataba de operaciones mercantiles y financieras entre sociedades comerciales, con todo lo que ello comporta a la luz de nuestra legislación. Y en segundo lugar, porque si efectivamente se trataba de unos activos que les correspondían a algunas de las empresas cedentes o a sociedades anejas a ellas, y que por lo tanto no hacían parte del negocio jurídico de enajenación del grueso de las acciones de Gestaguas S.A, los pagarés y su monto habrían sido o debido ser parte de los activos sociales de Gestaguas S.A. que expresamente excluyeron los contratantes de la negociación según el artículo 8° del contrato. Para el Tribunal carecería de sentido que en una negociación compleja y detallada como la que medió entre las partes, se hubiera incluido expresamente una estipulación puntual y escrita en la que específicamente se indicaba cuáles de los activos de propiedad o a nombre de Gestaguas S.A. no habrían de ser materia del contrato, y en ella no se hubiera hecho mención a unos activos de la cuantía de los pagarés. Y no resultaría lógico que, habiendo una tal estipulación escrita y pormenorizada, en el caso de los pagarés su exclusión del negocio hubiera ocurrido a través de una simple manifestación verbal al representante de Aguas de Bogotá. Como tampoco se entendería razonablemente que esa exclusión se hubiera hecho, sin indicación alguna sobre su causa o su razón de ser, a través de esa lacónica manifestación unilateral de la junta de Gestaguas del 1º de julio —que consta en un acta que sólo suscribió uno de los asistentes, que coincide con ser el representante legal de una de las endosatarias— en la que simplemente se autorizó al representante legal a endosar a terceros indeterminados los pagarés “que la sociedad tenga por cobrar”. Y ni siquiera se entendería con base en el argumento de que el 27 de septiembre de 2005, es decir, tres meses después del negocio jurídico, un funcionario de Aguas de Bogotá, a quien se le había confiado la representación legal de Gestaguas, reconoció que los créditos incorporados a los pagarés eran activos de las cedentes y no de Gestaguas. Porque lo cierto es que ninguna de estas razones explica por qué, si tal era el caso, esos pagarés no se incluyeron entre los activos de Gestaguas que las partes acordaron dejar por fuera del contrato, y por qué en el acta de la junta directiva de Gestaguas, del 1º de julio, no

aparece razón alguna que explique la autorización de última hora para el endoso de los pagarés, máxime cuando tal autorización se estaba dando luego de celebrado el contrato y por parte solo de representantes de las cedentes, en cuyo favor se hacían los endosos.

Así pues, al menos en el marco del contrato celebrado entre las partes y de las obligaciones recíprocas que de él nacieron, el silencio del acta del 1º de julio respecto de la razón de ser de la autorización del endoso de los pagarés, no hace sino confirmar el dictamen de la señora perito en el sentido de que ese endoso careció por completo de causa y de contraprestación.

Por ende, el Tribunal considera que los pagarés de que se viene hablando no formaron parte de aquellos activos de Gestaguas S.A. que las partes excluyeron expresamente de la negociación conforme al artículo 8º del acuerdo privado. Y considera, en consecuencia, que el hecho de su endoso a Hydros Colombia S.A. y a Inversiones Belalcázar Salcedo, tanto como la forma y el momento en que este se hizo, sin justificación contable de ninguna naturaleza y sin explicación suficiente en el acta de la junta directiva de Gestaguas S.A. del 1º de julio, ciertamente constituyó un incumplimiento del contrato, y fue causa de perjuicios para la cesionaria que sorpresivamente se encontró con que el patrimonio de la sociedad cuya mayoría accionaria acababa de adquirir, valía notablemente menos de lo que había conocido, previsto y calculado.

La situación relativa al incumplimiento de las obligaciones de que trata el punto **(iv)** es, en cierta medida, la misma del punto precedente. Aquí también son radicalmente opuestas las posiciones y el dicho de las partes. En este caso lo que afirma la convocante, tanto en su demanda como en su alegato de conclusión, es que, junto con la del endoso de los veinte pagarés de los que viene de hablarse, la junta de Gestaguas S.A. del 1º de julio de 2005, impartió autorización para que se procediera del mismo modo —y también sin causa y contraprestación ningunas, y por ende en contravención de las obligaciones contractuales— a endosar “diversas facturas por la suma de \$ 161.450.192,00, cuyas fechas de emisión y vencimiento era el 1º de julio de 2005”. Manifestó también que, al igual que en el caso anterior, ello significó disponer indebidamente de unos activos de Gestaguas S.A, con el consiguiente

detrimento patrimonial, y en perjuicio de la cesionaria de las 172.000 acciones en ella.

La convocante no precisó, sin embargo, de cuántas facturas se trataba, cuáles eran el importe y el concepto de cada una, quién las había emitido ni a cargo de quién se habían expedido.

En todo caso, y también a semejanza del punto anterior, las convocadas han sostenido, por el contrario, que los endosos que así se autorizaron no eran más que la forma de reintegrarles a las cedentes unos dineros que ellas hubieron de pagar, de sus bolsillos, por concepto de bienes o de servicios que sus proveedores les habían suministrado a Hydros Melgar y a Hydros Mosquera por conducto de Gestaguas S.A. y ni una ni otra habían tenido con qué pagar en su momento, dada su muy difícil situación económica.

Sobre el particular, el testigo Papa manifestó en su declaración que tales facturas correspondían a créditos de proveedores, especialmente de Hydros Melgar, que habían sido pagados por los socios gestores, y que por tanto a estos les pertenecían: “Los socios pusieron la plata para solucionar el asunto y quedaron deudas que obviamente después, (sic) eso forma parte de los pagarés que ya se habían pagado las cuentas, que estaban en las contabilidades, eran facturas que se habían pasado por parte de contratistas y que se las debían básicamente a los socios gestores y entonces se hicieron los pagarés que fue una plata que se pagó de parte del bolsillo de los socios”.

En su alegato de conclusión, unas de las convocadas hizo sobre este punto referencia a las facturas números 180, 198, 207 y 210 a favor de la sociedad Gómez Patiño Gómez Ltda. y a cargo de Hydros Melgar S. en C.A. ESP; a las números 204, 277, 283, 286, 327, 374, 405, 406, 410 y 473 a favor de la sociedad Semtec Ltda. y a cargo de Hydros Melgar S. en C.A. ESP; a las números 322 y 324 sin indicación sobre la persona de su librador y a cargo de Hydros Mosquera S. en C.A. ESP, y a la número 224 a favor de Gómez Patiño Gómez y a cargo también de Hydros Mosquera S. en C.A. ESP. Sin embargo, debe anotar el Tribunal que el valor total de estas diecisiete facturas es distinto del mencionado por la convocante en sus escritos de demanda y de alegato de conclusión. Porque mientras la suma de aquellas asciende a \$136.559.617,00, éste, en cambio, según se dice, vale \$161.450.192,00.

En relación con el endoso que la junta de Gestaguas S.A. autorizó el 1º de julio de 2005, lo que afirma la convocante, y no negaron las convocadas, es que, lo mismo que en el caso de los pagarés, él se hizo en unos casos a favor de Inversiones Belalcázar Salcedo y Cía. S.C.A. y en otros a favor de Gestorías en Acueductos S.A. (Empero, anota también el Tribunal que esta última sociedad era originalmente la sociedad Hydros Colombia S.A., que cambió su nombre por aquél mediante reforma que tuvo lugar por Escritura No. 710 del 30 de marzo de 2006 de la Notaría Quince de Bogotá). Afirmó también que si bien en cada caso las respectivas notas de endoso, suscritas por el representante legal de Gestaguas S.A, aparecen puestas al respaldo de tales facturas, lo cierto es que “los originales de las facturas no fueron entregados a terceros, y por tanto [no se transfirió] la propiedad sobre las mismas”. Y remató diciendo que “los presuntos cesionarios de las mismas han reclamado su pago”.

Sobre el particular, el Tribunal considera, en primer término, que en las condiciones anotadas no puede decirse que las facturas de que aquí se trata sean, hayan sido o puedan considerarse activos de Gestaguas S.A, pues que ni fueron libradas por ella y a su favor, ni el respectivo vendedor le hizo transferencia de ellas, y por lo tanto mal podría decirse que su eventual endoso a Hydros Colombia S.A. o a Inversiones Belalcázar Salcedo y Cía. S.C.A. significaba despojar a Gestaguas de un activo de su propiedad y por ende erosionar su patrimonio.

Y considera, por otro lado, que la sola forma en la que las facturas en cuestión y lo ocurrido con ellas podría afectar o haber afectado negativamente la situación patrimonial de Gestaguas S.A. sería que, efectivamente endosadas ellas a las dos sociedades mencionadas, y presentadas por éstas para pago a su respectivo comprador (Hydros Melgar o Hydros Mosquera, según el caso), éste no lo hubiera satisfecho y por consiguiente aquéllas hubieran optado por acudir en procura de él ante Gestaguas en su calidad de socio gestor delegado de Hydros Melgar e Hydros Mosquera. Pero como ocurre que, según lo reconoció expresamente la propia convocante, esos endosos que autorizó la junta directiva de Gestaguas el 1º de julio no fueron seguidos de la correspondiente entrega de las facturas a los endosatarios —puesto que según él mismo lo dice, tales facturas siempre han estado en poder de Gestaguas S.A.—, la respectiva transferencia nunca ha llegado a tener lugar. En sustento de este aserto, baste con hacer mención a lo que dispone la parte final del artículo 651 del Código de Comercio y a lo que sobre ella ha dicho la doctrina cuando

ha explicado que el endoso “es un acto jurídico compuesto de dos elementos: firma y entrega, porque es de la única manera que podría expresarse su triple función: legitimar, garantizar, transferir. Y cuando se habla de un *endoso frustrado* por la falta de entrega del título, se está precisamente indicando que no hubo un endoso en forma. De allí que la entrega sin firma del endosante no legitima al poseedor, ni la firma sin entrega, constituye a un tercero en endosatario.”<sup>39</sup>

Y siendo así, Gestaguas S.A. no ha sufrido en realidad menoscabo patrimonial alguno por ese concepto, y mal podría por consiguiente demandar un incumplimiento contractual con la consiguiente indemnización de perjuicios.

En relación con el punto **(v)**, que las cedentes INVERSIONES ZARATE GUTIERREZ y Cia S.C.S. y GESTORÍAS EN ACUEDUCTOS S.A (antes Hydros Colombia S.A), en su carácter de beneficiarios de la fiducia en garantía celebrada el 18 de octubre de 2005, solicitaron a la fiduciaria Helm Trust S.A. hacer efectiva la mencionada garantía para atender diversas demandas instauradas en su contra por hechos anteriores al día 30 de junio de 2005, fecha de celebración del acuerdo de cesión, y que la fiduciaria les hizo los respectivos pagos. Obra en el expediente prueba documental suficiente que acredita la ocurrencia de estos hechos. El Tribunal entiende, como lo dice en otro punto de este laudo, que la finalidad de ese particular negocio de fiducia en garantía fue la de cubrir a los cedentes de los potenciales riesgos provenientes de las contingencias y obligaciones adquiridas con posterioridad a la celebración del acuerdo de cesión, como quiera que a partir de dicha fecha el manejo y la administración del socio gestor delegado y de las Hydros debía quedar en manos del cesionario. Bajo este entendimiento, el Tribunal estima que la fiducia ha debido ser utilizada por sus beneficiarios para cubrir los mencionados riesgos por hechos derivados de la gestión de GESTAGUAS S.A., como socio gestor delegado y administrador de las Hydros, a partir de la fecha del acuerdo, y no como ocurrió en el presente caso por hechos que a pesar de haberse manifestado con posterioridad, a través de las correspondientes demandas, tuvieron su origen con anterioridad a dicha fecha. Por este aspecto, el Tribunal considera que efectivamente las sociedades cedentes antes indicadas incurrieron en una indebida utilización de la fiducia en garantía y, en consecuencia, incumplieron con lo estipulado en el artículo sexto del acuerdo.

---

<sup>39</sup> Trujillo Calle Bernardo, “De los títulos valores” Tomo I. Octava edición. Temis. Bogotá, 1996. Pág. 82.

No obstante lo anterior, el Tribunal no encuentra prueba de un perjuicio derivado de dicho incumplimiento. En efecto, está probado que la garantía fue usada para atender obligaciones surgidas, sí, en época anterior a la celebración del contrato; pero por tratarse de obligaciones a cargo de la cesionaria, en todo caso tenían que ser atendidas por esta. Máxime si se tiene en cuenta que en virtud del propio contrato (Artículo Sexto) ella había asumido la totalidad de las obligaciones “que subsistan a cargo de los cedentes...” al momento de su celebración. Ello significa, en otras palabras, que aun cuando es verdad que se violó la obligación de utilizar la garantía fiduciaria para atender obligaciones distintas de las previstas, si ello no hubiera ocurrido, tales obligaciones, de todas maneras, debían haber sido asumidas por la cesionaria. Además, la convocante reclama un demérito patrimonial de Aguas de Bogotá “representado en el menor valor de sus derechos fiduciarios en el fideicomiso de garantía” (página 36 del alegato de conclusión); y no está probado que Aguas de Bogotá fuera titular de tales derechos, como quiera que Gestaguas tenía la doble calidad de fideicomitente y beneficiario inicial del contrato de fiducia. En tales condiciones, dicho incumplimiento no le acarreó perjuicio alguno a la convocante.

En relación con el punto (vi), que se presentaron omisiones e inexactitudes en los estados financieros de las sociedades Hydros Chía, Hydros Melgar e Hydros Mosquera que constituyen un incumplimiento de los cedentes a su deber de información frente al cesionario, derivado de los deberes de conducta que se desprenden del principio de la buena fe contractual, como se indica a continuación:

#### **En el caso de Hydros Chía:**

En cuanto a la compra de agua en bloque a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá durante el año 2005, que es un hecho no discutido por las partes de este proceso, el Tribunal considera que la contabilización de esa operación por parte de Hydros Chía para el periodo comprendido entre el 2 de mayo de 2005 y el 1 de julio de 2005, dada la modalidad de la facturación, se ajusta a las normas contables y, en consecuencia, no es reprochable la conducta que la sociedad demandante le atribuye a los cedentes de no haber revelado fidedignamente a AGUAS DE BOGOTA esa situación. La cantidad de agua en bloque comprada por Hydros Chía durante el mencionado período sólo se podía conocer al término del mismo, una vez la Empresa de Acueducto

y Alcantarillado de Bogotá elaborara y presentara la correspondiente factura, labor esta que solamente era posible hacer después del 1 de julio de 2005, razón por la que en los meses de mayo y junio de 2005, antes de conocerse el valor definitivo del precio de compra del periodo, que a la postre fue de \$773.628306, Hydros Chía constituyó provisiones por \$275.600.000 y \$213.000.000, respectivamente, y en el mes de julio causó la suma de \$285.028.306. Así lo confirma el dictamen rendido por el perito contable Samuel Alberto Mantilla B del 9 de diciembre de 2009, quien en respuesta a la pregunta de la parte convocada sobre si el estado de resultados del ejercicio social de Hydros Chía varió por no haberse registrado el 30 de junio de 2005 sino el 18 de julio de ese año la provisión realizada según comprobante A-0149, Registro No 72 de este última fecha, conceptuó lo siguiente:

“El estado de resultados de HYDROS CHÍA no varió por efecto de la provisión realizada habida cuenta que la política de contabilidad que se aplica corresponde al registro del ciclo que va desde la adquisición del agua hasta el suministro a los usuarios, con los pagos correspondientes tanto por la compra como por la venta de la misma.

Ello implica un aparente “desfase” cuando se hace el análisis a una fecha diferente a la del ciclo. En el caso en mención, el ciclo se inicia con la compra del agua del período mayo 2 a julio 1 de 2005, la cual se factura en el denominado ciclo 3, que va del 1 al 27 de julio de 2005 y sus fechas de pago asociadas. Cuando se cortan los estados financieros a una fecha intermedia a ese ciclo (como es el caso del corte al 30 de junio de 2005), el ciclo de operación no ha terminado y por esa razón es normal que hayan contabilizaciones después de esa fecha. Este fenómeno aparece no solo en este bimestre sino en todos los demás.

En consecuencia, no hay variación en el estado de resultados al 30 de junio de 2005 y ello es aceptado tanto por los principios de contabilidad generalmente aceptados como por la práctica de negocios de la industria: el supuesto básico es el de “empresa en marcha” y mientras no se preparen estados financieros para liquidación o cierre del negocio, prevalece tal principio de empresa en marcha”.

La conclusión que antecede no se desvirtúa por las pruebas de confesión que en apoyo de su pretensión invoca el apoderado de la parte demandante en su alegato de conclusión, ni por la certificación del 28 de julio de 2005 del revisor fiscal de Hydros Chía relativa a los registros contables de la operación (Folio 10 del cuaderno de pruebas No 34), ni por el dictamen inicial de la perito Gloria Zady Correa Palacio, quien brindó sus respuestas, también con un criterio técnico, dentro de los precisos límites de las preguntas que le fueron formuladas por la parte convocante, tal como lo aprecia y reconoce la parte convocada representada por el doctor Camilo Arciniegas en su alegato de conclusión, quien destaca, además, que en su informe de aclaraciones y complementaciones la citada perito precisa la forma como la sociedad Hydros Chía contabilizaba en periodos anteriores la compra de agua en bloque a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, que, dicho sea de paso, coincide con la forma como lo hizo para el periodo comprendido entre el 2 de mayo y el 1 de julio de 2005.

En relación con la partida de \$ 163.555.448,87 registrada en los estados financieros de Hydros Chía al 30 de junio de 2005 en la cuenta “12 Inversiones” sub cuenta “Gastos Bancarios”, se ha establecido claramente en el dictamen pericial que “corresponde a registros realizados entre el mes de octubre de 2004 y el 30 de junio de 2005, por concepto de gastos bancarios”, por la cual no se trata de una inversión como está registrada en la contabilidad de Hydros Chía sino de “... gastos bancarios que se le pagaban a la Fiduciaria la Previsora S.A , por el manejo de las cuentas...” y “... por lo tanto corresponden a Gastos Financieros para Hydros Chía S en CA.”, conclusión que deduce la perito de las notas a los estados financieros que dan cuenta del negocio fiduciario celebrado con dicha entidad fiduciaria y de su costo.

Lo anterior significa ciertamente que la citada partida debió afectar el estado de resultados de Hydros Chía al 30 de junio de 2005, aclarando, sin embargo, como lo hace la perito en su informe, que de la citada partida de \$163.555.448,87, la suma de \$4.889.000 corresponde al año 2003, la suma de \$103.216.000 al año 2004 y la suma de \$60.339.448.87 al año 2005 (hasta junio 30), lo cual quiere decir que si en esos años se hubieran registrado como gasto financiero en esas cuantías “se habría afectado el resultado operacional de cada uno de los citados años”, como lo afirma la perito.

El Tribunal estima entonces que en la suma de \$ 163.555.448,87 se debió afectar el estado financiero de Hydros Chía a junio 30 de 2005 y no en la suma de \$ 453.472.754,87, como lo pretende la convocante, lo cual significa que en ese supuesto el patrimonio de esta sociedad a esa fecha no habría sido negativo en menos \$ 86.446.563,61 sino positivo de \$ 198.581.742,39 y, en consecuencia, no se habría presentado la causal de disolución alegada por la convocante, circunstancia que en este caso releva al Tribunal del análisis derivado de tal situación.

#### **En el caso de Hydros Melgar:**

En relación con la retribución a favor de Gestaguas S.A., como socio gestor delegado, que Hydros Melgar debía pagar con base en la estipulación contenida en el artículo 55 de sus estatutos sociales, el dictamen pericial demostró que “de acuerdo con la contabilidad de Hydros Melgar S en CA E.S.P, a junio 30 de 2005, no se había causado la totalidad costos correspondientes a la comisión que se debía pagar a Gestaguas S.A.

en su calidad de socio gestor” y el mismo dictamen revela la existencia de la factura N° 348, emitida por Gestaguas S.A. el día 28 de diciembre de 2005, por valor de \$575.203.953, que corresponde a la “retribución del facturado en los meses de diciembre de 2003 a julio de 2005, de acuerdo con la relación adjunta”, incluido el IVA.

El hecho de la falta de contabilización de la retribución como tal no ha sido objeto de controversia. Lo admite en su alegato de conclusión el doctor Juan Manuel Giraldo, apoderado de parte de las convocadas, al apreciar que el dictamen pericial “Prueba que no se había contabilizado dichas retribuciones” (pag. 133) y no se discute en las alegaciones del doctor Arciniegas Andrade, apoderado de la otra parte de las convocadas, que están encaminadas a demostrar que la parte convocante tuvo conocimiento de este hecho y de los demás que relaciona en su demanda. El hecho tampoco se controvierte en los diversos testimonios que se presentaron ante este Tribunal, como el de Giovanni Papa y el de Vicente Cavalli, quienes se refirieron especialmente a la situación financiera de Hydros Melgar como razón primordial para justificar la ausencia de cobro o facturación de la retribución.

Está igualmente demostrado que si se hubiese contabilizado en debida forma la retribución a favor de Gestaguas S.A., las utilidades netas (después de impuestos) que se reflejaron en los estados financieros de Hydros Melgar S.A. en los años 2003, 2004 y 2005 (Junio 30) se sobrevaloraron en las sumas de \$ 27.547.268, \$ 327.091.268 y \$ 220.565.535, respectivamente, situación que conforme a la prueba pericial “no se reveló en los estados financieros con corte diciembre de 2003, 2004 y junio 30 de 2005, como tampoco fue revelado en las notas a los mismos”.

Lo anterior permite al Tribunal considerar por este aspecto y desde un punto de vista objetivo que los mencionados estados financieros que sirvieron de base al negocio no revelaron de manera fidedigna la situación económica y financiera de Hydros Melgar.

