

MEMORIAL DE DEMANDANTE
OPCIÓN DE GRADO: MOOT COURT

ESCRITO POR:
VALERIA ECHEVERRY PARRA
CRISTIAN CAMILO OCAMPO OCAMPO

CALI, COLOMBIA
PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA



FACULTAD DE HUMANIDADES Y CIENCIAS SOCIALES
MAESTRÍA EN DERECHO EMPRESARIAL

ÍNDICE

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	3
HECHOS	4
COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO.....	9
PRETENSIONES	9
JURAMENTO ESTIMATORIO.....	10
PROCEDIMIENTO Y CUANTÍA.....	10
PRUEBAS	10
FUNDAMENTOS DE DERECHO.....	11
COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO PARA CONOCER DE LA DEMANDA ARBITRAL:.....	12
a) Principio Kompetenz–Kompetenz:.....	12
b) Principio de buena fe:.....	13
c) Principio in dubio pro arbitris:.....	15
ALCANCE DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA:	16
REAJUSTE DE PRECIO POR ALTERACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO EN CALI Y EL CONFINAMIENTO DE LA POBLACIÓN CIVIL:.....	23
REAJUSTE DE PRECIO POR LA PÉRDIDA MEDIANTE SENTENCIA JUDICIAL DEL INMUEBLE DONDE OPERABAN LAS OFICINAS ADMINISTRATIVAS DE DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S.:.....	27
RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA DE ACCIONES FIRMADO POR ELECTROTECH S.A. Y MAGRAVI S.A.S. COMO VENEDORES Y EL HOLDING M&B S.A. COMO COMPRADOR:	31
NOTIFICACIONES	34

INTRODUCCIÓN

Como apoderados del **HOLDING M&B S.A.**, nos dirigimos a este honorable tribunal de arbitramento para presentar una demanda relacionada con un conflicto surgido de la ejecución e interpretación de un contrato de compraventa de acciones. El presente memorial así lo justifica. Esta acción se inicia debido a una serie de eventos y situaciones que han tenido un impacto importante en los intereses comerciales, legales y económicos del demandante, dando lugar a unos problemas jurídicos que necesitan de la intervención de este tribunal para ser resueltos. Para el efecto, se abordarán temas como: el reajuste del precio en los parámetros consagrados y estipulados en el contrato de compraventa de acciones y los parámetros factuales de alteración del orden público, y la resolución del contrato de compraventa de acciones por incumplimientos de los contratantes, o por la imposibilidad de seguir desarrollando el objeto del contrato.

La demanda se sustenta en bases sólidas respaldadas por pruebas substanciales, legales y factuales que claramente demuestran la existencia de derechos vulnerados y daños sufridos por **HOLDING M&B S.A.** Además, utilizaremos **DIFERENTES FUENTES DEL DERECHO**, como los principios generales del derecho, ley, jurisprudencia de las altas cortes de Colombia, doctrina nacional e internacional en virtud del derecho comparado, trayendo a colación algunos principios adoptados en Estados Unidos y la Unión Europea sobre el asunto en concreto. Durante el transcurrir del presente memorial, se presentarán en detalle los eventos importantes, las bases legales que respaldan nuestra demanda y las pruebas documentales que apoyan nuestra postura.

Por lo tanto, pedimos respetuosamente a este Honorable Tribunal de Arbitramento que tome en cuenta cuidadosamente los argumentos presentados en este memorial, y que se haga justicia concediendo el remedio adecuado según la ley, los principios generales del derecho, la jurisprudencia y la doctrina. Confiamos plenamente en la idoneidad y la imparcial del tribunal de arbitramento frente a la aplicación de la ley para emitir una resolución equitativa y justa de este conflicto comercial.

A continuación, sin necesidad de más introducción, se expondrán las reclamaciones concretas, las pretensiones a las que haya lugar, los argumentos legales y las pruebas relevantes que respaldan la demanda de **HOLDING M&B S.A.**

Cali, veintitrés de octubre del dos mil veintitrés (23/10/2023)

Señores,

CENTRO DE CONCILIACIÓN, ARBITRAJE Y AMIGABLE COMPOSICIÓN DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE CALI E.S.D.

Asunto: **DEMANDA ARBITRAL**

Demandante: **HOLDING M&B S.A.**

Demandados: **HOLDING DÁVILA VÉLEZ & CIA S. en C., ELECTROTECH S.A. y MAGRAVI S.A.S.**

Por medio del presente escrito, **VALERIA ECHEVERRY PARRA**, mayor de edad, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.088.349.723 y tarjeta profesional No. 385781 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura; y **CRISTIAN CAMILO OCAMPO OCAMPO**, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.088.358.759 y tarjeta profesional No. 385780 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, actuando como apoderados de **HOLDING M&B S.A.**, acudimos a este despacho para interponer demanda arbitral en contra de **HOLDING DÁVILA VÉLEZ & CIA S. en C., ELECTROTECH S.A. y MAGRAVI S.A.S.**, basándonos en los siguientes:

HECHOS

1. En el año **DOS MIL SIETE (2007)**, las empresas **ELECTROTECH S.A. y MAGRAVI S.A.S.** (filial de **ELECTROTECH S.A.**) adquirieron la totalidad de las acciones de **DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S.**; **ELECTROTECH S.A.** adquirió el **SETENTA Y DOS POR CIENTO (72%)** y **MAGRAVI S.A.S.** adquirió el **VEINTIOCHO POR CIENTO (28%)** restante.
2. En el año **DOS MIL VEINTE (2020)**, el CEO de la **ORGANIZACIÓN MEJÍA BERBERI S.A.** remitió a la junta directiva de la **ORGANIZACIÓN BEATRIZ DÁVILA** (propietaria de **HOLDING DÁVILA VÉLEZ & CIA S. en C., ELECTROTECH S.A. y MAGRAVI S.A.S.**) una oferta de compra por las acciones de **DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S.**
3. Para llevar el negocio planteado a cabo, los representantes legales de **HOLDING DÁVILA VÉLEZ & CIA S. en C. y HOLDING M&B S.A.** suscribieron un memorando de entendimiento para fijar las reglas de la negociación el día **VEINTITRÉS DE FEBRERO DEL DOS MIL VEINTIDÓS (23/02/2022)**, memorando en el cual se pactó la cláusula compromisoria que permitía dirimir los

conflictos por medio del arbitraje nacional. Firmado este memorial por las partes, **HOLDING DÁVILA VÉLEZ & CIA S. en C.** se dispuso a remitir la información solicitada por el potencial comprador, que sería la base del estudio del *due diligence*.

4. Conforme al resultado del informe consolidado del *due diligence* en donde se encontraron ciertos **PENDIENTES LEGALES** (particularmente el proceso civil de nulidad absoluta del contrato de compraventa sobre el inmueble donde operaban las oficinas administrativas de **DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S.**), se inició la construcción del contrato de compraventa de acciones por parte de la **ORGANIZACIÓN MEJÍA BARBERI** junto con sus asesores para que, posterior a la terminación de la construcción de este contrato, existiera una discusión conjunta del clausulado y las obligaciones de cada parte. En dicho contrato fungirían **HOLDING M&B S.A.** como comprador, y **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.** como vendedores.
5. Las condiciones de la compraventa de acciones eran las siguientes: **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.** transferirían la totalidad de las acciones que tienen en **DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S.** a favor de **HOLDING M&B S.A.** por un precio de venta de **UNO PUNTO OCHO BILLONES DE PESOS MCTE (1.800.000.000.000)**.
6. **HOLDING M&B S.A.** a su vez, transferiría a título de pago el **DIECIOCHO POR CIENTO (18%)** de las acciones de **CEMENTOS COSMOS S.A.** avaluadas en **OCHOCIENTOS SESENTA MIL MILLONES DE PESOS (\$860.000.000.000)**, y pagaría en efectivo **NOVECIENTOS CUARENTA MIL MILLONES DE PESOS (\$940.000.000.000)** diferidos en **TRES (3)** pagos: el primer pago debería realizarse por el **CUARENTA POR CIENTO (40%)** en la misma fecha de la firma del contrato de compraventa de acciones, es decir, el día **VEINTIOCHO DE DICIEMBRE DEL DOS MIL VEINTIDÓS (28/12/2022)**; el segundo pago debería realizarse por el **TREINTA POR CIENTO (30%)** el día **VEINTIOCHO DE JUNIO DEL DOS MIL VEINTITRÉS (28/06/2023)**; y el último pago debería realizarse por el **TREINTA POR CIENTO (30%)** el día **VEINTIOCHO DE DICIEMBRE DEL DOS MIL VEINTITRÉS (28/12/2023)**.
7. Además de ello, se acordó que las acciones de **DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S.** se transferirían al comprador el mismo día en que se realizara la firma del contrato de compraventa de acciones, transferencia que se realizó con éxito. Las partes también acordaron que cinco días después de firmado el contrato de compraventa de acciones, es decir, el día **DOS DE ENERO DEL 2023 (02/01/2023)**, se transferirían las acciones de **CEMENTOS COSMOS S.A.**, transferencia que también se realizó con total éxito.
8. En el contrato de compraventa de acciones se estableció también un doble mecanismo de protección para las partes ante eventuales modificaciones del estado del negocio en marcha objeto de adquisición, estos son: un mecanismo de ajuste del precio (Cláusula Octava), el cual se basa en las siguientes causales:
 - a) *Que se encontraran en **DOURO** pasivos laborales adicionales a los **TREINTA Y OCHO (38)** procesos revelados en el Anexo de Revelaciones del Contrato, cuya causa sea anterior a la fecha de firma del mismo;*

- b) Que, por cualquier causa, **DOURO** perdiera acceso al inmueble donde operaba el Joint Venture con **SUNPOWER** y **LAFARGEHOLCIM**.*
- c) Que se encontraran créditos u obligaciones financieras adicionales a los consignados en el Anexo de Revelaciones.*

Además de lo anterior, se pactó un capítulo de indemnidades (Cláusula Décima) y se estableció el procedimiento para alegar alguno de los mecanismos antes mencionados (Cláusula Undécima).

9. En las disposiciones finales del contrato quedó estipulado que el memorando de entendimiento firmado anteriormente por los representantes legales de **HOLDING DÁVILA VÉLEZ & CIA S. en C.** y **HOLDING M&B S.A.** se entendería incorporado como parte esencial del contrato de compraventa de