En cuanto al hecho de no haberse provisionado ni contabilizado en los estados financieros a 31 de diciembre de 2004 y al 30 de junio de 2005 las sumas de \$ 66.258.000 y \$ 217.186.000, correspondientes a las dos sanciones impuestas por la DIAN a Hydros Melgar, se encuentra acreditado efectivamente que **(i)** en los estados financieros a 31 de diciembre de 2004 no aparece provisión o registro en cuentas de orden de la contingencia derivada de los requerimientos de la DIAN por el año gravable de 2002, tal como lo pone de presente en su alegato de conclusión el doctor

Camilo Arciniegas al referirse al informe del revisor fiscal de Hydros Melgar sobre los mencionados estados financieros (página 72) y **(ii)** en los estados financieros a 30 de junio de 2005 “no aparece ningún saldo que dé cuenta de la provisión de las sumas de \$66.258.000 y \$217.186.000, correspondientes a sanciones y/o contingencias tributarias, ni como cuentas reales, como tampoco como cuentas de orden”, como lo constató la señora perito en su dictamen.

Lo anterior significa que desde el momento en que Hydros Melgar recibió en el año 2004 los requerimientos de las DIAN por al año gravable de 2002, por lo menos ha debido registrar la contingencia en cuentas de orden, conforme al inciso segundo del artículo 52 del decreto 2649 de 1993; sin embargo, ello no ocurrió así, lo cual significa, por este aspecto, que se incurrió en una omisión o inexactitud en los estados financieros al 31 de diciembre de 2004 y al 30 de junio de 2005, independientemente de si debía o no constituirse alguna provisión, en los términos del citado precepto legal.

De otra parte, en materia de provisiones debe tenerse en cuenta lo siguiente:

En relación con la partida de \$217.186.00, obra en el expediente el informe de la sociedad Amézquita & Cia S.A., el cual contiene la siguiente opinión sobre este asunto: (Cuaderno de Pruebas No. 3, folio 1070)

“Determinamos que se atiende un requerimiento especial de la DIAN por el año gravable 2002 en el cual se desestima el 80% de la renta exenta, se rechazan los costos y gastos por \$ 164.000.000, se desestiman deducciones por \$ 46.500.000 por la estimación de horarios a favor del socio gestor y la inclusión de costos y gastos también reflejados por Empumelgar y se impone una sanción de inexactitud, según lo observado por los visitantes auditores de la DIAN, que se pretende explicar o satisfacer en la Respuesta al Requerimiento Especial radicado en la Administración de Impuestos de Ibagué, Tolima el 15 de Septiembre de 2005. De acuerdo con nuestra evaluación del proceso su resultado es incierto hasta el momento.”

La anterior opinión de la firma de auditores contratada por la convocante le permite al Tribunal establecer que aún cuando al 30 de junio 2005 se hubiera contabilizado como contingencia el hecho derivado del anterior requerimiento, como ha debido hacerse, la evaluación de la contingencia la habría permitido a Hydros Melgar calificarla no necesariamente como probable y , en consecuencia, no habría estado obligada a constituir la correspondiente provisión, en los términos de los artículos 52 y 81 del decreto 2649 de 1993, a diferencia de la otra partida en la que previamente al mandamiento de pago, que corresponde al cobro coactivo por el no pago de las sumas adeudadas por el contribuyente, se tenía la información disponible acerca de la

posibilidad de la ocurrencia del evento que obligaba al registro de la provisión. La señora perito verificó que posteriormente, mediante nota de contabilidad N° 00358 del 31 de diciembre de 2005, se registró como cuentas por pagar la suma de \$83.533.000, que corresponde a la sanción de \$66.258.000, más los intereses causados, después de haberse proferido el mandamiento de pago de fecha 25 de octubre de 2005.

Lo expuesto permite al Tribunal considerar que en los estados financieros de Hydros Melgar al 30 de diciembre de 2004 y al 30 de junio de 2005 han debido registrarse las contingencias de pérdidas probables derivadas de las sanciones impuestas por la DIAN por valor de \$66.258.000 y \$217.186.000; igualmente estima que en los estados financieros de Hydros Melgar al 30 de junio de 2005 ha debido registrarse la provisión por la contingencia de pérdida probable derivada de la sanción impuesta por la DIAN por valor de \$66.258.000. Por estos aspectos y desde un punto de vista objetivo, el Tribunal considera que dichos estados financieros no revelaron de manera fidedigna la situación económica y financiera de Hydros Melgar, lo que a su turno permite apreciar que le asiste razón a la convocante en punto a la indebida información sobre la situación de la sociedad Hydros Melgar, lo cual no se desvirtúa con el solo dicho del señor Giovanni Papa, quien afirmó haber informado personalmente a la convocante sobre la situación con la DIAN, ni con el informe del revisor fiscal al 31 de diciembre de 2004 antes mencionado, que no formó parte de la lista de los documentos remitidos a la convocante con la comunicación del 16 de marzo de 2005 suscrita por el señor Vicente Cavalli.

En relación con la remuneración pactada a favor de la sociedad Aseo Especial S.A. ESP en virtud del contrato celebrado el 18 de agosto de 2004 para la prestación del servicio público integral de aseo para el Municipio de Melgar, el dictamen pericial demostró que en “los estados financieros de Hydros Melgar S en C.A. E.S.P., durante el año 2004, se registraron en la cuenta “142012 Anticipo adquisición Bienes y Servicios”, los pagos recibidos por concepto de facturación servicio de aseo...” y que “igual situación se presento para los meses de enero a junio de 2005”.

Los valores de dichos registros fueron los siguientes:

En el año 2004 (de septiembre a diciembre) la suma de..... \$ 86.345.765,82

En el año 2005 (de enero a junio) la suma de..... \$ 280.253.859

Adicionalmente, en este último período se registró en la  
cuenta “122090 Otros anticipos y avances” la suma de..... \$ 48.478.300.

**TOTAL:..... \$ 415.077.924,82**

Frente a los registros que anteceden, el Tribunal considera, como se indica en el dictamen pericial, que los valores mencionados han debido contabilizarse como un gasto y no como un anticipo, teniendo en cuenta que correspondían a la contraprestación por un servicio prestado y se trataba de un servicio que debía prestarse y pagarse mensualmente, porque como lo afirma la perito en su informe de aclaraciones y complementaciones, en respuesta a las solicitudes de algunas de las convocadas, aún cuando se hayan registrado anticipos por la ausencia de facturas, toda vez que los soportes fueron las conciliaciones de cada uno de los meses que conforman el anexo 2 del citado informe, se debía “hacer la causación mensual con cargo a las cuentas de costos o gastos, según el caso, y como contrapartida las cuentas por pagar” (pág. 100).

Lo anterior significa que los estados de resultados de Hydros Melgar al 31 de diciembre de 2004 y 30 de junio de 2005 han debido verse afectados en las sumas de \$86.345.765,82 y \$328.732.159, respectivamente, para un total de \$415.077.924,82, si a partir del mes de septiembre de 2004 se hubieran registrado como gastos las sumas pagadas a la empresa Aseo Especial S.A. E.S.P.

Si se hubiesen contabilizado en debida forma las mencionadas partidas, Hydros Melgar en lugar de utilidades habría dado pérdidas al 30 de diciembre de 2004 por \$63.454.595 y al 30 de junio de 2005 por \$266.619.159, según lo demuestra el dictamen pericial.

Lo anterior permite al Tribunal considerar también que por este aspecto y desde un punto de vista objetivo los mencionados estados financieros que sirvieron de base al negocio no revelaban de manera fidedigna la situación económica y financiera de Hydros Melgar.

Respecto a la transacción que se celebró el día 27 de octubre de 2004 con la sociedad Consorcio Soluciones Ambientales S.A. CONSASA ESP, como consecuencia de la

terminación del contrato para la prestación del servicio integral de aseo para el Municipio de Melgar, acaecida el 6 de abril de 2004, se ha establecido, con base en el dictamen pericial y en su informe de aclaraciones y complementaciones, que de la suma de \$266.075.552, valor de la transacción, quedó pendiente de pago la cantidad de \$115.392.072, que Hydros Melgar se comprometió a pagar a las personas allí relacionadas. Dicha cantidad, sin embargo, debe adicionarse en la suma de \$160.516, debido al error aritmético que se cometió al no incluir en la sumatoria la cuenta por pagar al señor Moisés Santos Bobadilla, como lo destaca la señora perito en su informe. También se estableció que Hydros Melgar no registró en sus estados financieros a 31 de diciembre de 2004 el pasivo derivado de la transacción celebrada el 27 de octubre de 2004, ni reveló en sus notas la ocurrencia de la transacción. Sin embargo, en sus estados financieros a 30 de junio de 2005, tal como lo admite la convocante en su demanda, sí se registró una cuenta por pagar a CONSASA ESP por valor de \$161.096.631, dentro del cual, como se observa en la misma demanda, está incluida la partida inicial de \$115.392.072, sin la corrección que hace la señora perito en cuanto a la sumatoria de las partidas que conforman dicha cuenta por pagar. Esto significa que a esa fecha el estado de resultado de Hydros Melgar no se aumentaría en la indicada suma de \$115.392.072, como lo propone la convocante en su alegato, sino en la de \$160.516, como consecuencia del citado error aritmético. En cuanto a la ausencia de registro del hecho mismo de la transacción como contingencia por el hecho de asumir pagos de obligaciones laborales, la señora perito advierte que “[p]ara poder saber que en los estados financieros presentados a una fecha determinada, estaban incluidas todas las obligaciones contraídas con CONSASA, era necesario tener conocimiento de cuáles eran las cuentas que Hydros Melgar se había comprometido pagar, porque contablemente quedaron con cargo a cada uno de los terceros y no a Consasa...”, lo cual , a juicio del Tribunal, representa un dificultad para su cuantificación. En punto, entonces, a la mencionada transacción se observa que la suma de \$115.392.552 no se registró en el estado financiero de Hydros Melgar a 31 de diciembre de 2004, omisión que se subsanó en el estado financiero a 30 de junio de 2005, con la salvedad del error aritmético de \$160.516.

Culminado el análisis que antecede, podría afirmarse que si se tienen en cuenta las partidas que se dejaron de contabilizar y las que se contabilizaron en forma incorrecta, los estados financieros de Hydros Melgar a 31 de diciembre de 2004 son diferentes a los que a esa misma fecha se presentaron como base de la negociación, al igual que los estados intermedios al 30 de junio de 2005

Basta advertir que los estados patrimoniales ajustados a 31 de diciembre de 2004 y a 30 de junio de 2005 se habrían afectado negativamente así:

**HYDROS MELGAR**  
**ESTADO PATRIMONIAL AJUSTADO**

CUENTA	ESTADO PATRIMONIAL	
	A 31/12/2004	A junio 30/2005
Capital Autorizado	4.831.000,00	20.000.000,00
Capital por suscribir	0,00	4.969.000,00
Capital suscrito y pagado	4.831.000,00	15.031.000,00
Reservas	52.385.861,00	0,00
Utilidad Ejercicio anteriores	-6.917.041,00	-533.645.718,62
Utilidad Ejercicio	-533.645.718,62	-553.442.576,00
<b>Total Patrimonio</b>	<b>-483.345.898,62</b>	<b>-1.072.057.294,62</b>
No. Acciones	4.831,00	15.031,00
<b>Valor Patrimonial por acción</b>	<b>-100.050,90</b>	<b>-71.323,09</b>

Queda demostrado entonces que la contabilización de la pérdida llevaba a reducir el patrimonio de la sociedad por debajo del 50% del capital suscrito y pagado, lo cual significa que en esa circunstancia la sociedad Hydros Melgar, al 31 de diciembre de 2005 y al 30 de junio de 2005, habría estado incurso en causal de disolución, conforme a lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 457 del C.Co.

Frente a la mencionada causal de disolución, la convocante ha dicho que para enervarla, "... en el año 2006 GESTAGUAS S.A se vio en la imperiosa necesidad de condonar la deuda acumulada en HYDROS MELGAR S en C.A ESP a su favor, por valor de \$1.100 millones (\$450 en sep 30 de 2006 y el resto en junio 30 de 2007), situación que afectó a AGUAS DE BOGOTÁ por la 'pérdida no proyectada ni avisada por parte de los cedentes, superior a \$1.100 millones en GESTAGUAS S.A.". Sobre este particular se estableció que la Junta Directiva del Gestaguas S.A. aprobó la condonación de deudas a Hydros Melgar, así: en reuniones del 14 de julio de 2006 (acta 29), por valor de \$1.100 millones en al año 2006", y del 13 de junio de 2007 (acta 35), hasta por \$600 millones. En la prueba pericial se demostró que el 30 de septiembre de 2006 se condonó la suma de \$ 434.220.359, que según la relación elaborada por la señora perito (páginas

117 y 118 informe aclaraciones y complementaciones del dictamen) corresponde a deudas por diversos conceptos, como reembolso de gastos, saldos de facturas por retribuciones causadas en diversos momentos, préstamos, intereses, reembolsos de Avantel; también da cuenta el dictamen pericial que en el mes de octubre de 2007 se condonó la suma adicional de \$ 15.779.641, para completar la cantidad de \$450 millones, y en el mes de diciembre de 2007 “la condonación hecha, de acuerdo con los registros contables, y los documentos que la soportan, corresponde a tres transacciones a saber: 1) \$563.757.702, y 2) \$526.212.185, y 3) \$166.170.134 (gastos por amortizaciones) para un total de \$1.256.140.021; para estas cifras , no se encontró a que deudas concretas correspondían, simplemente fueron abonadas a las cuentas pendientes de recuperar”. El valor de las condonaciones de Gestaguas, según su contabilidad, asciende a la suma de \$1.706.140.021. Este valor, sin embargo, no coincide con el que figura en la contabilidad de Hydros Melgar, en la que, según el dictamen pericial, la condonación fue por \$1.539.969.887. Además de esta diferencia, en ambas sociedades no coincide, en todos los casos, la imputación a las cuentas pendientes tanto por pagar como por cobrar, toda vez que, como lo informa la señora perito, cada una de ellas “...imputó la condonación a las deudas que consideraba debía serlo”(páginas 123 a127 del informe de aclaraciones y complementaciones).

Aparte de las contradicciones anotadas, lo cierto es que Gestaguas S.A., pasado un tiempo de verificar la situación real de Hydros Melgar, a través del trabajo de auditoría que contrató en el mes de octubre de 2005 con la firma Amézquita & Cia. S.A., y de causar en noviembre de 2005 el ingreso proveniente de las retribuciones que no se habían causado hasta el 30 de junio de 2005, efectuó condonaciones de deuda que el Tribunal interpreta como medidas adoptadas para mitigar las consecuencias patrimoniales adversas del negocio que realizó. Máxime si se tiene en cuenta que la convocante, como se establecerá más adelante, habría podido advertir la situación en la que se encontraba la sociedad Hydros Melgar, con base en los estados financieros y en la información que tuvo a su disposición para efectos de la debida diligencia, no obstante lo cual en la parte pertinente del fallo se le reconocen a la convocante los perjuicios sufridos por las omisiones e inexactitudes en los estados financieros constitutivas de un incumplimiento contractual.

**En Hydros Mosquera:**

En relación con los recaudos de aseo, la señora perito estableció que conforme a los estados financieros de Hydros Mosquera a 31 de diciembre de 2004 y a 30 de junio de 2005, esta sociedad debía al Municipio de Mosquera las sumas de \$ 80.933.131 y \$ 167.006.532, respectivamente. El Tribunal estima que al 30 de junio de 2005 no se acreditó la diferencia de \$21.650.514 indicada por la convocante en la demanda por concepto de la cuenta que por ese valor haya podido registrarse en el mes de octubre de 2005. Así mismo, el Tribunal considera que no se estableció que al 31 de diciembre de 2004 Hydros Mosquera le adeudara al Municipio de Mosquera la suma de \$167.006.532, por lo cual se concluye que a 30 de junio de 2005 no se dejó de registrar la suma de \$86.067.401 (sic) señalada en el alegato de conclusión de la convocante, cuyo valor correcto sería \$86.073.401, toda vez que dicha suma corresponde a la diferencia de los valores registrados como obligaciones a favor del Municipio de Mosquera en sus estados financieros del 31 de diciembre de 2004 y el 30 de junio de 2005.

Respecto al Convenio 002 de 2004 para el pago de subsidios no existe controversia en cuanto que **(i)** Hydros Mosquera recibió del Municipio de Mosquera en 2004 la suma de \$ 465.298.728, con el objeto de que la empresa tuviera liquidez para emprender obras de infraestructura, **(ii)** el valor real de los subsidios en ese año fue de \$ 361.639.208, y **(iii)** el saldo que Hydros Mosquera debía pagar al Municipio de Mosquera ascendía a la suma de \$ 103.639.520. La controversia se presenta en torno a la contabilización de dicho saldo al considerar la convocante en su demanda que la suma adeudada no aparece registrada en los estados financieros de Hydros Mosquera y en su alegato de conclusión que en el estado financiero a 30 de junio de 2005 sólo se registró la suma de \$4.010.116 y se dejó de contabilizar la suma de \$99.649.405, constituyéndose este valor en la suma adeudada y no registrada.

Al respecto se ha establecido con base en el dictamen pericial que en el año 2004 Hydros Mosquera amortizó la suma de \$303.723.895, discriminada así: de la cuenta 243012 servicio de acueducto, la suma de \$214.286. 602, y de la cuenta 243013 servicio de alcantarillado, la suma de \$89.437.293; esto significa que el saldo por amortizar al 31 de diciembre de 2004 era de \$161.574.833. Ocurrió, sin embargo, tal como lo determina el peritaje, que en el mes de enero de 2005 la sociedad Hydros Mosquera “amortizó la suma de \$57.915.312, discriminada así: de la cuenta 243012 servicio de acueducto , la suma de \$35.479.480, y de la cuenta 243013 servicios de alcantarillado, la suma de \$22.435.832, es decir, a enero 30 de 2005, el saldo

pendiente por amortizar es de \$103.659.521...” (pag 37) En estas condiciones y con relación a los registros contables de los subsidios recibidos del Municipio de Mosquera, la señora perito conceptuó que los registros contables “...están bien asentados, con excepción de la última amortización, esto es, la suma de \$57.915.312, que correspondía a los meses de noviembre –Diciembre de 2004, y que fueron contabilizados en el mes de enero de 2005, afectando así los resultados financieros de los dos años (2004 y 2005)”. Quiere esto decir, a juicio del Tribunal, que si bien pudo haberse presentado al 31 de diciembre de 2004 un desfase en los valores amortizados y pendientes de amortizar, no se dejaron de hacer los respectivos registros en la contabilidad de Hydros Mosquera y es claro que en el año 2004 se amortizó la suma de \$361.639.208 y quedó pendiente de amortizar la suma de \$103.659.520 (corregido el error aritmético de \$20.312 que destaca la perito), de lo cual da cuenta el acta de terminación y liquidación bilateral del convenio interadministrativo N° 002 de 2004 a que se refiere la señora perito en su dictamen. Por este aspecto encuentra sustento lo dicho por las convocadas representadas por el doctor Camilo Arciniegas en su alegato de conclusión También se ha establecido en la prueba pericial que “[c]ontablemente a junio 30 de 2005, el saldo pendiente de amortizar es de \$4.010.116”. (pag 37), y no de \$103.659.521, lo que arroja una diferencia de \$99.649.405, suma ésta en la que, en concepto de la perito, se sobrevaloró la utilidad de Hydros Mosquera en su estado financiero a 30 de junio de 2005. (Pág. 22 informe de aclaraciones y complementaciones). En el alegato de conclusión de las convocadas representadas por el doctor Camilo Arciniegas se admite que en la contabilidad y en los estados financieros de Hydros Mosquera al 30 de junio de 2005 no aparece como pendiente de reintegro la suma de \$ 103.659.521 sino la suma de \$ 4.010.116 y se explica esa situación por el hecho de que durante el primer semestre de 2005 también se originaron subsidios que el Municipio debía reintegrar y que, sin embargo, su reintegro “...no se habría de hacer con el saldo que sobró de 2004, pues el convenio daba lugar a que lo que por su causa desembolsó el municipio, fuera aplicado al año 2004”. De tales amortizaciones en el primer semestre de 2005 da cuenta el dictamen pericial al establecer que a junio 30 de 2005, en las cuentas del pasivo, a favor del Municipio de Mosquera, figuraba el saldo de \$ 4.010116. (Páginas 34 y 35) Por este aspecto el Tribunal considera que **(i)** la diferencia de \$ 99.649.405 se dejó de registrar en el estado financiero de Hydros Mosquera a 30 de junio de 2005; **(ii)** los registros contables que por ese valor se hicieron en el primer semestre de 2005 disminuyeron el saldo pendiente de amortizar con relación al 31 de diciembre de 2004 y no tuvieron su soporte en el convenio 002 de 2004, y **(iii)** en ese valor se sobrevaloró el resultado

de Hydros Mosquera a 30 de junio de 2005. Según el informe de aclaraciones y complementaciones de la pericia, estos registros contables se anularon el 16 de noviembre de 2006 y mediante orden de pago del 12 de diciembre del mismo año la sociedad Hydros Mosquera devolvió al Municipio de Mosquera la suma de \$103.659.521 por concepto de *“Devolución mayor valor girado por la Alcaldía Municipal de Mosquera respecto a los subsidios de la vigencia 2004”*.

En relación con el convenio 001 de 2004, en virtud del cual Hydros Mosquera recibió del Municipio de Mosquera y de la empresa EAMOS ESP la suma de \$1.560.000.000 para ejecutar obras de acueducto y alcantarillado, con el experticio practicado quedó demostrado que al 30 de junio de 2005 el valor de las obras ejecutadas ascendía a la suma de \$1.727.530.534, con cargo a los siguientes recursos: \$1.142.288.874 aportados por Hydros Mosquera; \$477.518.939, aportados por el Municipio de Mosquera y \$107.722.721, aportados por EAMOS; las dos últimas partidas suman \$585.241.660, lo cual significa que a la misma fecha, al igual que al 31 de diciembre de 2004, faltaba por ejecutar de las sumas recibidas del Municipio de Mosquera y EAMOS la suma de \$974.758.341, discriminada así: \$742.481.061 del Municipio de Mosquera y \$232.277.279 de EAMOS. Estos valores corresponden a los indicados en la Resolución Administrativa N° 002 del 7 de mayo de 2007 y por este aspecto el Tribunal no observa omisiones o inexactitudes por parte de Hydros Mosquera. Se advierte, eso sí, que los valores ejecutados y no ejecutados al 30 de junio de 2005 difieren de los que se mencionan en la demanda, toda vez que en ella se consideró que al 30 de junio de 2005 se había ejecutado la cantidad de \$ 1.041.878.193 y faltaba por ejecutar la suma de \$ 518.121.807.

Respecto al manejo contable de las anteriores sumas, se precisa en el dictamen pericial que al 30 de junio de 2005 “... en la cuenta del pasivo, en la que se había registrado inicialmente los dineros aportados tanto por el Municipio de Mosquera como por EAMOS, sigue exactamente igual, es decir, con un saldo de \$1.220.0000 y \$340.000.000, respectivamente”

Lo anterior se explica porque como lo dice el mismo informe pericial: “Revisados los registros contables de Hydros Mosquera S en C.A. E.S.P., durante el año 2004, y hasta junio de 2005, concretamente los que tienen que ver con el Convenio 001 de 2004, estos no se encontraban debidamente registrados y revelados en la contabilidad, tal como lo exigen las normas contables. Hydros Mosquera S en C.A. E.S.P., recibe dineros

del Municipio de Mosquera y de Eamos, por concepto del Convenio 001 de 2004, dichos dineros fueron recibidos en las cuentas bancarias y como contrapartida a una cuenta del pasivo “2455601 Depósitos recibidos de terceros, en Administración; durante ese año, no hubo más movimientos de tipo contables en las citadas cuentas. A medida que se fueron ejecutando los dineros, estos fueron contabilizados en la Cuenta 1915 “Obras y mejoras en Propiedad Ajena”, contra las cuentas de bancos, de donde se giraban los dineros, es decir, no fueron amortizando los dineros entregados por el Municipio de Mosquera y por EAMOS, pero sí ejecutados”.

Al respecto observa el Tribunal que aparte del error en el manejo contable que destaca la señora perito y de los movimientos contables que se debieron haber hecho para efectos de la debida contabilización, en el mismo dictamen se precisa que estos movimientos no “afectan las cuentas de resultado, es decir, no afectan la utilidad o pérdida de la empresa”, lo cual le permite concluir al Tribunal que por este aspecto no se presentó el incumplimiento que se pretende deducir.

Sobre los saldos pendientes de pago a favor de contratistas, como consecuencia del convenio 001 de 2004, se estableció que al 31 de diciembre de 2004 y al 30 de junio de 2005 ascienden a las sumas de \$618.975.885 y \$584.832.687, respectivamente.

En cuanto al convenio 004 de 2004, en virtud del cual Hydros Mosquera recibió del Municipio de Mosquera la suma de \$159.281.317 para ejecutar obras de acueducto y alcantarillado, se estableció en la prueba pericial, al igual que en el caso anterior, que la registró correctamente en la cuenta del pasivo 24550601 Depósitos recibidos de terceros, en Administración, Obras civiles” y ese registro es el único que aparece en la contabilidad de Hydros Mosquera al 30 de junio de 2005; también se estableció que al 30 de junio de 2005 el pasivo a favor del Municipio de Mosquera ascendía a la misma suma de \$159.281.317 debido a que contablemente no se había ejecutado. En este caso, como en el anterior, el Tribunal estima que no existe el incumplimiento que se pretende.

En relación con las sumas no ejecutadas que Hydros Mosquera debía restituir al Municipio de Mosquera en relación con los convenios 002, 001 y 004 antes mencionados, la convocante formuló a la señora perito sendas preguntas con el propósito de determinar si dicha sociedad tenía disponible en caja y bancos el correspondiente dinero, a las cuales respondió la perito que en algunos casos sí y en

otros no, según el momento y los supuestos que tuvo en cuenta para ello, advirtiendo además acerca del sistema de unidad de caja utilizado por la empresa. Sobre el particular el Tribunal estima que tratándose de una empresa en marcha, su capacidad de pago o de restitución no está determinada únicamente por las partidas del activo conformadas por caja y bancos, como quiera que en el desarrollo de su actividad tiene o puede tener capacidad para generar un flujo permanente de fondos, contratar empréstitos etc., lo que en teoría le permitiría atender sus obligaciones a favor de terceros, aspecto este sobre el cual no versó la pericia.

Las omisiones e inexactitudes en los estados financieros de las sociedades Hydros Chía, Hydros Melgar e Hydros Mosquera impidieron que en ellos se reflejara su exacta y precisa situación financiera y económica, lo cual, a juicio del Tribunal, constituye un incumplimiento de los cedentes a su deber de información frente al cesionario, derivado de los deberes de conducta que se desprenden del principio de la buena fe contractual.

Para establecer las consecuencias de ese incumplimiento en el momento de determinar el *quantum* de la indemnización, además de lo que le corresponda a los convocados en atención a si dicho incumplimiento se deriva de una culpa grave o simplemente leve, debe tenerse en cuenta la conducta del cesionario con ocasión de la “debida diligencia” llevada a cabo en la etapa previa a la celebración de la negociación que ocupa la atención de este Tribunal, para establecer si podía o no encontrarse en la posibilidad de advertir las omisiones e inexactitudes anotadas en los estados financieros de las sociedades que pretendía controlar con la realización de la mencionada negociación.

Es claro que para llevar a cabo una negociación de esa naturaleza, la persona interesada en adquirir una empresa debe hacer el estudio previo sobre la misma para establecer la situación en que se encuentra, lo cual exige el análisis de la empresa desde puntos de vista diversos, como el económico, financiero, jurídico, administrativo, técnico y contable. Se ha establecido que el estudio por parte de la convocante de las sociedades Hydros se llevó a cabo a través de un acuerdo interinstitucional con la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, y con personal del Acueducto, tal como lo dice la convocante en su alegato (pág. 10) y lo corrobora la declaración de Félix Betancourt Aduen del 8 de mayo de 2009, Gerente de Aguas de Bogotá S.A en la época de los hechos, en la que se refiere, además, a los

grupos de trabajo que se conformaron para efectos del citado estudio y menciona que la primera presentación del negocio a la junta directiva se hizo en el mes de enero de 2005 “llevando una información bastante completa”, no obstante lo cual la misma junta ordenó “... completar ese estudio que posteriormente se presenta en abril del mismo año, o sea dos meses después”. Conforme a su declaración, en esa reunión del 12 de abril de 2005 “la junta directiva aprobó el estudio y se sintió satisfecha del estudio, un estudio serio, completo, adecuado y dio la instrucción de proceder a negociar el paquete accionario”.

La presentación y aprobación del estudio a la junta en el mes de abril de 2005 guarda relación en el tiempo con la información legal y financiera que mediante comunicación del 16 de marzo de 2005 le remitió a la convocante el señor Vicente Cavalli Papa, en su condición de Director General de las Hydros, información que corresponde a la señalada por la convocante en el hecho 2.21 de su demanda y se refiere a los datos de las empresas al 31 de diciembre de 2004.

En relación con este asunto, el apoderado de la convocante ha insistido que esa fue la única información proporcionada por los cedentes a la sociedad Aguas de Bogotá S.A. para la realización de la “*due diligence*” (pág. 44 del alegato), como prueba de lo cual invoca la declaración de parte del representante legal de RIAGRO S.A. y las confesiones fictas que surgen de las diversas conductas de los representantes legales de las sociedades CONSTRUCTORA NEMESIS S.A., INVERSIONES INDUSTRIAS Y CONSTRUCCIONES S.A y PIDSA S.A. Adicionalmente, con la confesión ficta proveniente de la conducta de la sociedad INVERSIONES ZÁRATE GUTIERREZ y CIA S C A considera probado ese mismo hecho y los desajustes contables de las Hydros y de Gestaguas, conforme a las preguntas 4 a 10, inclusive, del cuestionario escrito que presentó en su oportunidad (pág. 46 del alegato). Con esta pruebas y con el cuestionamiento que hace del testimonio del señor Luis Vicente Cavalli en torno al tema de la información suministrada, el apoderado de la convocante advierte que la declaración contenida en el considerando cuarto del acuerdo de cesión solamente compromete a AGUAS DE BOGOTA respecto de la información que conoció, es decir de la que se le suministró por los cedentes, destacando la salvedad establecida en la última parte del citado considerando.

En contraste con lo anterior, la parte convocada considera que AGUAS DE BOGOTA contó con toda la información necesaria para hacer el análisis de los estados

financieros e invoca para el efecto la declaración del señor Felix Betancourt Aduen, en la que destaca, además de lo antes anotado en relación con los grupos de trabajo que se conformaron, el estudio realizado y su aprobación por parte de la junta directiva, que todo el proceso de análisis tomó más de seis meses y que la valoración se hizo no solamente con base en los estados financieros certificados que fueron proveídos “... sino también en mucha otra información técnica y de otra índole que se solicitó... la información fluyó en ese período y tal como los contadores nos dijeron no encontraron contingencias relevantes, no encontraron ninguna contingencia que pusieran en riesgo el desarrollo de estas empresas y el grupo tecnológico, los expertos en la parte de tecnología también dieron un concepto favorable, que las empresas estaban en buen estado, buena acogida dentro de la población, un nivel de inversión satisfactoria...” (Pág. 63 del alegato). Así mismo, apoya su apreciación en la declaración del señor Giovanni Papa en la que, refiriéndose a la *due diligence* afirma que “... fue una cuestión de cuatro meses...” y relata, en términos generales, lo relativo a las presentaciones, visitas e informaciones que se suministraron durante ese proceso.

Sobre el particular, el Tribunal encuentra que con la comunicación del 16 de marzo de 2005 se remitieron al cesionario los estados financieros a 31 de diciembre de 2004 de las sociedades Hydros y el resto de la información allí relacionada, y que el negocio lo aprobó la Junta Directiva de Aguas de Bogotá S.A. el 12 de abril de 2005 con base en el estudio que para el efecto se le presentó como resultado del proceso de debida diligencia adelantado por los cuatro grupos de trabajo conformados por personal de Acueducto de Bogotá, lo cual significa que tanto el acuerdo de intención del mes de mayo de 2005 como el acuerdo de cesión del 30 de junio de 2005 se celebraron con fundamento en dicha aprobación.

No se encuentra en el proceso prueba que acredite la entrega al cesionario de información adicional, aparte de la declaración genérica de AGUAS DE BOGOTA S.A. de haber “tenido acceso a la totalidad de la documentación e información requerida y necesaria para la celebración del presente negocio”, contenida en el considerando cuarto del acuerdo de cesión, y de las declaraciones de terceros sobre este mismo asunto, como las de los señores Betancourt y Papa, todas las cuales deben entenderse, a juicio del Tribunal, referidas a la documentación e información que sirvió de base para la aprobación y celebración del negocio, esto es, la correspondiente a los estados financieros del 31 de diciembre de 2004.

Lo anterior significa que le asiste razón a la convocante al considerar que la única información remitida al cesionario corresponde a la relacionada en la carta del 16 de marzo de 2005, para efectos del estudio que sirvió de base para la aprobación del negocio.

Es con fundamento en la anterior información que la convocante debió adelantar el proceso de “debida diligencia”, que le implicaba examinar, investigar y dilucidar todos aquellos asuntos que pudieran generarle alguna inquietud para establecer la real situación de las sociedades a 31 de diciembre de 2004, todo lo cual le concedía el derecho de exigir la información adicional que necesitara para la realización de dicho proceso, asumiendo las consecuencias derivadas de no ejercerlo.

Esto quiere decir que las omisiones e inexactitudes en los estados financieros cortados al 30 de junio de 2005, fecha que coincide con la de la celebración del acuerdo de cesión, son de responsabilidad de las cedentes.

Así las cosas, el Tribunal apreciará en seguida la conducta de la convocante frente a las omisiones e inexactitudes en los estados financieros a 31 de diciembre de 2004 de las sociedades Hydros, atrás señaladas

En efecto:

#### **En relación con Hydros Chía:**

Quedó establecido que esta sociedad contabilizó en debida forma la operación de compra de agua en bloque a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, por lo cual la cuestión se plantea respecto a las partidas que se contabilizaron en la cuenta del activo “12 Inversiones” sub cuenta “Gastos Bancarios” cuando han debido afectar directamente los estados de resultado, en la forma atrás indicada, por tratarse de gastos financieros y no de inversiones realizadas.

Sobre este particular, el Tribunal estima que el análisis de los estados financieros al 31 de diciembre de 2004 que el cesionario tuvo ocasión de examinar, le habría permitido establecer el origen de esas partidas, o indagar sobre su origen, para determinar que no eran inversiones que debían mantenerse en el activo, sino gastos que debían haber

afectado los estados de resultados, máxime si se advierte, dada la naturaleza de la cuenta, que “contablemente es recomendable que al final de cada período (fecha de cierre) se verifiquen las cuentas de anticipos, con el objeto de determinar que parte de los mismos ya ha sido causada, y así cancelar su saldo y afectar las cuentas de resultado”, tal como lo expresa la señora perito en su informe de aclaraciones y complementaciones (pág. 100).

Lo anterior significa, entonces, que la convocante ha debido advertir, con base en los estados financieros a 31 de diciembre de 2004, que a esa fecha la suma de \$108.105.000 representaba un gasto y no una inversión. Este valor es el resultado de sumar las cantidades de \$4.889.000 y \$103.216.000, correspondientes a los años 2003 y 2004, respectivamente. La diferencia de \$55.450.448,87 con respecto a la suma de \$163.555.448,87 que figura al 30 de junio de 2005, es la cantidad que se contabilizó como inversión y no como gasto durante el primer semestre de 2005.

#### **En relación con Hydros Melgar:**

La cuestión se plantea en relación con los siguientes hechos:

En cuanto al hecho demostrado de no haberse causado hasta el 30 de junio de 2005 la totalidad de los costos correspondientes a la retribución que debía pagar a Gestaguas S.A. en su calidad de socio gestor, cuyo valor ascendía a la suma de **\$575.203.953**, y al hecho de que las partidas que integran este valor no se revelaron “... en los estados financieros con corte diciembre de 2003, 2004 y junio de 2005, como tampoco fue revelado en las notas a los mismos”, el Tribunal estima que el cesionario sí debía estar en capacidad de advertir esa omisión, como quiera que no le es posible alegar que desconocía el derecho a la retribución pactada en los estatutos sociales de esta sociedad, como quiera que era uno de los elementos relevantes de la negociación, lo cual está plenamente demostrado en este proceso. Precisamente en el informe de aclaraciones y complementaciones al dictamen, la señora perito conceptuó que “Sí es posible que la persona que haya analizado los Estados Financieros a una fecha de corte determinado detecte que no se ha registrado obligaciones de carácter permanente, que para el caso que nos ocupa son mensuales, advirtiéndolo, que en este caso debía conocer que existía esa retribución, porque a simple vista en la contabilidad de Hydros Melgar no se podía detectar, porque (sic) no se causaba este costo o gasto, desde el mes de noviembre de 2003” (pág. 80).

Lo anterior significa que la convocante ha debido advertir, con base en los estados financieros a 31 de diciembre de 2004, que a esa fecha no se había contabilizado la retribución a favor de Gestaguas S.A. por \$354.638.536, que es el resultado de sumar las cantidades de \$27.547.268 y \$327.091.268 correspondientes a los años 2003 y 2004, respectivamente. La diferencia de \$220.565.417, con respecto a la suma de \$575.203.953 que figura al 30 de junio de 2005, es la cantidad que se dejó de contabilizar durante el primer semestre de 2005.

En cuanto a los hechos relacionados con las sanciones la DIAN, quedó establecido, de una parte, que las contingencias derivadas de los requerimientos de la DIAN por el año gravable 2002 no se registraron en cuentas de orden en los estados financieros al 31 de diciembre de 2004, lo cual significa que el cesionario no pudo advertirlas ni evaluar sus consecuencias, y, de otra, que en los estados financieros al 30 de junio de 2005, además de la ausencia de los anteriores registros, no se constituyó la provisión por valor de \$66.258.000 que como tal representa un gasto que debió afectar la cuenta de resultados en ese mes.

Respecto a los diversos pagos a la sociedad Aseo Especial S.A. ESP, por valor total de \$415.077.924,82, que a partir del mes de septiembre de 2004 se contabilizaron como anticipos y no como gastos, el Tribunal también estima que un juicioso análisis de los estados financieros a 31 de diciembre de 2004 le habría permitido al cesionario establecer o indagar sobre el origen de la partida por valor de \$86.345.765,82 para determinar que no debían mantenerse como anticipos en una cuenta activa, sino que debían contabilizarse como gastos que afectaba el estado de resultado a esa fecha, teniendo en cuenta que se trataba de un contrato para la prestación del servicio de aseo que se requería para la prestación del servicio de agua, dada la modalidad de servicio integral empleada en el Municipio de Melgar. No así en el caso de los pagos contabilizados como anticipos durante el primer semestre del año 2005, que ascendieron a la suma de \$328.732.159.

En cuanto a la sociedad Consorcio Soluciones Ambientales S.A. CONSASA ESP, el Tribunal considera que el solo examen de los estados financieros al 31 de diciembre de 2004 no le habría permitido al cesionario percatarse de la obligación que Hydros Melgar adquirió, por valor de \$115.392.072, como resultado de la transacción, si se tiene en cuenta que en dicho estado financiero no registró el pasivo, ni reveló en sus

notas la ocurrencia de la transacción. Esta partida, sin embargo, aparece contabilizada en el estado financiero a 30 de junio de 2005 como parte de la cuenta por pagar a CONSASA ESP por \$161.096.631, en la cual está incluida la partida inicial de \$115.392.072. Adicionada esta partida con la suma de \$160.516, para subsanar el error aritmético advertido por la señora perito, su valor asciende a la suma de \$115.552.588, que al estar contabilizada al 30 de junio de 2005 y no al 31 de diciembre de 2004, representó un aumento en el pasivo de la sociedad Hydros Melgar y, en la misma medida, una disminución en el monto de su patrimonio.

#### **En relación con Hydros Mosquera:**

La cuestión se plantea únicamente respecto a la diferencia que se presentó en los estados financieros de Hydros Mosquera a 31 de diciembre de 2004 y al 30 de junio de 2005, en el valor del saldo pendiente de amortizar correspondiente a los subsidios no utilizados, en virtud del convenio 002 de 2004 con el Municipio de Mosquera. Se estableció, conforme al dictamen pericial, que la utilidad de Hydros Mosquera, en su estado financiero a 30 de junio de 2005, se sobrevaloró en la suma de \$99.649.405, lo cual significa que, en esa misma fecha y medida, se sobrevaloró el monto de su patrimonio.

Como corolario de lo expuesto, el Tribunal considera que las convocadas son responsables por las omisiones e inexactitudes que se presentaron en los estados financieros de las sociedades Hydros al 31 de diciembre de 2004. No obstante lo cual la conducta de la convocante al no haberlas advertido en su gestión de debida diligencia, como pudo y debió hacerlo, reduce el monto de la indemnización a la que ella tiene derecho. Para este efecto, el Tribunal, por las razones legales ya expuestas, aplicará el principio consagrado en el artículo 2357 del Código Civil en lo referente a la denominada *compensación de culpas*.

#### **En relación con Hydros Chía:**

Gastos contabilizados en el activo en la cuenta "12 Inversiones" sub cuenta "Gastos Bancarios", por valor de	\$ 108.105.000
--	----------------

#### **En relación con Hydros Melgar:**

La retribución a favor de Gestaguas S.A., por valor de \$ 354.638.536

Pagos a Aseo Especial contabilizados como anticipos y no como gastos, por valor de \$ 86.345.765,82

De otra parte, el Tribunal considera que la convocante no tiene responsabilidad por no haber advertido en su gestión de debida diligencia las siguientes omisiones e inexactitudes reflejadas en los estados financieros de las sociedades Hydros al 30 de junio de 2005, las cuales son de responsabilidad de las cedentes:

**En relación con Hydros Chía:**

Gastos contabilizados en el activo en la cuenta “12 Inversiones” sub cuenta “Gastos Bancarios”, por valor de \$ 55.450.448,87

**En relación con Hydros Melgar:**

La retribución a favor de Gestaguas S.A., por valor de \$220.565.417

La provisión por la sanción de la DIAN, por valor de \$ 66.258.000

Pagos a Aseo Especial contabilizados como anticipos y no como gastos, por valor de \$328.732.159

Pasivo no contabilizado proveniente de la transacción celebrada con CONSASA \$ 115.552.588

**En relación con Hydros Mosquera:**

Diferencia de la obligación a favor del Municipio de Mosquera reflejada en los estados financieros a 31 de diciembre de 2004 y 30 de junio de 2005 en relación con el convenio 002 de 2004, por valor de \$ 99.649.405

Por lo que hace al punto **(vii)**, relacionado con la imputación a las cedentes de no haberle dado cumplimiento a la expresa obligación contractual de adelantar los trámites necesarios para excluir de los activos de Gestaguas S.A. la participación

accionaria que esta tenía “en otras sociedades como Aguazul S.A.”, el Tribunal encuentra lo siguiente: ante todo, que, en efecto, en el artículo octavo del acuerdo privado de cesión de acciones las partes hicieron referencia a que, al momento de celebrarlo, Gestaguas S.A. tenía participaciones accionarias en sociedades distintas de Hydros Chía, Hydros Melgar e Hydros Mosquera, lo mismo que una serie de negocios y proyectos también distintos de los de estas tres compañías; que en ese mismo artículo se convino que ni esas otras participaciones accionarias ni esos otros proyectos harían parte del negocio jurídico de cesión de acciones en Gestaguas, y que, por consiguiente, los cedentes se obligaban a adelantar, en el término máximo de tres meses contados desde la fecha del acuerdo, “el trámite de la cesión a ella (sic) o a otras terceras personas, de manera que al cabo de ese período esas participaciones no aparezcan como activos de Gestaguas S.A.”; y que a renglón seguido se agregó que “Gestaguas S.A. deberá suscribir todos los documentos y realizar todos los actos que sean necesarios adelantar (sic) para realizar la cesión de esas participaciones o negocios a las compañías que correspondan, según lo que determinen los actuales accionistas de Gestaguas S.A.”

De otra parte, el Tribunal encuentra que, en efecto, la certificación del revisor fiscal de Gestaguas S.A. que se allegó al expediente demuestra que esta sociedad continúa siendo titular de una participación accionaria en Hydros del Oriente S. en C. ESP, y que, en consecuencia, es evidente que ella no se excluyó del patrimonio de Gestaguas S.A. mediante su cesión a las cedentes o a terceros.

Encuentra también que les asiste razón a las convocadas cuando señalan que la obligación en cuestión no era una obligación exclusivamente a cargo de quienes fueron cedentes en el contrato, sino de ambas partes, en cuanto que a Gestaguas S.A., luego de transferido el 86% de sus acciones a la cesionaria y de entregado con ellas a ésta su control, le correspondía la tarea, expresada en el acuerdo, de “suscribir todos los documentos y realizar todos los actos que sean necesarios adelantar para realizar la cesión de esas participaciones”, como atrás se indicó.

Es que, además, y no apenas porque así lo haya dicho el texto del acuerdo, sino por razones obvias, solo mediante la acción conjunta y concertada de las partes del contrato podía llegarse a darle cumplimiento a la obligación de que Gestaguas S.A. lograra transferirles a los cedentes o a terceros los activos de su propiedad que se había convenido excluir del negocio. Máxime cuando tal obligación debía ejecutarse

luego de que la cesionaria hubiera asumido la mayoría accionaria, el control y la administración de Gestaguas S.A.

Porque así como es cierto que las cedentes efectivamente se comprometieron a asumir la tarea de conseguir que, perfeccionada la transferencia de sus acciones en Gestaguas S.A., ellas mismas o unos terceros adquirieran las participaciones accionarias que ella tuviera en sociedades, negocios o proyectos distintos de Hydros Chía, Hydros Melgar e Hydros Mosquera, —que es el sentido en el que en sana lógica debe entenderse la obligación que asumieron por virtud de este artículo—, no lo es menos que tal deber implicaba uno correlativo de parte de la cesionaria, consistente en hacer, por conducto de Gestaguas la cesión de esas participaciones y la desvinculación de esos negocios o proyectos. Y ocurre que en parte alguna aparece probado que la convocante hubiera realizado esfuerzo alguno tendiente al cumplimiento de ese deber o a concertar con las cedentes la forma como una y otras pudieran ejecutar a cabalidad cada una el suyo. Elocuentemente, el acuerdo de cesión de acciones en Gestaguas había dispuesto expresamente, como atrás se dijo, que “Gestaguas S.A. deberá suscribir todos los documentos y realizar todos los actos que sean necesarios adelantar para realizar la cesión de esas participaciones o negocios a las compañías que correspondan, [...]”.

Ahora bien, ocurre por otro lado que cuando la estipulación contractual de la que se viene hablando define los términos de esa obligación recíproca de desprender a Gestaguas de su participación accionaria en otras sociedades y de apartarla de otros negocios o proyectos, lo hace precisando unas condiciones que no pueden pasarse por alto. En efecto, si bien en algunos aspectos la redacción del artículo 8º del acuerdo privado deja mucho que desear, ya que, por ejemplo, cuando se refiere a las sociedades de las que Gestaguas debe desvincularse, lo hace vagamente hablando de “participaciones accionarias [...] en otras sociedades como AGUAZUL S.A.”, en cambio no deja duda en punto a la doble circunstancia de que esas inversiones y proyectos de los que habrá de marginarse deben corresponder a negocios que “se encuentren en ejecución o en trámite” y a que deben ser “diferentes a los desarrollados a través de Hydros Chía S. en C.A. ESP, Hydros Chía S. en C.A. ESP, Hydros Chía S. en C.A. ESP.”

Y sucede que, a la hora de contestar la demanda, algunas de las convocadas sostuvieron que tanto no era ajena la sociedad Hydros del Oriente S. en C. ESP a Hydros Chía, Hydros Melgar e Hydros Mosquera y a los negocios y proyectos de

estas, que entre Hydros del Oriente e Hydros Chía S.A. hay una vinculación societaria. Este aserto no fue contradicho ni desvirtuado por la convocante, quien incluso lo aceptó implícitamente en su alegato de conclusión (página 69), cuando insistió en que allí había un incumplimiento de las convocadas, “sin perjuicio de la discusión sobre si se trata o no de un negocio ajeno a las Hydros”. Para el Tribunal es claro que la circunstancia de que la sociedad Hydros del Oriente S. en C. ESP tenga una vinculación empresarial con Hydros Chía no es ni mucho menos irrelevante. Porque si no está plenamente acreditado que se cumplían las condiciones exigidas por el contrato para que fuera mandatorio desvincular a Gestaguas S.A. de determinados negocios e inversiones, mal podría dársele trascendencia jurídica alguna a que ello no se hiciera. Y, según se vio, tal obligación solo se había establecido respecto de los negocios y las inversiones que no estuvieran relacionados con Hydros Chía, Hydros Melgar e Hydros Mosquera, y ese no era el caso de Hydros de Oriente.

#### **B. Los incumplimientos que alegan las convocadas.**

Ahora bien, en las excepciones que formularon al contestar la demanda y en las demandas de reconvención que así mismo presentaron, las convocadas afirmaron, por su parte, que fue más bien la convocante la que faltó gravemente a sus obligaciones contractuales. Como incumplimientos puntuales le enrostraron los siguientes: **(i)** no haber convocado, por conducto de Gestaguas S.A. las asambleas de accionistas de las sociedades Hydros Chía, Hydros Mosquera e Hydros Melgar a que se obligó en los términos del inciso segundo del artículo primero del acuerdo privado de cesión de acciones; **(ii)** no haber reportado e inscrito en el registro mercantil, luego de la transferencia de las 172.000 acciones de Gestaguas S.A, la consiguiente circunstancia de que en tal virtud la cesionaria se convertía en controlante de Gestaguas y en controlante, administradora y operadora de Hydros Chía, Hydros Mosquera e Hydros Melgar en reemplazo de las cedentes; **(iii)** haber incumplido el deber de responder —asumiéndolas y pagándolas— por las obligaciones que luego de la transferencia de las 172.000 acciones en Gestaguas S.A. subsistieran a cargo de las cedentes como gestoras de Hydros Chía, Hydros Melgar e Hydros Mosquera, y que estuvieran garantizadas por medio de las fiducias en garantía consignadas en el acuerdo de cesión de acciones (incisos terceros de los artículos 1º y 6º del acuerdo privado de cesión de acciones); **(iv)** haber demorado la protocolización de la reforma de estatutos de Hydros Melgar, contenida en el Acta No. 11 del 25 de marzo de 2006, mediante la cual las cedentes habían cumplido su compromiso de cederle a la

cesionaria su interés social como socios gestores de dicha sociedad (artículos 1º y 6º del acuerdo privado de cesión de acciones); **(v)** haber incumplido la obligación de manejar los recursos de Hydros Chía, Hydros Melgar e Hydros Mosquera a través de las fiducias que los cedentes tenían constituidas para el efecto; **(vi)** no haber el cesionario constituido oportunamente, esto es, dentro de los tres meses siguientes a la firma del contrato, y mantenido en adelante, el encargo o fiducia en garantía, que ampare, por el valor convenido de \$700.000.000,00, reajustables anualmente, tanto las contingencias y los riesgos derivados de la operación de Gestaguas y de Hydros Chía, Hydros Melgar e Hydros Mosquera como el pago de las prestaciones sociales y de seguridad social de estas (inciso quinto del artículo 6º del acuerdo privado de cesión de acciones); **(vii)** no haber remitido oportunamente a las entidades financieras correspondientes las cartas a que se comprometió, haciéndose cargo de las obligaciones de Gestaguas, de Hydros Chía, de Hydros Mosquera y de Hydros Melgar, y liberando a los cedentes y a cualesquiera otros garantes, de cualquier responsabilidad derivada de avales o firmas dados por estos a través de cualquier instrumento a favor de las citadas sociedades (inciso segundo del artículo 7º); **(viii)** no haber obtenido oportunamente de las entidades financieras acreedoras y entregado a los cedentes las cartas a las que se obligó, “en donde se manifieste de manera clara que liberan de cualquier responsabilidad a LOS CEDENTES y demás personas jurídicas o naturales que hayan garantizado, avalado y/o firmado cualquier título valor, créditos directos o subsidiarios” con Gestaguas, con Hydros Chía, con Hydros Mosquera o con Hydros Melgar (inciso tercero del artículo 7º); **(ix)** no haberles indemnizado a los cedentes los daños y perjuicios causados por cuenta de los embargos judiciales que recayeron sobre activos de las sociedades cedentes Hydros Colombia S.A, Frizo Ltda e Inversiones Zárate Gutiérrez S. en C. S. (inciso cuarto del artículo 6º), y **(x)**, haberse negado Hydros Melgar a aprobar la cesión del interés social.

Sobre tales incumplimientos resultó demostrado lo siguiente:

Acerca del punto **(i)**, que se refiere a que la convocante no convocó, por conducto de Gestaguas como gestor delegado, las asambleas generales de accionistas de Hydros Chía, Hydros Melgar e Hydros Mosquera en las que, con los quórums de rigor, se procediera a las reformas estatutarias de cada una de ellas en punto a la cesión del interés social de los cedentes como socios gestores, para el Tribunal está claro, ante todo, que aunque en el texto del acuerdo de cesión de acciones no se dijo

expresamente, la obligación en cuestión no era una obligación de ejecución inmediata sino a plazo, y este era de seis meses contados a partir de la firma de dicho acuerdo. Ello, por la sencilla razón de que si el propósito de las convocatorias era el de tramitar ante las asambleas de accionistas las reformas estatutarias relativas a la cesión del interés social de los socios gestores, y en el mismo acuerdo se había estipulado que los cedentes tenían que llevar a cabo esa cesión del interés social a favor de la cesionaria dentro del término de seis meses (artículo 6º del acuerdo), mal podría pensarse que el plazo para poner en marcha el vehículo indispensable para tales reformas sociales fuera uno distinto, o que no hubiera plazo para el efecto. Más aún, en rigor debería entenderse que el plazo para convocar las asambleas debía ser el legal o estatutariamente necesario para que ellas se cumplieran a más tardar seis meses después de firmado el acuerdo, es decir, seis meses después del 30 de junio de 2005. No son menester demasiadas lucubraciones para concluir que si el cumplimiento de una obligación por una de las partes de un contrato está indefectiblemente sujeto a que la otra cumpla previamente un deber correlativo, el plazo de aquella es la medida temporal del plazo de ésta.

Y en el expediente está demostrado documentalmente (folios 97 a 100 del cuaderno de pruebas 7) y a través del reconocimiento del apoderado de la convocante, que la asamblea de accionistas de Hydros Mosquera se convocó para el 30 de marzo de 2006, es decir, a los nueve meses de la firma del acuerdo; que la asamblea de accionistas de Hydros Melgar se convocó para el 25 de marzo de 2006, es decir poco menos de nueve meses luego de la firma del acuerdo, y que la asamblea de accionistas de Hydros Chía se convocó para el 31 de marzo de 2006, también nueve meses después del acuerdo. Ninguna explicación aparece en el expediente acerca del por qué de estas demoras. Al parecer, la cesionaria, a cuyo cargo estaban tales convocatorias, no consideró que estas estuvieran sometidas a plazo y acaso pensó que por lo tanto la ocasión de las asambleas anuales ordinarias era apropiada para tramitar las reformas estatutarias en cuestión.

De otro lado, lo cierto es que ni siquiera en esas oportunidades de las asambleas ordinarias convocadas para los días finales del mes de marzo de 2006 se obtuvo la aprobación de las reformas estatutarias relativas a la cesión del interés social de los socios gestores. Una interpretación exegética de la convención llevaría al Tribunal a decir que estas circunstancias de la no aprobación de las reformas sociales en cuestión también constituyen incumplimientos contractuales por el lado de la

cesionaria, si se tiene en cuenta que a renglón seguido de haberse consignado en el inciso segundo del artículo primero la obligación de convocar las tres asambleas de accionistas en cuestión, se estipuló en él mismo que también estaba a cargo de la cesionaria “obtener el quórum deliberatorio y decisorio favorable requeridos en los correspondientes estatutos oficiales de cada una de las citadas sociedades para la reforma de estatutos sociales y para la cesión del interés social de los socios gestores”. Incluso se agregó allí mismo a continuación: “quedando en consecuencia los CEDENTES que tiene (sic) la condición de Gestores en las citadas sociedades liberados de esta prestación”. Este último aserto se morigeró luego un tanto al decirse que “no obstante lo anterior, los CEDENTES prestarán la mayor colaboración para el efecto”.

Así pues, resulta incontrovertible que la obligación a cargo de la cesionaria de convocar las asambleas de accionistas por conducto de Gestaguas no se cumplió en el tiempo debido, y que la de conseguir en tales asambleas los quórums necesarios para la aprobación de las reformas sociales de Hydros Chía, Hydros Mosquera e Hydros Melgar sólo vino a cumplirse parcialmente y así: la de Hydros Melgar el 2 de noviembre de 2006 (acta número 12, folios 221, 228 del cuaderno de pruebas número 7), fecha en la cual se aprobó la reforma y con ella la cesión; la de Hydros Chía el 20 de octubre de 2006, fecha en la cual hubo quórum para sesionar, pero no para la aprobación de la reforma y la cesión, y la de Hydros Mosquera el 30 de marzo de 2006, fecha en la que se suspendió sin la aprobación de la cesión, para continuarla el 19 de septiembre, fecha en la cual tampoco se consiguieron las aprobaciones del caso.

Sin embargo, sobre este punto de la obtención de las mayorías necesarias para las reformas de los estatutos sociales de Hydros Chía, Hydros Melgar e Hydros Mosquera debe anotar el Tribunal que en el propio texto del acuerdo las partes hicieron constar que si tal cosa no se lograba, las cedentes permanecerían como socias gestoras de las sociedades Hydros, y que ello “no implica[ría] incumplimiento del presente acuerdo para ninguna de las partes y se entenderá en todo caso debidamente cumplido y ejecutado en su totalidad el presente acuerdo por parte de LOS CEDENTES” (el subrayado es del Tribunal).

Así pues, no sólo anticiparon las partes la eventualidad de que en las asambleas de las sociedades Hydros Chía, Hydros Melgar e Hydros Mosquera no llegaran a poder

conseguirse las mayorías necesarias para la reforma de los estatutos sociales que aprobara las cesiones del interés social de las cedentes como socias gestoras — conscientes como eran de que tal cosa no estaba en sus manos—, sino que expresamente estipularon que la ocurrencia de tal eventualidad no comportaría un incumplimiento del contrato, no importa a quién le fuera imputable. Nada cabe entonces demandar sobre este particular, y menos aún imputarle a la convocante una culpa grave en esta materia.

En relación con el punto **(ii)**, que se refiere a la afirmación de que la convocante no cumplió con el deber de reportar e inscribir en el registro mercantil, luego de la transferencia de las 172.000 acciones de Gestaguas S.A, la consiguiente circunstancia de que, en tal virtud, la cesionaria había pasado a convertirse, por conducto de Gestaguas y en su condición de accionista mayoritaria de la misma, en controlante de ella y en controlante, administradora y operadora de Hydros Chía, Hydros Mosquera e Hydros Melgar, el Tribunal estima necesarias las siguientes consideraciones: Ante todo, la de que aunque en la contestación de la demanda de Hydros Colombia S.A., Visión Catastral, Centro de Información Unificado, Gestorías del Agua S.A. y Riagro S.A., y luego en el alegato de conclusión que se presentó en su nombre, se afirmó que la omisión que aquí se reprocha implicó el incumplimiento de “obligaciones legales y por tanto contractuales”, ese ciertamente no es el caso. Ni en parte alguna del artículo 6º del acuerdo privado se estipuló tal obligación a cargo de la cesionaria y a favor de las cedentes, como equivocadamente se dice en el referido alegato de conclusión, ni el hecho de tratarse —como en cambio sí se trata— de una obligación de índole legal hace de ella *per se* una obligación contractual.

Por supuesto no escapa al Tribunal el mandato perentorio del artículo 30 de la Ley 222 de 1995, según el cual cuando se configure —como efectivamente ocurrió en este caso por virtud de la cesión— “una situación de control, la sociedad controlante lo hará constar en documento privado [...] [que] deberá presentarse para su inscripción en el registro mercantil correspondiente a la circunscripción de cada uno de los vinculados, dentro de los treinta días siguientes a la configuración de la situación de control”. Pero así mismo tiene claro que ese deber legal es un deber *erga omnes*, —exigible por parte del Estado a través de la superintendencia que corresponda, bien de oficio o bien por solicitud de un interesado—, y de ninguna manera un deber *intuitu personae* que se tiene frente al co-contratante con quien se

hubiera celebrado el negocio jurídico que dio lugar a la situación de control en cuestión.

Por ende, tiene claro en consecuencia que una eventual omisión del mismo constituye una infracción de la ley, que esta sanciona con unas consecuencias que buscan hacer que la situación de control pueda ser conocida de todos, y que pueden dar lugar a la imposición de unas multas, pero en modo alguno un automático incumplimiento contractual que pueda dar lugar a una acción judicial de esa misma naturaleza.

Cosa muy distinta es la posibilidad indiscutible de que la omisión del deber de que se viene hablando pueda generar consecuencias que indirectamente terminen afectando la esfera del negocio jurídico que dio lugar a la nueva situación de control y siendo causa de perjuicios para el otro extremo de tal relación. Pero, desde luego, en tal evento la que habrá sido causa directa de esos perjuicios será el incumplimiento de una obligación contractual. En el caso que ocupa al Tribunal esa obligación sería la que es propia de este tipo de contratos y se estipuló en el artículo 7º del acuerdo privado, en el sentido de que, por conducto de Gestaguas S.A. y de Hydros Chía, Hydros Melgar e Hydros Mosquera, la cesionaria asumiría todas las responsabilidades y obligaciones que se derivaran de la administración, de la gestión y del control de aquellas, de modo tal que las cedentes quedaran indemnes por todo concepto relacionado con sus previas condiciones de gestores o de administradores de las mismas.

Y como quiera que precisamente a estas obligaciones se refieren otras de las imputaciones de incumplimiento y de causa de perjuicios de que tratan los puntos (iii), (v) y (vi) del presente acápite, su examen será abordado por el Tribunal en las respectivas oportunidades.

En relación con el punto **(iii)**, lo primero que debe decirse es que el incumplimiento que en él se le imputa a la cesionaria se refiere al deber asumido por ella de responder, a partir del perfeccionamiento de la cesión de las 172.000 acciones en Gestaguas S.A, por cualesquiera obligaciones “que subsistan a cargo de LOS CEDENTES como gestores de las sociedades Hydros Chía S. en C.A. E.S.P., Hydros Mosquera S. en C.A. E.S.P. e Hydros Melgar S. en C.A. E.S.P. que se encuentren

garantizadas por medio de las fiducias en garantía a que se hace referencia en el presente documento”, abstracción hecha de que se lograra o no la cesión del interés social de las cedentes como gestoras de las “Hydros”. Y aun cuando lamentablemente en este aspecto el texto de la convención deja mucho que desear en materia de claridad, la interpretación concordante de los artículos primero y sexto indica en todo caso que esta estipulación fue precisamente la consecuencia de haber anticipado las partes el previsible riesgo de que no se consiguiera concretar la cesión del interés social de las cedentes como socias gestoras de las “Hydros”, y de que por ende las cedentes hubieran de permanecer en esa condición.

Para las partes estaba claro —y así lo señalaron— que si a partir de la transferencia de las 172.000 acciones en Gestaguas S.A, en la práctica las cedentes quedaban de todas maneras marginadas de la dirección, administración y operación de aquella y de las de las sociedades Hydros de las que era gestora delegada, era lógico que la cesionaria asumiera las consiguientes responsabilidades.

Y si bien en el contrato no se dijo con la precisión que hubiera sido de desear cuáles eran exactamente las obligaciones de las que por razón de esas circunstancias y consideraciones habría de responder el cesionario, la interpretación razonada de sus cláusulas, con aplicación de las reglas jurídicas de la hermenéutica contractual, y en particular de la del artículo 1622 del Código Civil sobre la inteligencia de sus cláusulas unas por otras, bien le permite al Tribunal dilucidar la cuestión.

En primer lugar están las menciones que se hacen en los artículos primero y sexto del acuerdo privado a “las obligaciones que subsistan a cargo de LOS CEDENTES”, que lógicamente apuntan a indicar que se trata de aquellas obligaciones preexistentes que pervivan luego de transferidas las acciones de Gestaguas, ya que, al fin y al cabo, tal es el sentido natural de la expresión ‘subsistan’.

Pero están también, en segundo término, las precisiones que esos mismos artículos hacen a renglón seguido, en el sentido de que se trata de las obligaciones “garantizadas por medio de las fiducias de garantía a que se hace referencia en el presente documento”, y ocurre no solo que son varias las veces en las que el contrato se refiere a fiducias en garantía, sino que lo hace con distinto sentido, con distinto alcance y además en relación con distintas obligaciones.

Una, en el inciso final del propio artículo 6º (que el Tribunal analizará a espacio en el punto (vi) siguiente), para decir que el cesionario constituiría, por intermedio de Gestaguas y de las tres sociedades Hydros una fiducia en garantía que amparara las contingencias y los riesgos derivados de la operación de la una y de las otras, lo mismo que el pago de las correspondientes prestaciones sociales y de seguridad social. Por la forma de redacción de este inciso, el Tribunal entiende que aquí se trataba de una fiducia para garantía de contingencias y obligaciones futuras, y de evitar con ella potenciales riesgos para las cedentes. Así lo corrobora inequívocamente el inciso anterior (el cuarto) de ese mismo artículo 6º, que precisa que esa fiducia se constituirá para garantizar el cumplimiento de la obligación que asume la cesionaria de responder por “los hechos o circunstancias derivados de la gestión del socio gestor” que ocurrieren luego de perfeccionada la cesión de las acciones de Gestaguas.

La otra, en los propios artículos 1º y 6º (incisos quinto y tercero respectivamente), en los que, como se vio, se habla de unas “obligaciones que subsistan”, y también de que ellas “se encuentren garantizadas por medio de las fiducias en garantía a que se hace referencia en el presente documento.” Estas obligaciones y esta fiducia son distintas. No sólo por la ya anotada razón de que las expresiones ‘que subsistan’ y ‘que se encuentren garantizadas’ tienen idiomáticamente la clara connotación de estar referidas a unas obligaciones que, a diferencia de las anteriores, son obligaciones ya establecidas y vigentes, sino además, porque en relación con ellas el inciso segundo del artículo 7º del contrato resulta particularmente clarificador, cuando habla de que: “[c]on el fin de extinguir todas las obligaciones y garantías suscritas hasta la fecha de la firma de este acuerdo por LOS CEDENTES a favor de los demás socios y/o terceros y de liberar de toda responsabilidad a los socios gestores de las sociedades [Hydros Chía, Hydros Melgar e Hydros Mosquera], así como de todas las demás personas que tengan garantizados dichos créditos, EL CESIONARIO se compromete a través de Gestaguas S.A., una vez perfeccionada la cesión de las 172.000 acciones objeto del presente acuerdo, a hacerse cargo de todas las obligaciones garantizadas por las anteriores personas junto con sus intereses, actualizaciones y demás emolumentos causados o que se causen. Dichas obligaciones se garantizarán además mediante las fiducias que existen en la actualidad para recaudar todos los ingresos en cada una de las sociedades [Hydros Chía, Melgar y Mosquera] o las que se constituyan en un futuro aplicando la misma preferencia para el pago de los recursos contenidos en los estatutos sociales de las citadas sociedades,

[...]”. Evidentemente se trataba aquí, pues, de la garantía de obligaciones ya existentes. Además, de una garantía que, por lo menos en parte, estaría conformada por fiducias ya constituidas.

Así pues, para el Tribunal es claro que, no obstante estos equívocos, el deber que en este punto se afirma incumplido es aquel que contrajo la cesionaria en el sentido de asumir como propias, por conducto de Gestaguas y de las tres sociedades Hydros, las obligaciones que estaban vigentes a cargo de los cedentes cuando se perfeccionó el traspaso de las 172.000 acciones de Gestaguas S.A., junto con las garantías constituidas para respaldarlas.

Ahora bien, hechas las precisiones que preceden, de las que se desprende que este reproche que se le hace a la convocante consiste simplemente en haber incumplido su obligación de hacerse cargo de las obligaciones que las cedentes tenían contraídas o garantizadas por cuenta del negocio de las Hydros cuando se celebró el contrato, el Tribunal observa que esta imputación en principio sólo se planteó así, genéricamente. Es decir, sin referirla concretamente a una o más obligaciones determinadas que, habiendo estado efectivamente pendientes a cargo de las cedentes y garantizadas por medio de las fiducias existentes, hubieran dejado de ser asumidas y cumplidas por la cesionaria, por conducto de Gestaguas, luego del traspaso a ella de las acciones en esta.

Sólo en relación con dos casos en particular, y por el camino de imputaciones de incumplimiento planteadas por separado, concretaron las convocadas sus reclamos relativos a esta obligación de hacerse cargo de las deudas de las cedentes.

Se trató, por un lado, del reproche, que apenas vino a concretarse en el alegato de conclusión de Inversiones Albaida S.A, Inversiones, Industrias y Construcciones Ltda, Tvo Conectado S.A, Pidsa S.A, Constructora Némesis S.A, Cementos Tequendama S.A. e Inversiones Zárate Gutiérrez y Cía. S.C.S, en el sentido de que “Aguas de Bogotá, por medio de Gestaguas, dejó de pagar las obligaciones de Hydros Chía, al extremo de someterla a una deuda de \$17.025.284.380 en el rubro de ‘Cuentas por Pagar’, señaladamente con la EAAB por concepto de compras de agua, que no han sido pagadas; y la ha sometido a un reclamo de Emserchía que se tramita en estos mismos momentos, por el precio del servicio de aseo recaudado y no entregado a su propietaria.”

Sobre ese particular, la señora perito contadora indicó en el “Informe de Aclaraciones y Complementaciones” a su dictamen, no propiamente que la convocante hubiera dejado de pagar las obligaciones de Hydros Chía, al extremo de someterla a una deuda de \$ 17.025.284.380 en el rubro de ‘Cuentas por Pagar’, sino que “a partir del año 2005, el total de los pasivos estuvo en aumento, con referencia al año inmediatamente anterior, es decir, la empresa Hydros Chía aumentó su nivel de endeudamiento; su mayor endeudamiento se encuentra concentrado en las cuentas por pagar, que son aquellas que tienen que ver con las operaciones normales de la empresa. No se encontró ningún documento que diera cuenta de la liberación de los pasivos, es decir, las empresas gestoras siguen respondiendo solidariamente por las obligaciones de Hydros Chía” (pág. 161).

Por otro lado, se trató del reproche consistente en que la cesionaria no indemnizó los daños y perjuicios que les causaron a algunas de las cedentes (concretamente a Hydros Colombia S.A., Frizo Ltda. e Inversiones Zárate Gutiérrez S. en C.S.) los embargos judiciales de sus activos de que, según se dice, fueron consecuencia precisamente de que la cesionaria no hubiera honrado, a través de Gestaguas, deudas pendientes que habían asumido o garantizado las cedentes.

Habida consideración de que este tema también se planteó por las convocadas separadamente como un incumplimiento autónomo de obligaciones a cargo de la convocante, según da cuenta el punto (ix) del presente acápite, el Tribunal lo abordará de la misma manera, a la hora de examinar dicho punto más adelante.

Por el lado del punto **(iv)**, que consiste en la imputación a la cesionaria de haber demorado la protocolización de la reforma de estatutos de Hydros Melgar contenida en el Acta No. 11 del 25 de marzo de 2006, mediante la cual las cedentes cumplieron con su compromiso de cederle a aquella su interés social como socios gestores de Hydros Melgar, el Tribunal encuentra que no hubo tal pretendido incumplimiento. En primer lugar, porque aunque es cierto que la reforma estatutaria en cuestión solo vino a protocolizarse mediante la Escritura Pública No. 493 del 6 de febrero de 2007 (folios 241 a 254 del cuaderno de pruebas No. 7) (de cuya inscripción en el registro no hay constancia en el expediente), también lo es que esa Acta No. 11 y las decisiones adoptadas en ella hubieron de ser sometidas a ratificación por una

posterior asamblea que apenas vino a cumplirse el 2 de noviembre de 2006 (acta No. 12, folios 221 a 228 del cuaderno 7), dado que la sesión del 25 de marzo se suspendió antes de su finalización y no fue luego reanudada en la debida oportunidad legal. Y en segundo lugar, porque de las actas en cuestión se desprende con toda claridad que esos tropiezos de la asamblea del 25 de marzo, que finalmente demoraron la aprobación de la reforma estatutaria hasta el 2 de noviembre no se debieron a acción o a omisión algunas imputables a la cesionaria. Lo propio debe decirse del posterior retraso de tres meses en el otorgamiento y el registro de la escritura pública correspondiente, que según se desprende de la correspondencia cruzada por vía electrónica cuyos textos aparecen a folios 254 a 262 del cuaderno 6, se debió a la demora en la firma del acta por parte de quien fungió de presidente de la asamblea del 25 de marzo, señor Santiago Dorado, quien asistía como apoderado de algunas de las sociedades cedentes.

Por el lado del punto **(v)**, relacionado con el incumplimiento de la obligación relativa al manejo de los recursos de Hydros Chía, Hydros Melgar e Hydros Mosquera a través de las fiducias que los cedentes tenían constituidas para el efecto, encuentra el Tribunal que, en verdad, en el inciso segundo del artículo 7º del acuerdo privado se estipuló el deber a cargo de la cesionaria de tomar para sí, cumplida que fuera la transferencia de las acciones en Gestaguas, y por conducto de esta, las obligaciones pendientes a cargo de las cedentes y de garantizarlas mediante las fiducias que se habían constituido para recaudar los ingresos de Hydros Chía, Hydros Melgar e Hydros Mosquera y para pagar “los recursos contenidos en [sus] estatutos sociales”, o de unas nuevas que se constituyeran con esos mismos fines.

En lo fundamental, pues, la obligación de que aquí se trata no es otra que la obligación que acaba de verse en el punto (iii) de este acápite, puesto que, tal como allí se vio, ella consistía también en que la cesionaria asumiera como propios, a través de Gestaguas y de las tres sociedades Hydros, la garantía y el pago de las obligaciones pendientes a cargo de las cedentes. Por ende, el Tribunal considera que las conclusiones a las que llegó en dicho punto son igualmente predicables de este, como iguales son las razones que a ellas conducen en uno y en otro casos.

Por lo que toca con el reproche relativo a que no se hubieran mantenido las fiducias en cuestión, ninguna prueba obra en el expediente que así lo acredite, y por ende,

nada puede deducir el Tribunal sobre el cumplimiento o incumplimiento de esa estipulación contractual.

En cuanto al punto **(vi)**, relativo al incumplimiento consistente en que la cesionaria no hubiera constituido oportunamente la fiducia en garantía a la que se obligó en el acuerdo privado, el Tribunal encuentra lo siguiente: en efecto se trataba de un deber que la cesionaria se comprometió a cumplir dentro de los tres meses siguientes al acuerdo, para el evento de que, luego de la cesión, las cedentes fueran llamadas a responder “por hechos o circunstancias derivados de la gestión del socio gestor delegado” (inciso segundo del artículo 6º), y consistente en la constitución de “un encargo o fiducia en garantía” por determinado valor y con determinadas características. Y en efecto también, habiéndose suscrito el acuerdo el 30 de junio de 2005, es lo cierto que esa fiducia debió constituirse a más tardar el 30 de septiembre siguiente y que apenas vino a serlo el 18 de octubre. Así lo reconoció el apoderado de la convocante en su alegato de conclusión (página 100), si bien agregó a renglón seguido que esa demora de unos pocos días no tuvo trascendencia alguna y que inclusive fue allanada por los propios cedentes, quienes en su momento no hicieron reparo alguno al respecto. Para el Tribunal es claro que la demora ciertamente tuvo lugar, y que ella fue de 18 días, pero igualmente lo es que ella, por sí sola, no tuvo ninguna consecuencia relevante. Los hechos jurídicamente trascendentes relacionados con la constitución de la fiducia en garantía, con las características y condiciones que realmente vino a tener y con la forma como ella se aplicó a determinadas “contingencias y riesgos derivados de la operación” de Gestaguas y de las tres sociedades Hydros, así como del “pago de prestaciones sociales y de seguridad social”, será materia de análisis en otro punto de este laudo. En todo caso, como atrás se dijo, es claro que en el Acuerdo Privado no se estipuló la obligación del cesionario de restablecer la mencionada suma en la medida de su utilización. En cambio, sí se previó la posibilidad de reducirla en la medida que se efectuaran a favor del cesionario las cesiones del interés social de los cedentes gestores en las sociedades Hydros Chía S en CA ESP, Hydros Mosquera S en CA ESP e Hydros Melgar S en CA ESP en las siguientes proporciones: “...: para la primera se reducirá en un 51% , para la segunda se reducirá en un 34.75% y para la tercera se reducirá en un 14.25%” (parágrafo del artículo sexto del Acuerdo).

En relación con el punto **(vii)**, en el que se dice que la convocante incumplió su obligación contractual de remitirles a las entidades financieras unas cartas en las que liberara de responsabilidad a las cesionarias, y en el que se invoca como fundamento el artículo 7º del acuerdo, observa el Tribunal que en dicho acuerdo no se estipuló una tal obligación. Y en todo caso, no en esos términos. Lo que se acordó sobre el particular fue, en primer lugar, que el cesionario se haría cargo de todas las obligaciones garantizadas por los cedentes y por los socios gestores de las tres sociedades Hydros, “junto con sus intereses, actualizaciones y demás emolumentos causados o que se causen”. Y, en segundo lugar, que el mismo cesionario les presentaría a los cedentes sendas cartas de las entidades financieras prestamistas en las que estas manifestaran liberar a los cedentes y a los socios gestores de las sociedades Hydros de “cualquier responsabilidad” derivada de las obligaciones que hubieran contraído, garantizado o avalado. El primer punto será objeto de un análisis separado. El segundo será abordado a continuación, ya que él fue planteado de manera autónoma bajo el acápite número (vi) que sigue.

Sobre este punto **(viii)**, en el que se le imputa a la convocante no haber tramitado y obtenido de todas las entidades financieras que tenían a su favor acreencias con Gestaguas o con las tres sociedades Hydros, las anotadas comunicaciones en las que se liberara de responsabilidad a las cesionarias y a los gestores de dichas tres sociedades, el Tribunal considera que no obstante que en el acuerdo se estipuló en efecto tal obligación (inciso tercero del artículo 7º), y que además se la consignó como si se tratara de una obligación de resultado, ella, en sí misma, no podía ser más que una obligación de medio. Porque como acertadamente lo dice en su defensa la convocante, lo que ella podía hacer era asumir realmente ante esas entidades financieras las obligaciones contraídas o garantizadas por las cesionarias, y proceder a honrarlas llegado el momento de su efectividad. Pero no contraer una obligación que para ella era imposible de cumplir dado que estaba en las solas manos de esos acreedores financieros. Así pues, para el Tribunal es claro que de lo que se trataba no era en realidad de la consecución de las cartas liberatorias en cuestión, como de que real y efectivamente las respectivas obligaciones fueran asumidas y pagadas por la cedente, de manera que en ningún caso les fueran a ser cobradas a las cesionarias, o de llegar a serlo, su importe íntegro les fuera reembolsado por la cedente.

En relación con el punto **(ix)**, se afirma que la cedente no les indemnizó a los cesionarios los daños y perjuicios que les causaron los embargos judiciales que se practicaron sobre los activos de Hydros Colombia S.A., Frizo Ltda. e Inversiones Zárate Gutiérrez S. en C.S., como socios gestores de las sociedades Hydros Chía, Hydros Mosquera e Hydros Melgar, por cuenta de diversas obligaciones —unas laborales y otras comerciales— a cargo de estas últimas.

Sobre el particular, el Tribunal encuentra que en el expediente se demostró con suficiencia que, efectivamente, las sociedades primeramente mencionadas, Hydros Colombia S.A., Frizo Ltda. e Inversiones Zárate Gutiérrez S. en C.S. tuvieron que soportar, a partir del segundo semestre de 2005 (pág. 47 del Escrito de Aclaración al Dictamen Contable), procesos y embargos cuyas causas fueron varias y distintas obligaciones impagadas a cargo de las tres Hydros relacionadas con el giro de los negocios sociales de estas, y que afectaron a las primeras dado que a la sazón seguían figurando como socias gestoras de dichas Hydros. Contra lo que argumenta el apoderado de la convocante en el sentido de que se trató en todos los casos de obligaciones anteriores a la fecha del Acuerdo Privado de Cesión de Acciones, y por ende de obligaciones que eran de cargo de las cedentes, el Tribunal debe oponer el propio texto de dicho acuerdo, en el que —como se ha destacado varias veces— se estipuló expresamente que el cesionario respondería por las obligaciones que subsistieran a cargo de las cedentes como gestores de las Hydros, relacionadas con el giro de sus negocios sociales.

También se demostró que tales embargos afectaron, por una parte las cuentas corrientes bancarias de aquellas sociedades, y por otra a “las rentas, dividendos, utilidades, intereses etc. provenientes de los contratos de operación de Gestaguas en su calidad de socio gestor” de las tres Hydros (dictamen de la contadora pág. 71).

Sobre este último concepto, es decir, el de los embargos de las rentas, los dividendos, las utilidades y los intereses, la señora perito manifestó que “no [fue] posible cuantificar el perjuicio monetario sufrido por las empresas Hydros Colombia S.A., Frizo Ltda. E Inversiones Zárate Gutiérrez S. en C.S. [...], porque no fueron aportados documentos para obtener las bases para su cálculo” (página 72).

En punto a los embargos de las cuentas corrientes, encuentra el Tribunal que por lo que hace a la sociedad Inversiones Zárate Gutiérrez S. en C.S., nada se demostró, ya

que tampoco sobre este particular se arrimó al expediente una sola prueba. Y por lo que toca con Hydros Colombia S.A. y Frizo Ltda., el dictamen da cuenta de que el valor total al que ascendieron los dineros que les fueron embargados ascendió a la suma de \$ 79.128.528,00. (páginas 66 a 74 del dictamen), de los cuales \$ 49.174.304,11 correspondieron a la primera y \$ 30.000.000,00 a la segunda, según los siguientes cuadros elaborados por la perito (página 67), en los que se indican la cuenta embargada, la fecha del embargo y la suma embargada, en cada caso:

**Hydros Colombia S.A.**

<b>BANCO</b>	<b>No. CUENTA</b>	<b>FECHA</b>	<b>VALOR EMBARGADO EN \$</b>
Occidente	268-00303-5	13/02/2008	45.775.27
Occidente	268-00303-5	21/03/2006	2.241.477.94
Occidente	268-00303-5	03/04/2006	110.454.42
Occidente	268-00303-5	26/12/2005	29.871.554.67
Occidente	268-00303-5	15/12/2005	15.908.207.63
Occidente	268-00303-5	13/12/2005	996.834.18
<b>Total</b>			<b>49.174.304.11</b>

**Frizo Ltda.**

<b>BANCO</b>	<b>No. CUENTA</b>	<b>FECHA</b>	<b>VALOR EMBARGADO EN \$</b>
Bancafé	42037473	20/11/2007	30.000.000

Para determinar los perjuicios causados por esos embargos, la propia señora perito estableció y calculó el valor de los intereses corrientes de las sumas embargadas, ya que ellos corresponden, según dijo, a “los posibles rendimientos financieros que hubiera obtenido ese dinero embargado, a través del tiempo” (página 74). Para el efecto tomó como base la tasa certificada por la Superintendencia Financiera, y ello le arrojó un valor total de \$ 34.935.850,00.

Sin embargo, encuentra el Tribunal que al hacer este último cálculo, que según reza el dictamen se hizo sobre el total de las sumas embargadas y por “el período de tiempo transcurrido entre la fecha del embargo y el 20 de marzo de 2009 (fecha de entrega de este informe)” (página 74), se omitió tener en cuenta que no todos los dineros embargados lo estuvieron todo el tiempo y que para la fecha de la experticia la mayor parte de ellos ya habían sido desembargados. Porque lo cierto es que el

propio dictamen da cuenta de la circunstancia de que el 28 de febrero de 2007 se desembargaron y se le reintegraron a Hydros Colombia S.A. \$49.128.528,00 de los \$49.174.304,11 que le habían sido embargados en su cuenta del Banco de Occidente, con lo cual solo quedaron embargados a partir de entonces \$45.775,00. Y en el caso de Frizo Ltda., la totalidad de los dineros que le habían sido embargados, se desembargaron el 14 de diciembre de 2007.

En consecuencia, los perjuicios por el embargo no pueden corresponder a los intereses de todas las sumas embargadas liquidados hasta la fecha del dictamen, sino que, con aplicación del mismo tipo de interés certificado por la Superintendencia Bancaria, deben calcularse teniendo en cuenta los desembargos y sus fechas (y por supuesto el hecho de que aún hay \$ 45.775,00 embargados en la cuenta corriente de Hydros Colombia S.A. en el Banco de Occidente), así:

#### CUADRO RESUMEN

<b>ENTIDAD</b>	<b>Fecha Desembargo</b>	<b>Capital</b>	<b>Intereses</b>
Banco de Occid. (Hydros Col)	28/02/2007	49.128.528	8.412.504
Banco de Occid. (Hydros Col)		45.775	9.803
Bancafé (Frizo)	14/12/2007	30.000.000	381.494
<b>TOTAL</b>		<b>79.174.303</b>	<b>8.803.801</b>

En la objeción por error grave planteada por la convocante al peritaje contable, se objetó entre otras cosas que la tasa utilizada por la perito hubiera sido la del interés bancario corriente. El Tribunal estima que por tratarse de una controversia mercantil, y siendo esa tasa la que corresponde al interés legal comercial, es ella la que debe aplicarse independientemente de si el depositante tenía sus fondos en una cuenta remunerada o no y de si es o no un establecimiento bancario. Esa es la tasa definida en la ley para efectos mercantiles y eso basta para efectuar la presente liquidación, porque como lo ha puntualizado la Corte Suprema de Justicia "... los 'intereses legales', esto es los instituidos o regulados por la ley no son solamente aquellos a que se refiere el artículo 1617 del Código Civil, como quiera que también la ley comercial se ocupa de los intereses, cual aparece, por ejemplo en los artículos 884, 885 y 1163 del Código de Comercio,... Así, también el Código de Comercio en el artículo 884 ya citado, se ocupa de regular la cuantía de los intereses moratorios... De allí que sea racional y lógico que en esta clase de negocios jurídicos, "los mercantiles", **y su correspondiente responsabilidad por incumplimiento** deba hablarse de intereses

como rendimiento de capital y de intereses moratorios, como lucro cesante de la obligación dineraria negocial incumplida, aquellos que se estipulan en los mismos negocios o en la legislación mercantil, mas no aquellos que se señalan en la legislación civil, y concretamente en el artículo 1617 del Código Civil; ya que estos últimos, los intereses legales civiles reservan su aplicación como regla general, por falta de norma especial, a casos de responsabilidades civiles extracontractuales y precontractuales que puedan presentarse simplemente con "ocasión" del desarrollo de celebración de un contrato".(La negrilla no es del texto original). (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 16 de febrero de 1995. Referencia: Expediente No.4460). En este caso, la obligación incumplida era de hacer: mantener indemnes a los cedentes; pero su indemnización se concreta en el pago de una suma de dinero que es respecto de la cual se ha aplicado el interés legal comercial.

En cuanto a los perjuicios morales que las demandantes en reconvención reclaman como consecuencia de los embargos de sus cuentas corrientes bancarias, ya en otra parte de este laudo dijo el Tribunal por qué no está llamada a prosperar una condena en tal sentido.

Los demás procesos judiciales que, según el dictamen pericial, cursan o cursaban en contra de una o más de las sociedades Hydros, y que podrían dar lugar a condenas que terminaran repercutiendo con consecuencias económicas negativas en aquellas de las cedentes que aún figuran como gestoras de aquellas, hasta donde consta en el expediente no pasan de constituir meras 'contingencias' —en el lenguaje contable de la señora perito—, y por lo tanto, jurídicamente, mal podrían dar lugar a indemnización alguna, puesto que carecen de la condición de 'cierto' que indispensablemente debe predicarse de un daño para que sea indemnizable.

Tal es el caso, concretamente, de las acciones populares que menciona la señora perito contadora en las páginas 70 y 71 de su dictamen, promovidas, respectivamente, por Wilyan Jair Galárraga Guzmán contra Hydros Melgar y otros, por Patricia Enciso Revelo contra Hydros Melgar, Hydros Chía e Hydros Mosquera, y por Marco Tulio Sintura Arévalo contra Gestaguas S.A. y otros.

Y es el caso, también, del reclamo prejudicial al que se refirió el señor apoderado de Constructora Némesis S.A. y de Inversiones Zárate Gutiérrez y Cía. S.C.S. en su memorial del 23 de abril de 2010 (folio 282, Cuaderno Principal No. 4), que fue

promovido contra ellas —como socias gestoras de Hydros Chía— por Emserchía ESP, en cuantía de \$ 5.308.024.764,00, “monto del precio del servicio de aseo recaudado por [Hydros Chía] en los meses que van de enero de 2008 a diciembre de 2009, más sus intereses y daños conexos, y de la cual se apropió Hydros Chía S.C.A. ESP, según afirma la reclamante.”

En relación con el punto **(x)**, relativo al aserto de que Hydros Melgar se negó a aprobar la cesión del interés social, encuentra el Tribunal que en realidad se trata de la particularización, específicamente frente a Hydros Melgar, de la obligación más amplia que, respecto de las tres Hydros contrajo la cesionaria en el inciso segundo del artículo 1º del acuerdo privado de cesión de acciones. Y como ocurre que, entre los reproches por incumplimiento que las convocadas le hicieron a la convocante en sus excepciones a la demanda y especialmente en sus demandas de reconvención está, incluso de primero, el relativo a esa obligación más amplia de la cesionaria, de convocar por conducto de Gestaguas las asambleas generales de las Hydros a fin de tramitar en ellas las reformas estatutarias atinentes a la cesión del interés social de los cedentes como socios gestores, que ya fue abordado y dilucidado por el Tribunal en el punto (i) de este acápite, es el caso de repetir aquí la conclusión a la que allí se arribó: no sólo anticiparon las partes la eventualidad de que en las asambleas de las sociedades Hydros Chía, Hydros Melgar e Hydros Mosquera no llegaran a poder conseguirse las mayorías necesarias para la reforma de los estatutos sociales que aprobaran las cesiones del interés social de las cedentes como socias gestoras —conscientes como eran de que tal cosa no estaba en sus manos—, sino que expresamente estipularon que la ocurrencia de tal eventualidad no comportaría un incumplimiento del contrato, no importa a quién le fuera imputable.

### **C. Pronunciamiento sobre las pretensiones de las partes.**

Culminado como ha quedado el examen de los puntos de derecho centrales envueltos en la presente controversia, lo mismo que el de las imputaciones que se han hecho las partes recíprocamente sobre el incumplimiento de las obligaciones contractuales de cada una, todo ello con base en lo que resultó demostrado, corresponde ahora al Tribunal concretar el resultado de tal examen a las pretensiones de la convocante y a las de aquellas convocadas que demandaron en reconvención.

#### **1. Pretensiones de la demanda principal.**

## **1.1. Las primeras pretensiones principales.**

### **La primera.**

En punto a esta pretensión principal, lo que encontró demostrado el Tribunal, tal como atrás quedó dicho, es que las convocadas incumplieron algunas, si bien no todas, las obligaciones que contrajeron por virtud del Acuerdo Privado de Cesión de Acciones de 30 de junio de 2005. Por consiguiente, será con ese alcance que la pretensión declarativa y su consecuencial de condena habrán de prosperar.

### **La segunda.**

En punto a esta pretensión principal, lo que encontró demostrado el Tribunal, tal como atrás quedó dicho, es que, en efecto, algunos activos sociales fueron excluidos del patrimonio de GESTAGUAS, no obstante ser distintos de los que expresamente se había convenido que no harían parte de la negociación. Esta pretensión, sin embargo, no está llamada a prosperar porque conduciría a una prestación a favor de GESTAGUAS S.A., que no es parte en el proceso, cuando de lo que se trata, en punto a una eventual responsabilidad contractual, es de establecer si hay lugar a declarar un incumplimiento dañoso y a condenar a la consecuente indemnización con el objeto de repararle el perjuicio directamente causado al acreedor convocante. Y sobre ello, precisamente, el Tribunal proveerá en la parte resolutive con base en las consideraciones relativas al daño emergente imputable a las convocadas y sufrido por la convocante, que se harán más adelante, a propósito de la reparación, por su equivalente en dinero, respecto de los veinte (20) pagarés otorgados en favor de Gestaguas y a cargo de HYDROS MELGAR S EN CA E.S.P., los unos e HYDROS MOSQUERA S EN CA ESP, los otros, que incorporaban en total promesas de pago cuyo valor, por concepto de capital, ascendía a la suma de \$ 843 597 113.

### **Las pretensiones primera y segunda subsidiarias de las primeras pretensiones principales y la pretensión consecuencial de la primera subsidiaria.**

En punto a estas pretensiones, el Tribunal no tendrá necesidad de análisis y decisión ningunas habida consideración de haber prosperado con el alcance señalado la primera pretensión principal.

## **1.2. Las segundas pretensiones principales.**

### **La primera, la segunda, la tercera, la cuarta y la quinta.**

En punto a estas pretensiones principales, el Tribunal no encontró probada vulneración de norma imperativa alguna que genere la nulidad absoluta cuya declaración se pidió, razón por la cual habrán de ser despachadas desfavorablemente.

## **2. Las pretensiones de la demanda de reconvención de HYDROS COLOMBIA S.A., VISIÓN CATASTRAL CENTRO DE INFORMACIÓN UNIFICADO S.A., GESTORÍAS DEL AGUA S.A. Y RIAGRO S.A.**

### **2.1. Pretensiones principales.**

#### **La pretensión A.1.**

En punto a esta pretensión principal, lo que encontró demostrado el Tribunal, tal como atrás quedó dicho, es que la convocante (demandada en reconvención) incumplió algunas, si bien no todas, las obligaciones que contrajo por virtud del Acuerdo Privado de Cesión de Acciones de 30 de junio de 2005. Por consiguiente, será con ese alcance que esta pretensión declarativa habrá de prosperar.

#### **La pretensión A.2.**

En punto a esta pretensión principal, lo que encontró demostrado el Tribunal, como atrás quedó dicho, es que los incumplimientos que las demandantes en reconvención le endilgan a la convocante no son de tal entidad que amerite la resolución del contrato, y que a pesar de haber prosperado con el alcance señalado la pretensión declarativa de incumplimiento que le sirve de causa, igualmente se demostró que aquellas también incumplieron, razones por las cuales no habrá de prosperar esta pretensión consecencial.

#### **La Pretensión A.3.**

Como quiera que se declarará que la pretensión A.1. con el alcance precisado, prosperará también, con ese mismo alcance esta pretensión consecencial de condena.

#### **La Pretensión A.4.**

Dado que el Tribunal ha atendido con el alcance señalado la pretensión de indemnización de perjuicios derivados del incumplimiento, no prospera la pretensión simultánea de exigibilidad de la obligación penal estipulada en el Acuerdo Privado.

### **2. Pretensión subsidiaria (sic):**

En relación con este grupo de pretensiones, el Tribunal advierte que la B1 es igual a la A1; la B2 a la A3 y la B3 es igual a la A4 y además una duplicación de la B4 que la sigue. Por lo tanto, es claro que no se trata propiamente de pretensiones subsidiarias sino de la repetición de unas pretensiones principales -con la exclusión de la A2- ya despachadas por el Tribunal. Por tal razón, no hay lugar a pronunciarse sobre estas pretensiones.

**3. Las pretensiones de la demanda de reconvención de CONSTRUCTORA NÉMESIS S.A., INVERSIONES ZÁRATE GUTIERREZ Y CIA. S.C.S., INVERSIONES ALBAIDA S.A., INVERSIONES INDUSTRIAS Y CONSTRUCCIONES LTDA., CEMENTOS TEQUENDAMA S.A., PIDSA S.A., TVO CONECTADO S.A.**

**La Pretensión 1.1.**

En punto a esta pretensión principal, lo que encontró demostrado el Tribunal, como atrás quedó dicho, es que los incumplimientos que las demandantes en reconvención le endilgan a la convocante no son de tal entidad que amerite la resolución del contrato, y que aquellas también incumplieron, razones por las cuales no habrá de prosperar esta pretensión.

**La Pretensión 1.2.**

El Tribunal ha encontrado demostrado que hubo incumplimientos contractuales imputables a la convocante. Empero, esta pretensión indemnizatoria se planteó atada a la de resolución del contrato, pues textualmente se dijo “Que el CESIONARIO está obligado a indemnizar los perjuicios que ha ocasionado al CEDENTE, por razón de los incumplimientos de sus obligaciones, que da lugar a la resolución del contrato,...” y como las convocadas también han incurrido en incumplimientos, por lo tanto, habrá de despacharse desfavorablemente.

**D. Pronunciamiento sobre las excepciones propuestas.**

A continuación el Tribunal concretará el estudio de su examen sobre los aspectos conceptuales fácticos y probatorios del proceso a las excepciones que fueron propuestas por las partes a la hora de la contestación de la demanda principal y a la de las demandas de reconvención.

**1. Excepciones propuestas contra la demanda principal.**

**1.1. Excepciones propuestas por HYDROS COLOMBIA S.A., VISIÓN CATASTRAL CENTRO DE INFORMACIÓN UNIFICADO S.A., GESTORÍAS DEL AGUA S.A. Y RIAGRO S.A.**

- **La Primera:** “Inexistencia de responsabilidad de las sociedades HYDROS COLOMBIA S.A., VISIÓN CATASTRAL CENTRO DE INFORMACIÓN UNIFICADO S.A., GESTORÍAS DEL AGUA S.A. Y RIAGRO S.A., de los hechos aducidos como supuesto incumplimiento contractual, u originadores de responsabilidad contractual.”

En punto a esta excepción, el Tribunal encuentra que habiendo quedado demostrado que las convocadas incurrieron, en la forma y con el alcance señalados, en incumplimiento de obligaciones contractuales a su cargo, que les es imputable, el Tribunal, sin más consideraciones, habrá de declarar que esta excepción no está llamada a prosperar.

- **La Segunda:** “Inexistencia de la obligación por incumplimiento de la sociedad demandante del acuerdo privado de cesión de acciones de la sociedad GESTAGUAS S.A., el día 30 de junio de 2005, o excepción de contrato no cumplido.”

En punto a esta excepción, el Tribunal reitera que, como atrás lo señaló y como lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia, “la excepción de contrato no cumplido puede alegarse no solamente cuando es una sola de las partes la incumplidora, sino cuando lo son ambas” (Sentencia de 16 de noviembre de 1966, GJ. CXVIII, página 161). Y que también en relación con ella, la propia Corte ya había destacado la importancia del orden del cumplimiento de las obligaciones a cargo de las partes, al precisar que sólo aquella parte cuyo cumplimiento debía tener lugar con posterioridad estaría legitimada para proponer la excepción, pues, “no es necesario para el uso legítimo de esta excepción, **no tratándose de obligaciones de sucesión determinada**, el previo cumplimiento del excepcionante” (Sentencia de 23 de marzo de 1943, GJ. LV, página 71) (Negrilla fuera del texto original).

En el caso de autos, si bien se probó que ambos contratantes incurrieron en sendos incumplimientos, también se probó que aquellos imputables a la convocante corresponden a obligaciones cuyo cumplimiento no era

concomitante sino posterior al de las obligaciones por las que aquí ha demandado la convocante. Estas últimas obligaciones a cargo de las convocadas son, como atrás se dijo, distintas de la transferencia de las acciones ligada al pago del precio, y aunque implícitas, no menos relevantes dentro del contrato, como quiera que emanan de su naturaleza.

Y puesto que en este caso se demostró que fueron precisamente las convocadas excepcionantes quienes incumplieron primero, la excepción no podrá estar llamada a prosperar.

- **La Tercera:** Prohibición legal de demandar a las sociedades HYDROS COLOMBIA S.A., CONSTRUCTORA NEMESIS S.A., INVERSIONES ZARATE GUTIERREZ Y CIA S. EN C.S., INVERSIONES ALBAIDA S.A., VISION CATASTRAL CENTRO DE INFORMACION UNIFICADO S.A., GESTORIAS DEL AGUA S.A., INVERSIONES INDUSTRIA Y CONSTRUCCIONES LTDA., RIAGRO S.A., CEMENTOS TEQUENDAMA S.A., PIDSA S.A. Y TVO CONECTADO S.A., por tener la SOCIEDAD AGUAS DE BOGOTA S.A., la condición de representante, o falta de legitimación.

En punto a esta excepción, el Tribunal encuentra que las normas legales invocadas para sustentar esta excepción regulan situaciones distintas de las relativas al ejercicio del derecho de acción, razón por la cual esta excepción carece de fundamento. Los artículos 832 y 839 del C.Co. invocados en esta defensa se refieren a una prohibición legal para contratar, cuyos alcances no son pertinentes en este litigio, pues la contraposición entre las partes no se origina en el ejercicio de una función representativa de origen voluntario en oposición a los intereses del representado, ni surge de ningún contrato consigo mismo, sino del litigio nacido, precisamente, con ocasión de un contrato legalmente celebrado. Por lo demás, los hechos probados acreditan que GESTAGUAS S.A. era representante de las sociedades en comandita en calidad de gestor delegado, y no representante de sus socios gestores.

- **La Cuarta y la Quinta:** Prueba en contra del demandante de los libros y papeles de comercio, especialmente la contabilidad, por no ser llevados en legal forma.

En punto a estos medios de defensa, el Tribunal debe comenzar por anotar que los mismos no pueden prosperar como excepción, porque consisten en el simple enunciado de las consecuencias probatorias que tiene contra un comerciante la circunstancia invocada de no inscribir la situación de control de una sociedad y de no llevar en legal forma los libros y papeles de contabilidad, por el hecho de no haber preparado y presentado los estados financieros de propósito general consolidados que exige la ley como consecuencia de dicha situación de control. La propia norma invocada (Ley 222 de 1995, artículo 35) precisa que tales estados consolidados deben ser preparados y difundidos por la matriz o controlante, “además de preparar y presentar estados financieros de propósito general individuales”, de manera que de la ausencia de los consolidados no se puede deducir así no más que la contabilidad individual de la presunta controlante o matriz no se lleva en forma legal. Más aún, la ausencia de tales estados consolidados hay que apreciarla conjuntamente con la circunstancia probada consistente en que la Superintendencia de Sociedades — entidad que de acuerdo con el artículo 30 inciso segundo de la Ley 222 de 1995 impone las multas por la omisión de la inscripción consecencial a la existencia de una situación de control— consideró que en este caso no se configuró tal situación, a pesar de la participación mayoritaria de la convocante, habida cuenta de las reglas estatutarias sobre decisiones adoptadas a la *hora de nona*.

Específicamente en relación con la quinta excepción, anota el Tribunal que la responsabilidad que se le imputa a la convocante por pretendidos incumplimientos de los artículos 200, 260 y 261 del C.Co. y los artículos 35, 36, 42, 46 y 47 de la Ley 222 de 1995, aun de resultar tales con base en los hechos que invoca, a lo sumo conduciría a un debate propio de la órbita de varios contratos de sociedad, discusión que es ajena al presente litigio. La ausencia de convocatorias y de rendición de cuentas que se pone de presente debe ser examinada a la luz del Acuerdo Privado, teniendo en cuenta que en este sí se prevé una obligación de convocación de asambleas a cargo de la convocante, pero para los efectos perseguidos en el artículo sexto del Acuerdo Privado, referente a la cesión de las partes de interés de los gestores, y no para reiterar deberes legales de los administradores. De conformidad con ese mismo artículo, las omisiones del cesionario que tienen relevancia contractual son aquellas que implican que los cedentes deban responder por hechos o circunstancias derivadas de la gestión del socio gestor delegado; y no convocar

las asambleas o no rendir cuentas no corresponde a esa clase de omisiones, y es por tanto igualmente ajeno a este proceso.

- **La Sexta:** «Consiste esta excepción en que se tenga como excepción cualquier otro que resulte probada en desarrollo del proceso arbitral, y que puede favorecer a HYDROS COLOMBIA S.A., VISION CATASTRAL CENTRO DE INFORMACION UNIFICADO S.A., GESTORIAS DEL AGUA S.A. Y RIAGRO S.A.»

En punto a este medio de defensa, planteado en forma general para el evento de que el Tribunal encuentre probados hechos que pudieran configurar una excepción no propuesta, ocurre que, en efecto, los documentos que integran el expediente y en particular los Certificados de Existencia y Representación Legal correspondientes a las sociedades GESTORÍAS EN ACUEDUCTOS S.A. e HYDROS COLOMBIA S.A. dan cuenta de la inscripción y la consiguiente oponibilidad de unas reformas estatutarias -consistentes en el cambio de nombre y en una escisión- de las cuales se desprende que, respecto de HYDROS COLOMBIA S.A., este Tribunal carece de competencia para pronunciarse en relación con las pretensiones de la demanda. Ello porque la sociedad constituida por Escritura Pública No. 555 de 1° de marzo de 1999 de la Notaría 31 de Bogotá e inicialmente denominada COMPAÑÍA GENERAL DE AGUAS S.A., adoptó el nombre de HYDROS COLOMBIA S.A el 26 de noviembre de ese mismo año, y posteriormente fue materia de un nuevo cambio de nombre y de una escisión en virtud de la cual ella -la escindida- pasó a llamarse GESTORÍAS EN ACUEDUCTOS S.A. y la beneficiaria creada adoptó el nombre de HYDROS COLOMBIA S.A. Estas reformas estatutarias se solemnizaron mediante Escritura Pública de 30 de marzo de 2006 de la Notaría 15 de Bogotá. Por lo tanto, el 30 de junio de 2005, fecha del Acuerdo Privado de Cesión que contiene la cláusula compromisoria, la sociedad que lo suscribió era HYDROS COLOMBIA S.A.; pero en la fecha de presentación de la demanda (29 de junio de 2007) dicho nombre correspondía a una persona jurídica distinta, que es la sociedad beneficiaria que surgió de su escisión pero que no por ello puede ser tomada como parte del Acuerdo Privado de Cesión de Acciones, ni vinculada por la cláusula compromisoria, y no se probó que a título de dicha escisión se le hubiera transferido total o parcialmente el contrato materia de este litigio.

En el artículo 10 de la Ley 222 de 1995 se establece que cuando una escidente incumple obligaciones anteriores a la escisión, las sociedades participantes, y tal es el caso de la beneficiaria, responden solidariamente por el cumplimiento de la respectiva obligación. Es claro que en tal supuesto las sociedades participantes contraen una obligación de origen legal que no se confunde con la obligación incumplida por la escidente. Por lo expuesto, con fundamento en el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil, el Tribunal declarará demostrados los hechos constitutivos de la excepción de falta de competencia respecto de la sociedad HYDROS COLOMBIA S.A. demandada en este proceso.

- **La Séptima:** «Consiste esta excepción en que se tenga que la sociedad GESTORIAS DEL AGUA S.A., no fue cedente de las acciones de Gestaguas S.A., no recibió remuneración alguna, no es socia gestora de las sociedades Hydros Chía S. en C.A. E.S.P., Hydros Mosquera S. en C.A. E.S.P. e Hydros Melgar S. en C.A.E.S.P., y por lo tanto no debe prosperar contra ella ninguna condena.»

En punto a este medio de defensa, debe comenzar por decirse que se trata en realidad de una excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta en el solo nombre de la sociedad GESTORÍAS DEL AGUA S.A., a partir del argumento de que ella no fue cedente de acciones de GESTAGUAS, no recibió remuneración y no es socia gestora de las sociedades Hydros Chía S. en C.A. E.S.P., Hydros Mosquera S. en C.A. E.S.P. e Hydros Melgar S. en C.A.E.S.P. Sin embargo, en el expediente está plenamente demostrado a través de los documentos pertinentes, por una parte, que para la fecha del Acuerdo Privado de Cesión de Acciones, GESTORÍAS DEL AGUA S.A. giraba bajo el nombre de FRIZO LTDA., y, por la otra, que esta última fue suscriptora del contrato en cuestión, al que dijo comparecer como una de las socias gestoras de Hydros Chía, Hydros Mosquera e Hydros Melgar. En consecuencia, y por supuesto, la excepción no está llamada a prosperar por carecer de fundamento.

- **La Octava:** «Consiste está (sic) excepción en demostrar que este TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO no tiene jurisdicción o competencia para decidir sobre los pagares y facturas cambiaria, por cuanto su existencia, legalidad y cobro se discuten ante la justicia civil.»

En punto a esta excepción, que en lo fundamental se basa en una pretendida falta de competencia del Tribunal por existir pleitos en curso, que según se dice, se refieren a la existencia, la validez y la exigibilidad de algunos de los títulos valores que se han mencionado en este proceso, debe decirse que tales existencia, validez y exigibilidad nada tienen que ver con las pretensiones de la demanda de este arbitraje que, como en su momento se indicó, son, junto con las de las demandas de reconvenición, las que delimitan el ámbito de competencia del Tribunal, amén de basarse en hechos que no tienen ninguna relación con la materia de tales pleitos. Por ende, ella tampoco habrá de prosperar.

**1.2. Excepciones propuestas por las sociedades GESTORÍAS EN ACUEDUCTOS S.A. y FRIZO S.A.**

**La Primera.** «RESPONSABILIDAD DE LAS SOCIEDADES — APLICACIÓN ARTÍCULO 10 LEY 222 DE 1995».

En punto a esta excepción, cuyo fundamento se limita a la transcripción de lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley 222 de 1995 y a solicitar su aplicación, en cuanto toca con FRIZO S.A., el Tribunal advierte que los documentos que integran el expediente y en particular los Certificados de Existencia y Representación Legal correspondientes a las sociedades GESTORÍAS DEL AGUA S.A. y FRIZO S.A. dan cuenta de la inscripción y la consiguiente oponibilidad de unas reformas estatutarias -consistentes en el cambio de nombre y en una escisión- de las cuales se desprende que, respecto de FRIZO S.A., al aplicar la norma invocada para sustentar la excepción, resulta que el Tribunal carece de competencia para pronunciarse en relación con las pretensiones de la demanda. Ello porque la sociedad constituida por Escritura Pública No. 1805 de 4 de octubre de 1979 de la Notaría 12 de Bogotá e inicialmente denominada FERNANDO RUIZ Y COMPAÑÍA LTDA., y luego FRIZO LTDA., se transformó y adoptó el nombre de FRIZO S.A. el 18 de noviembre de 2002, y posteriormente fue materia de un nuevo cambio de nombre y de una escisión en virtud de la cual ella -la escindida- pasó a llamarse GESTORÍAS DEL AGUA S.A. y la beneficiaria creada adoptó el nombre de FRIZO S.A. Estas reformas estatutarias se solemnizaron mediante Escritura Pública No. 75 de 29 de septiembre de 2006 de la Notaría 73 de Bogotá. Por lo tanto, el 30 de junio de 2005, fecha del Acuerdo Privado de Cesión que contiene la cláusula compromisoria, la sociedad

que lo suscribió era FRIZO S.A. (la escidente); pero en la fecha de presentación de la demanda (29 de junio de 2007) dicho nombre correspondía a una persona jurídica distinta, que es la sociedad beneficiaria que surgió de su escisión pero que no por ello puede ser tomada como parte del Acuerdo Privado de Cesión de Acciones, ni vinculada por la cláusula compromisoria.

Como atrás se dijo, en el artículo 10 de la Ley 222 de 1995 se establece que cuando una escidente incumple obligaciones anteriores a la escisión, las sociedades participantes, y tal es el caso de la beneficiaria, responden solidariamente por el cumplimiento de la respectiva obligación. Es claro que en tal supuesto las sociedades participantes contraen una obligación de origen legal que no se confunde con la obligación incumplida por la escidente, que se deriva de un contrato celebrado por ella y en relación con el cual no se probó su transferencia a título de escisión, ni total ni parcial, a favor de la sociedad beneficiaria. Por lo expuesto, el Tribunal declarará demostrados los hechos constitutivos de la excepción propuesta respecto de FRIZO S.A., demandada en este proceso.

De otra parte, la excepción no prospera respecto de GESTORÍAS EN ACUEDUCTOS S.A., sociedad que con el nombre de HYDROS COLOMBIA S.A. sí concurrió a la celebración del contrato y a la suscripción de la cláusula compromisoria y en esa condición, que su escisión y cambio de nombre no modificaron, fue demandada por la convocante con ocasión de la reforma de la demanda.

Las excepciones segunda a novena propuestas por estas sociedades son idénticas a las ocho sobre las que el Tribunal acaba de pronunciarse en el acápite inmediatamente anterior, y por ello lo mismo habrá de decirse a la hora de resolver aquellas.

**1.3. Excepciones propuestas por CONSTRUCTORA NÉMESIS S.A., INVERSIONES ZÁRATE GUTIERREZ Y CIA. S.C.S., INVERSIONES ALBAIDA S.A., INVERSIONES INDUSTRIAS Y CONSTRUCCIONES LTDA., CEMENTOS TEQUENDAMA S.A., PIDSA S.A., TVO CONECTADO S.A.**

- **La Primera:** Prescripción.

En punto a esta excepción, anota el Tribunal que de conformidad con el artículo 1743 del C.C., la nulidad relativa no puede ser declarada por el juez sino a solicitud

de parte. Como en este caso la convocante no invocó entre sus pretensiones una declaratoria de nulidad relativa, el Tribunal no puede atender la excepción de prescripción en los términos propuestos, pues ella supone una pretensión no planteada, situación que exime al Tribunal de averiguar si ella habría debido fundarse o no en vicios de los que pueda adolecer el consentimiento. Por lo expuesto, la excepción estudiada carece de fundamento.

- **La Segunda:** Petición de modo indebido.

En punto a esta excepción, anota el Tribunal que, como lo señaló atrás, las pretensiones sobre las cuales versa este proceso no se refieren a asuntos precontractuales. Un contrato como el que genera este litigio no brota de la nada y necesariamente va precedido por una etapa de negociación. En este orden de ideas se reitera que las cuestiones de hecho que se han aducido y que tienen que ver con la negociación del contrato, se han traído al proceso en función de pretensiones atinentes a su celebración y ejecución, pues es con ello con lo que se relacionan, y no han sido planteadas en un ámbito precontractual (C.Co., art. 863), esto es, de la llamada “culpa *in contrahendo*”. En tales condiciones, la excepción no está llamada a prosperar.

- **Tercera:** Contrato no cumplido.

En punto a esta excepción, anota el Tribunal que, en armonía con lo que dijo y resolvió acerca de la excepción gemela que propusieron las demás sociedades convocadas (la segunda), y con fundamento en las mismas consideraciones y decisiones jurisprudenciales, esta excepción no está llamada a prosperar. Porque si bien se probó que ambos contratantes incurrieron en sendos incumplimientos, también se demostró que aquellos imputables a la convocante corresponden a obligaciones cuyo cumplimiento no era concomitante sino claramente posterior al de las obligaciones por las que aquí ha demandado la convocante. Estas últimas obligaciones a cargo de las convocadas son, como atrás se dijo, distintas de la transferencia de las acciones ligada al pago del precio, y aunque implícitas, no menos relevantes dentro del contrato, como quiera que emanan de su naturaleza. En este caso se demostró así mismo que fueron precisamente las convocadas excepcionantes quienes incumplieron primero.

- **Cuarta:** Inexistencia de perjuicios.

En punto a esta excepción, el Tribunal considera que en este litigio no se discute si una vez obtenido el control de Gestaguas, con lo que ello implica, la convocante obtuvo o no ganancias. El tema objeto del litigio promovido por la convocante se refiere a si la conducta contractual de las convocadas relacionada con la negociación realizada para la obtención de dicho control y los trances que la rodearon, generaron daños para la convocante que deban ser resarcidos por las convocadas. Por lo tanto, no exime a las convocadas de su obligación de indemnización de perjuicios el hecho de que a partir de la adquisición del control la convocante se beneficie de esa situación que se deriva de la operación, máxime cuando tales beneficios pueden ser derivados de su propia gestión.

En consecuencia, esta excepción no habrá de prosperar.

## **2. Excepciones propuestas contra las demandas de reconvención.**

### **2.1. Excepciones propuestas contra la demanda de reconvención promovida por HYDROS COLOMBIA S.A., VISIÓN CATASTRAL CENTRO DE INFORMACIÓN UNIFICADO S.A., GESTORÍAS DEL AGUA S.A. Y RIAGRO S.A.**

- **La primera:** «Inexistencia de los supuestos incumplimientos a las obligaciones contractuales por parte de AGUAS DE BOGOTÁ S.A.».

En punto a esta excepción, el Tribunal debe decir que ella no está llamada a prosperar, ya que si su fundamento central es la afirmación rotunda de que la convocante cumplió cabal y oportunamente con todas las obligaciones a su cargo, ha quedado demostrado, por el contrario, que ello no es así. Atrás se vio con suficiencia cómo sí hubo incumplimientos contractuales de parte de la convocante, así, como también se vio, ellos hubieran sido posteriores en el tiempo a los de las convocadas. Por lo expuesto, la excepción no está llamada a prosperar.

- **La segunda:** «Indebida integración del contradictorio».

En punto a esta excepción, con los dos alcances que le da el excepcionante respecto de GESTAGUAS, por una parte, y de otros terceros, por la otra, el Tribunal considera que el hecho de no haber prosperado, por las razones que

atrás se expusieron a espacio, la pretensión de resolución del contrato, lo releva de adentrarse al análisis y decisión de mérito de esta excepción.

- **La tercera:** «Imprudencia de la resolución del contrato».

El Tribunal considera que esta excepción tiene fundamento, toda vez que al resolver las pretensiones de la demanda de reconvención desestimó la referente a la resolución del contrato por las razones que entonces se expusieron. Así lo declarará en la parte resolutive de esta providencia.

- **La cuarta:** «Falta de legitimación en la causa por activa».

En punto de esta excepción, el Tribunal considera que al haber encontrado demostrados los hechos constitutivos de la excepción de falta de competencia respecto de HYDROS COLOMBIA S.A., no hay lugar a hacer pronunciamiento de mérito sobre este medio de defensa.

- **La quinta:** «El demandante no puede alegar su propia culpa».

El Tribunal encuentra que ninguna de las pretensiones de las demandas de reconvención se funda en una alegación como la que les atribuye el excepcionante en este punto, razón por la cual no hay lugar para la excepción en los términos planteados por la parte demandada en reconvención; es más bien un juicio de valor sobre la conducta contractual de los demandantes en reconvención, que en el contexto de este proceso ha sido tenida en cuenta en la oportunidad pertinente para adoptar las decisiones que corresponden.

- **La sexta:** «Excepción de contrato no cumplido».

Ya atrás se dijo que en el caso de autos está demostrado que ambos contratantes incurrieron en incumplimientos. Se dijo así mismo que, tal como lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia, “la excepción de contrato no cumplido puede alegarse no solamente cuando es una sola de las partes la incumplidora, sino cuando lo son ambas” (Sentencia de 16 de noviembre de 1966, GJ. CXVIII, página 161). Y se destacó también la importancia del orden del cumplimiento de las obligaciones a cargo de las partes, al precisar que sólo

aquella deudora de una obligación cuyo cumplimiento debía tener lugar con posterioridad estaría legitimada para proponer la excepción.

Pero, por otra parte, hay que distinguir entre el hecho de estar ambas partes legitimadas para interponer la excepción, de un lado, y la situación que se presenta cuando ambas partes incumplidas la interponen. Porque, como atrás se expuso a espacio, de un contrato pueden surgir varias obligaciones, algunas de ellas interdependientes, respecto de las cuales tiene plena operancia la excepción; y pueden surgir también obligaciones que deban cumplirse en tiempos distintos, de tal manera que el deudor de la de cumplimiento posterior pueda interponer la excepción si el otro no ha cumplido o no se allana a cumplir. Y también se precisó que puede presentarse el caso de contratos bilaterales que, además de las obligaciones que lo hacen tal, generan otras cuyo cumplimiento puede ser exigido con independencia del de las demás, como ocurre en el caso de autos.

El Tribunal reitera que está probado que del Acuerdo surgen obligaciones a cargo de la demandada en reconvención cuyo cumplimiento no es simultáneo ni interdependiente respecto de obligaciones a cargo de la demandante en reconvención; y observa que al interponer la excepción, aquélla se limitó a enunciarla sin precisar ni demostrar los hechos en que se funda.

En consecuencia, la excepción en cuestión no está llamada a prosperar.

- **La séptima:** «La que establezca o verifique el tribunal de arbitramento de acuerdo a la sana crítica».

En punto a este medio de defensa, planteado en forma general para el evento de que el Tribunal encuentre probados hechos que pudieren configurar una excepción no propuesta, basta reiterar lo antes expuesto en el sentido de haber hallado demostrados los hechos constitutivos de la excepción de falta de competencia respecto de la sociedad HYDROS COLOMBIA S.A., circunstancia que será declarada en la parte resolutive de esta providencia.

## **E. Los perjuicios demostrados.**

Al estudiar y dilucidar en el capítulo pertinente el punto relativo a los incumplimientos que las partes se imputaron recíprocamente y a lo que sobre ellos resultó probado, el Tribunal encontró que, en efecto, algunos tuvieron lugar y eran imputables, ora por violación de lo expresamente pactado, bien por contravenir obligaciones propias de la naturaleza del acuerdo.

Corresponde ahora, con base en lo probado, la determinación acerca de los daños indemnizables que ellos causaron y del monto de la correspondiente indemnización en cada caso.

Por razones de orden, el Tribunal abordará y despachará primero las indemnizaciones pedidas en la demanda principal y a continuación las pedidas en las demandas de reconvención.

#### **1. Las indemnizaciones solicitadas en la demanda principal.**

El Tribunal ha encontrado demostrado que, en relación con los puntos que denominó **(i)**, **(ii)** y **(iii)** referidos respectivamente al tema de los gastos por concepto de las obras de riego, al de los pagos indebidos por concepto de contratos de leasing y al del endoso y entrega también indebidos de unos pagarés otorgados a favor de Gestaguas S.A, se incumplió la obligación de conservar el patrimonio social de esta sociedad, contrariando así el deber secundario de conducta que, con base en el artículo 871 del Código de Comercio, es propio de la naturaleza del Acuerdo Privado. Ha encontrado demostrado también que dicho incumplimiento fue causa de unos perjuicios cuyo *quantum* corresponde determinar ahora, en su orden:

- (i)** Por el lado de los gastos por concepto de las obras de riego, y con apoyo en el peritaje, se estableció que el valor de la disminución del patrimonio de GESTAGUAS S.A. directamente derivado de tales gastos ascendió a la cifra de \$ 265.188.220,00 (página 59), cifra que se había contabilizado en el mes de junio de 2005 en la cuenta del activo “Construcciones edificio y obras de ingeniería civil” (página 58), que corresponde a la suma de los pagos efectuados a favor de las personas identificadas en dicho dictamen. Pero como quiera que la participación accionaria que la convocante adquirió en dicha sociedad por virtud del Acuerdo Privado de Cesión de Acciones fue del 86%, en esa

proporción deberá fijarse el valor de la indemnización, por supuesto, debidamente actualizada. Dicho 86% asciende a \$ 228.061.869,00 cifra que actualizada a partir del 1° de julio de 2005 a la fecha del presente laudo equivale a \$ 286.007.085.

No se demostró la ocurrencia cierta de perjuicios por los eventuales efectos fiscales de dichos gastos por concepto de impuesto a la renta y de sobretasa de dicho impuesto, a todo lo cual la propia convocante se refirió en el cuestionario que formuló a la perito como una mera “contingencia fiscal”.

- (ii)** Por el lado de los pagos indebidos por concepto de contratos de leasing, y con apoyo en el peritaje, se estableció que el valor de la disminución del patrimonio de GESTAGUAS S.A. directamente derivado de tales gastos ascendió a la cifra de \$ 4.883.731 (página 63). Pero como quiera que la participación accionaria que la convocante adquirió en dicha sociedad por virtud del Acuerdo Privado de Cesión de Acciones fue del 86%, en esa proporción deberá fijarse el valor de la indemnización, por supuesto, debidamente actualizada. Dicho 86% asciende a \$ 4.200.008,66 cifra que actualizada a partir del 1° de julio de 2005 a la fecha del presente laudo equivale a \$ 5.267.133.
  
- (iii)** Por el lado del endoso y entrega también indebidos a algunos de los cedentes o a personas jurídicas anejas a ellos de unos pagarés otorgados a favor de Gestaguas S.A, y con apoyo en el peritaje, se estableció que el valor de la disminución del patrimonio de GESTAGUAS S.A. directamente derivado de tal transferencia corresponde al valor total de los mismos, por concepto de capital, que asciende a la cifra de \$ 843.597.113,00 (página 56). Pero como quiera que la participación accionaria que la convocante adquirió en dicha sociedad por virtud del Acuerdo Privado de Cesión de Acciones fue del 86%, en esa proporción deberá fijarse el valor de la indemnización, por supuesto, debidamente actualizada. Dicho 86% asciende a \$ 725.493.517 cifra que actualizada a partir del 1° de julio de 2005 a la fecha del presente laudo equivale a \$ 909.824.544.
  
- (v)** Por el lado de la indebida utilización de la fiducia, tal como se expuso en acápite anterior de esta providencia, el Tribunal encontró demostrado que en efecto hubo un incumplimiento de la referida obligación, pero que, en cambio, él no dio lugar a perjuicio alguno a la convocante, ya que los recursos

provenientes de la fiducia que se invirtieron en el pago de obligaciones a cuya garantía no estaban destinados, en todo caso tenían que ser desembolsados por la propia convocante, la cual, además, no adquirió ningún derecho fiduciario.

- (vi)** Por el lado de los incumplimientos imputables a las sociedades Hydros Chía, Hydros Melgar e Hydros Mosquera, relacionados con el principio de la buena fe, el Tribunal estima que, para efectos de determinar el perjuicio indemnizable con base en los criterios que arriba se expusieron respecto del alcance de las obligaciones de las partes, debe tenerse en cuenta: **a.)** Aunque las cedentes son responsables por el daño debido al incumplimiento en el suministro de información en los estados financieros a 31 de diciembre de 2004 y demás información relacionada, la conducta de la convocante en punto a la revisión de dicha información reduce el monto de la indemnización a cargo de aquellas. **b.)** Para tal efecto, en aplicación de los principios que rigen la indemnización de perjuicios en casos como este y que fueron precisados en punto anterior de esta providencia, la convocante tendrá derecho, a título de resarcimiento, al ochenta y seis por ciento (86 %) de una suma de dinero equivalente al setenta y cinco por ciento (75 %) de los perjuicios causados por el concepto que se analiza. Dicho setenta y cinco por ciento (75 %) se explica por la ya anotada preeminencia que el Tribunal le atribuye al incumplimiento de la obligación de información; y el ochenta y seis por ciento (86 %), corresponde como en los casos anteriores, a la participación accionaria que la convocante adquirió en Gestaguas por virtud del Acuerdo Privado de Cesión de Acciones. No obstante la regla general anterior, la convocante tendrá derecho, a título de resarcimiento, al ochenta y seis por ciento (86 %) de una suma de dinero equivalente al cien por ciento (100 %) de los perjuicios causados por concepto del pasivo no contabilizado en los estados financieros a 31 de diciembre de 2004 de Hydros Melgar, proveniente de la transacción celebrada con CONSASA. **c.)** Las cedentes son responsables *in integrum* en cuanto al daño causado por el incumplimiento en el suministro de información en los estados financieros a 30 de junio de 2005.

En relación con Hydros Chía:

75 % de los gastos contabilizados en el activo en la cuenta "12 Inversiones" sub cuenta "Gastos Bancarios", en Estados Financieros a 31 de diciembre de 2004, por valor de

\$ 81.078.750

100 % de los gastos contabilizados en el activo en la cuenta "12 Inversiones" sub cuenta "Gastos Bancarios", en los estados financieros a 30 de junio de 2005, por valor de

\$ 55.450.449

En relación con Hydros Melgar:

75 % de la retribución a favor de Gestaguas S.A., en los estados financieros a 31 de diciembre de 2004, por valor de

\$ 265.978.902

100 % de la retribución a favor de Gestaguas S.A., en los estados financieros a 30 de junio de 2005, por valor de

\$ 220.565.417

**Subtotal por este concepto**

---

**\$ 486.544.319**

(Nota: anota el Tribunal que atrás quedó establecido, tanto documentalmente como con base en el dictamen de la señora perito contadora, que una parte, en cuantía de \$ 417.242.991, de los pagarés que fueron suscritos por Hydros Melgar a favor de Gestaguas S.A. y que luego fueron endosados por esta, correspondieron al pago de la retribución a favor de esta última como gestora delegada de aquella. Por consiguiente, esta cifra deberá restarse de la suma de las dos anteriores que corresponden precisamente a esa misma retribución.)

- \$ 417.242.991

**TOTAL**

---

**\$ 69.301.328**

100 % de la provisión no registrada correspondiente a la sanción a favor de la DIAN, en los estados financieros a 30 de junio de 2005, por valor de	\$ 66.258.000
75 % de los pagos a Aseo Especial contabilizados como anticipos y no como gastos, en los estados financieros a 31 de diciembre de 2004 por valor de	\$ 64.759.324
100 % de los pagos a Aseo Especial contabilizados como anticipos y no como gastos, en los estados financieros a 30 de junio de 2005 por valor de	\$ 328.732.159
100 % del pasivo no contabilizado en los estados financieros a 31 de diciembre de 2004, proveniente de la transacción celebrada con CONSASA	\$ 115.552.588

En relación con Hydros Mosquera:

100 % de la diferencia de la obligación a favor del Municipio de Mosquera no registrada en los estados financieros a 30 de junio de 2005, en relación con el convenio 002 de 2004, por valor de	\$ 99.649.405
---	---------------

**Subtotal:** \$ 880.782.003

El 86 % de dicha cifra asciende a \$ 757.472.522 cifra que actualizada a partir del 1° de julio de 2005 a la fecha del presente laudo equivale a \$ 949.928.868.

En lo que toca con los puntos **(iv)** y **(vii)**, y en razón de las consideraciones que en cada uno de ellos hizo el Tribunal y de las conclusiones a las que arribó, no hay lugar a reconocimiento dinerario alguno por concepto de perjuicios.

**2. Las indemnizaciones solicitadas en las demandas de reconvención.**

Por haber encontrado demostrado que, en relación con el punto que denominó **(ix)**, referido a no haberseles indemnizado a los cedentes los daños y perjuicios causados por cuenta de los embargos judiciales que transitoriamente afectaron dineros

depositados en las cuentas corrientes bancarias de Hydros Colombia S.A. y de Frizo Ltda., les asiste razón a las demandantes en reconvención y por ello se condenará a la convocante, demandada en reconvención a pagarle a esta última, que hoy se denomina Gestorías del Agua S.A., a título de indemnización de perjuicios, la cantidad de \$ 381.494., cifra que no será actualizada por cuanto ello no fue pedido en la demanda de reconvención.

Por el lado de Hydros Colombia S.A., como atrás se advirtió, ella es la beneficiaria resultante de un proceso de escisión de Gestorías en Acueducto S.A. (antes denominada Hydros Colombia) y es esta última sociedad escidente y no la actual Hydros Colombia, la que es parte del contrato y la que está vinculada por la cláusula compromisoria. Por consiguiente, el Tribunal no es competente para disponer reconocimiento de suma alguna en su favor.

En lo que toca con los demás puntos reclamados por las demandantes en reconvención, en razón de las consideraciones que en cada uno de ellos hizo el Tribunal y de las conclusiones a las que arribó, no hay lugar a reconocimiento dinerario alguno por concepto de perjuicios.

#### **V. LA OBJECCIÓN POR ERROR GRAVE AL PERITAJE CONTABLE Y FINANCIERO.**

Procede el Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 238 del C.P.C. a examinar las objeciones por error grave planteadas en contra del dictamen pericial decretado y rendido dentro de este proceso, remitiéndose a lo expuesto en los correspondientes escritos.

La **parte convocante** formuló objeción al dictamen pericial contable y adujo, de modo general, que al estar los dineros embargados en cuenta corriente, no causan intereses o rendimiento alguno a favor de su titular- por lo que, a su juicio, la perito se equivocó al calcular interés respecto de los perjuicios causados por los embargos.

Añadió que al calcular los rendimientos financieros causados por los saldos embargados en cuenta corriente a la tasa de interés bancaria certificada por la Superintendencia Financiera, la perito traspasó las barreras impuestas por el Tribunal en torno a la prohibición de “establecer consideraciones y valoraciones jurídicas, que son competencia del Tribunal”.

A su turno, el doctor Arciniegas objetó el peritaje contable y señaló, en términos generales, que en él se incurrió en errores respecto de las cifras de Hydros Chía toda vez que no se tuvo en cuenta el valor de los ingresos de Hydros Chía por la venta de agua comprada por la EAAB para 30 de junio de 2005. En cuanto a Hydros Melgar, señala que en el peritaje se incurrió en error respecto de la provisión de la contingencia por los requerimientos de la DIAN. En lo referente a Gestaguas, el objetante señala que el peritaje no incluyó dentro de los activos de dicha sociedad, las facturas que la Junta Directiva permitió endosar.

Atendiendo los criterios señalados en el artículo 241 del C.P.C. el Tribunal ha examinado el dictamen, conjuntamente con el segundo dictamen rendido dentro del proceso. Y con base en las siguientes consideraciones, ha concluido que las objeciones en cuestión no prosperan, de manera que decidirá lo pertinente en la parte resolutive del laudo.

1. Prescribe el numeral 5 del artículo 238 del C.P.C. que en el escrito de objeción se debe precisar el error que se le endilga al dictamen; y por error grave, de acuerdo con la doctrina, ha de entenderse "...aquél que de no haberse presentado, otro hubiera sido el sentido del dictamen rendido por los peritos. Nuestra Corte Suprema de Justicia ha dicho que el error grave tiene la característica de ir contra la naturaleza de las cosas o la esencia de sus atribuciones, como cuando se afirma que un objeto o persona tiene determinada peculiaridad y resulta que tal cualidad no existe; o en tener por blanco lo que es negro o rosado"<sup>40</sup>.

Por ser el dictamen una declaración provocada al perito dentro del proceso, los cuestionarios cumplen una función central para determinar cuál es el tema sobre el cual debe éste rendir su dictamen, con la claridad, precisión y detalle que se exige en el numeral 6 del artículo 237 del C.P.C., incluyendo las explicaciones de los exámenes llevados a cabo y de los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de sus conclusiones. Es importante entonces distinguir entre un error, que se predica de la respuesta del perito en función de lo preguntado, y una respuesta que no satisfaga las aspiraciones de las partes, las cuales, en desarrollo del principio de contradicción, también pueden: presentar una solicitud de aclaración, que busca la solución de dudas surgidas del examen de la experticia, sin que pueda extenderse

---

<sup>40</sup> Quijano Parra, Jairo. P. Manual de Derecho Probatorio, Ed. Librería del Profesional, 14<sup>a</sup>. Ed. Bogotá, 2004, p. 637

a puntos que en su oportunidad no fueron objeto de cuestión; o pedir una complementación, esto es, adiciones referentes a interrogantes no resueltos en el peritaje, pero en todo caso ya formulados en el respectivo cuestionario. Y puede ocurrir que las aclaraciones o complementaciones permitan apreciar mejor un peritaje que no es erróneo; pero que sí requiere de precisiones y complementos.

2. El Tribunal ha encontrado en el dictamen, tanto elementos que valora satisfactoriamente, como deficiencias. Estas últimas, en veces, son atribuibles a las propias preguntas. Pero ninguna de tales falencias constituye un error grave, como quiera que no implican, tal y como lo señala el ya citado criterio de la Corte, ir contra la naturaleza de las cosas, teniendo lo blanco por lo negro, lo cual, en términos contables equivaldría, para seguir con la figura doctrinal aludida, en tener lo negro por rojo, o en considerar activos como pasivos, o como contabilizado y revelado lo que no lo fue. Por eso, y de conformidad con la exigencia del artículo 187 del C.P.C., el Tribunal ha concluido que puede asignarle mérito probatorio al dictamen, no sólo al considerarlo en su conjunto, sino al apreciarlo, a su vez, y como lo manda la ley, conjuntamente con las demás pruebas. Por ello los ha tomado ambos para su apreciación conjunta con las demás pruebas practicadas dentro de este proceso.
3. Al llevar a cabo esa apreciación, el Tribunal encontró, en síntesis, que la prueba pericial practicada, y objeto de aclaraciones, complementaciones, de objeciones por error grave y que dio lugar a un segundo dictamen, es conducente como medio de prueba para demostrar la ocurrencia de tres hechos relevantes dentro de este proceso: la existencia de deficiencias en la información contable que la convocante recibió; el impacto de dichas deficiencias en la presentación contable de la situación económica de las sociedades; las modificaciones sufridas por el patrimonio de las sociedades como consecuencia de tales deficiencias y de ciertas conductas acreditadas dentro del proceso.

El Tribunal encontró que la perito expuso, de acuerdo con la ciencia contable, en forma seria y expresa en qué fundamentaba su dictamen, requisito éste cuya trascendencia, de acuerdo con la jurisprudencia que la doctrina invoca en este punto, ha sido subrayada así por la Corte: “Uno de los requisitos sine qua non que debe ofrecer todo dictamen pericial para que pueda ser admitido como prueba de los hechos que (sic) versa, consiste en que sea debidamente fundamentado; y que

compete al juez apreciar con libertad esa condición, dentro de la autonomía que le es propia”<sup>41</sup>.

4. Al examinar y despachar todas y cada una de las pretensiones de las partes, el Tribunal ha señalado en forma particular y expresa, como corresponde hacerlo en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 187, 238-8 y 241 del C.P.C., respecto de cuáles de tales deficiencias y de cuáles de tales impactos, relevantes para desatar las pretensiones, ha encontrado apoyo en el dictamen, indicando, igualmente, en qué consistieron aquellos aspectos respecto de los cuales se separó de las apreciaciones o conclusiones de dicho dictamen, y por qué lo hizo. La doctrina ha señalado al respecto, con base en la jurisprudencia de la Corte, que “El juez debe analizar el dictamen de los peritos, y si lo convence, puede tenerlo en cuenta para edificar sobre él, en todo o en parte, la decisión que tome; así mismo debe examinar los fundamentos y las conclusiones, y si les haya mérito lo tiene como base para fallar; caso contrario, debe desecharlo. ...(-)...efectivamente el juez es soberano (sin arbitrariedad) para examinar el dictamen pericial, sin estar sujeto a ningún valor preestablecido, pero de todos modos tendrá que decir ... por qué lo acepta, por qué cree en lo dicho por los peritos y, en caso contrario, igualmente deberá dar las razones por las cuales no lo acoge”<sup>42</sup>.

Ya expuso el Tribunal por qué acoge el dictamen en lo relacionado con la liquidación de los rendimientos financieros a reconocerle a los saldos embargados en cuenta corriente, y desecha la objeción de la convocante al respecto, porque dicha liquidación no altera la naturaleza de las cosas.

Observó el Tribunal que la perito Gloria Zady Correa Palacio brindó sus respuestas con base en criterios técnicos y dentro de los precisos límites de las preguntas que le fueron formuladas por la parte convocante, tal como lo aprecia y reconoce la parte convocada representada por el doctor Arciniegas en la propia objeción y luego en su alegato de conclusión, y destaca además, que en su informe de aclaraciones y complementaciones la citada perito precisa la forma como la sociedad Hydros Chía contabilizaba en períodos anteriores la compra de agua en bloque a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, que, dicho sea de

---

<sup>41</sup> Idem, p. 651. Se cita y transcribe la sentencia de la sala de casación civil del 9 de octubre de 1953 (G.J., t. LVII, p. 532); y se cita una sentencia de la misma sala del 5 de abril de 1976 (Sin publicar).

<sup>42</sup> Ibidem, ps. 649-650.

paso, coincide con la forma como lo hizo para el periodo comprendido entre el 2 de mayo y el 1 de julio de 2005.

En cuanto a la provisión en Hydros Melgar de la contingencia por los requerimientos de la DIAN y en lo referente a la no inclusión dentro de los activos de Gestaguas de las facturas que la Junta Directiva permitió endosar, el Tribunal advierte que la perito se atuvo estrictamente a las hipótesis planteadas en las preguntas formuladas, por lo cual de sus respuestas no se desprenden errores graves.

Por todo lo expuesto, las objeciones por error grave al peritaje contable no habrán de prosperar, y así se decidirá en la parte resolutive de esta providencia.

## **VI. COSTAS.**

El Código de Procedimiento Civil dispone que se condenará en costas a la parte vencida; que la condena respectiva debe hacerse en la sentencia; que tal condena se impondrá cuando sea manifiesta la carencia de fundamento legal o cuando, a sabiendas, se aleguen hechos contrarios a la realidad y, adicionalmente, que sólo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron.

Dentro de este contexto legal, el Tribunal procederá a pronunciarse sobre las costas del proceso, con fundamento en lo previsto en el artículo 154 del Decreto 1818 de 1998, y con sujeción a las reglas de los artículos 392 y 393 del Código de Procedimiento Civil, modificados por la Ley 794 de 2003.

De conformidad con lo dispuesto por los artículos 392, ordinales 1° y 5° y 393, ordinal 3° del Código de Procedimiento Civil, habida consideración de las pretensiones de la demanda que prosperan, se condenará a las convocadas a rembolsar el ochenta por ciento (80 %) de las costas en que incurrió la sociedad convocante, señalándose como agencias en derecho la suma de (\$ 165 000 000), que se tiene en cuenta en la liquidación que a renglón seguido se efectúa:

- 100 % de los gastos de presentación de la demanda ante la Cámara de Comercio de Bogotá: \$ 1 006 180.
- 50 % de los honorarios de los árbitros: \$ 247 500 000.

- 50 % del IVA sobre los honorarios de los árbitros: \$ 39 600 000.
- 50 % de los honorarios del Secretario: \$ 41 250 000.
- 50 % del IVA sobre los honorarios del Secretario: \$ 6 600 000.
- 50% de los gastos de la Cámara de Comercio de Bogotá: \$ 41 250 000.
- 50 % del IVA sobre los gastos de la Cámara de Comercio de Bogotá: \$ 6 600 000.
- 50 % de la partida de protocolización y gastos: \$ 20 000 000.
- 80 % de los gastos del peritaje contable: \$ 4 800 000.
- 50 % de los honorarios de la perito contable: \$ 20 000 000.
- 50 % del IVA sobre los honorarios de la perito contable: \$ 3 200 000.
- Agencias en derecho: \$ 165 000 000.

Total de las costas en las que incurrió **AGUAS DE BOGOTA S.A. E.S.P.:** \$ 596 806 180.

De conformidad con lo expuesto, las convocadas deberán rembolsar a **AGUAS DE BOGOTA S.A. E.S.P.** el ochenta por ciento (80 %) de las costas en que incurrió la convocante, esto es la suma de CUATROCIENTOS SETENTA Y SIETE MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS (\$ 477 444 944).

### **CAPÍTULO TERCERO: DECISIÓN — PARTE RESOLUTIVA**

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitraje convocado por **AGUAS DE BOGOTA S.A. E.S.P.** contra **CONSTRUCTORA NÉMESIS S.A., HYDROS COLOMBIA S.A., INVERSIONES ZÁRATE GUTIÉRREZ Y CIA. S.C.S., INVERSIONES ALBAIDA S.A., VISIÓN CATASTRAL CENTRO DE INFORMACIÓN UNIFICADO S.A., GESTORÍAS DEL AGUA S.A., INVERSIONES INDUSTRIAS Y CONSTRUCCIONES LTDA., RIAGRO S.A., CEMENTOS TEQUENDAMA S.A., PIDSA S.A., TVO CONECTADO S.A., GESTORÍAS EN ACUEDUCTOS S.A. y FRIZO S.A.** administrando justicia, por habilitación de las partes, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley

#### **RESUELVE:**

**Primero.-** De manera oficiosa y por las razones expuestas en las consideraciones que anteceden, declarar demostrados los hechos constitutivos de la excepción de *falta de*

*competencia del Tribunal* respecto de la sociedad **HYDROS COLOMBIA S.A.**, demandada y demandante en reconvención, por lo cual ninguna decisión habrá de referirse a ella.

**Segundo.-** Por las razones expuestas en las consideraciones que anteceden, reconocer fundamento a la excepción denominada «RESPONSABILIDAD DE LAS SOCIEDADES — APLICACIÓN ARTÍCULO 10 LEY 222 DE 1995», propuesta por **FRIZO S.A.**

**Tercero.-** Declarar que las demás sociedades convocadas, esto es, **CONSTRUCTORA NÉMESIS S.A., INVERSIONES ZÁRATE GUTIÉRREZ Y CÍA S.C.S., GESTORÍAS DEL AGUA S.A.** -antes **FRIZO LTDA.**-, **INVERSIONES ALBAIDA S.A., INVERSIONES INDUSTRIAS Y CONSTRUCCIONES LTDA., TVO CONECTADO S.A., PIDSA S.A., CEMENTOS TEQUENDAMA S.A., VISIÓN CATASTRAL CENTRO DE INFORMACIÓN UNIFICADO S.A.** -antes **EVOLUCIÓN SERVICIO Y TECNOLOGÍA S.A., RIAGRO S.A., GESTORÍAS EN ACUEDUCTOS S.A.** -antes **HYDROS COLOMBIA S.A.**- incumplieron el denominado “ACUERDO PRIVADO DE CESIÓN DE ACCIONES DE LA SOCIEDAD GESTAGUAS S.A.” suscrito el día 30 de junio de 2005 con la sociedad **AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.**, en los términos consignados en la parte motiva de esta providencia.

**Cuarto.-** Por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, declarar que no prosperan la segunda pretensión principal ni las denominadas segundas pretensiones principales (pretensiones primera, segunda, tercera, cuarta y quinta) de la demanda principal de **AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.**

**Quinto.-** De conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, desestimar por falta de fundamento todas las excepciones propuestas por **VISIÓN CATASTRAL CENTRO DE INFORMACIÓN UNIFICADO S.A., GESTORÍAS DEL AGUA S.A.** y **RIAGRO S.A.**

**Sexto.-** De conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, desestimar por falta de fundamento las demás excepciones propuestas por **FRIZO S.A.**, así como la totalidad de las excepciones propuestas por **GESTORÍAS EN ACUEDUCTOS S.A.**

**Séptimo.-** De conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, desestimar por falta de fundamento todas las excepciones propuestas por **CONSTRUCTORA NÉMESIS S.A., INVERSIONES ZÁRATE GUTIERREZ Y CIA. S.C.S., INVERSIONES ALBAIDA S.A., INVERSIONES INDUSTRIAS Y CONSTRUCCIONES LTDA., CEMENTOS TEQUENDAMA S.A., PIDSA S.A., TVO CONECTADO S.A.**

**Octavo.-** En consecuencia, y de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, condenar a **CONSTRUCTORA NÉMESIS S.A., INVERSIONES ZÁRATE GUTIÉRREZ Y CÍA S.C.S., GESTORÍAS DEL AGUA S.A. -antes FRIZO LTDA.-, INVERSIONES ALBAIDA S.A., INVERSIONES INDUSTRIAS Y CONSTRUCCIONES LTDA., TVO CONECTADO S.A., PIDSA S.A., CEMENTOS TEQUENDAMA S.A., VISIÓN CATASTRAL CENTRO DE INFORMACIÓN UNIFICADO S.A. -antes EVOLUCIÓN SERVICIO Y TECNOLOGÍA S.A.-, RIAGRO S.A., GESTORÍAS EN ACUEDUCTOS S.A. - antes HYDROS COLOMBIA S.A.-** a pagar a **AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.** la suma de DOS MIL CIENTO CINCUENTA Y UN MILLONES VEINTISIETE MIL SEISCIENTOS TREINTA (\$ 2.151.027.630) por concepto del daño emergente y del lucro cesante, causados por el incumplimiento al que se refiere la declaración tercera que antecede. Esta suma ha sido actualizada hasta la fecha de esta providencia, de conformidad con la solicitud contenida en la “pretensión complementaria” de la demanda de **AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.**

**Noveno.-** Declarar, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, que **AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.** incumplió el Acuerdo Privado de Cesión de Acciones de Gestaguas S.A., celebrado el día 30 de junio de 2005 y que por consiguiente, prospera, con el alcance precisado en la parte motiva de esta providencia, la pretensión A1 de la demanda de reconvencción presentada por **VISIÓN CATASTRAL CENTRO DE INFORMACIÓN UNIFICADO S.A., GESTORÍAS DEL AGUA S.A. y RIAGRO S.A.**

**Décimo.-** En consecuencia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, condenar a **AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.** a pagar a **GESTORÍAS DEL AGUA S.A.** la suma de TRESCIENTOS OCHENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS (\$ 381.494) por concepto de los perjuicios causados a los que se refiere la pretensión A.3 de la demanda de reconvencción.

**Décimo primero.-** Declarar que, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, no prosperan las demás pretensiones de la demanda de reconvención presentada por **VISIÓN CATASTRAL CENTRO DE INFORMACIÓN UNIFICADO S.A., GESTORÍAS DEL AGUA S.A. y RIAGRO S.A.**

**Décimo segundo.-** Declarar que, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, no prosperan las pretensiones 1.1. y 1.2. de la demanda de reconvención presentada por **CONSTRUCTORA NÉMESIS S.A., INVERSIONES ZÁRATE GUTIERREZ Y CIA. S.C.S., INVERSIONES ALBAIDA S.A., INVERSIONES INDUSTRIAS Y CONSTRUCCIONES LTDA., CEMENTOS TEQUENDAMA S.A., PIDSA S.A. y TVO CONECTADO S.A.**

**Décimo tercero.-** Por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, reconocer fundamento a la excepción denominada «Improcedencia de la resolución del contrato», propuesta por **AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.**

**Décimo cuarto.-** Por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, abstenerse de resolver de mérito sobre las excepciones denominadas «Indebida integración del contradictorio» y «Falta de legitimación en la causa por activa», propuestas por **AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.**

**Décimo quinto.-** Por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, desestimar por falta de fundamento las demás excepciones propuestas por **AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.**

**Décimo sexto.-** Por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, declarar no probadas las objeciones por error grave formuladas contra el dictamen pericial contable. En consecuencia, declarar causada la totalidad de los honorarios decretados a favor de la perito.

**Décimo séptimo.-** Condenar a **CONSTRUCTORA NÉMESIS S.A., INVERSIONES ZÁRATE GUTIÉRREZ Y CÍA S.C.S., GESTORÍAS DEL AGUA S.A. -antes FRIZO LTDA.-, INVERSIONES ALBAIDA S.A., INVERSIONES INDUSTRIAS Y CONSTRUCCIONES LTDA., TVO CONECTADO S.A., PIDSA S.A., CEMENTOS TEQUENDAMA S.A., VISIÓN CATASTRAL CENTRO DE INFORMACIÓN UNIFICADO S.A. -antes EVOLUCIÓN SERVICIO Y TECNOLOGÍA S.A.-, RIAGRO S.A., GESTORÍAS EN ACUEDUCTOS S.A. -**

antes **HYDROS COLOMBIA S.A.**- a pagar a **AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.** la suma de CUATROCIENTOS SETENTA Y SIETE MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS (\$ 477.444.944) por concepto de costas del presente trámite, en la forma indicada y de conformidad con la liquidación hecha en esta providencia.

**Décimo octavo.-** Ordenar que, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia y en atención a la solicitud expresa de la señora Agente del Ministerio Público, por Secretaría, se remitan copias de esta providencia a la Fiscalía General de la Nación y a la Procuraduría General de la Nación, para lo de su competencia.

**Décimo noveno.-** Declarar causado el saldo de los honorarios de los árbitros y del secretario.

**Vigésimo.-** Disponer que, por Secretaría, se expidan copias auténticas de la presente providencia con destino a cada una de las partes, al Ministerio Público y copia simple para el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

**Vigésimo primero.-** En firme esta providencia, protocolícese el expediente en una Notaría del Círculo de Bogotá.

Esta providencia quedó notificada en audiencia.

Bogotá D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil diez (2010).

**JUAN CARLOS ESGUERRA PORTOCARRERO**  
Presidente

**LUIS SALOMÓN HELO KATTAH**  
Árbitro

**JORGE PINZÓN SÁNCHEZ**  
Árbitro

**FERNANDO PABÓN SANTANDER**  
Secretario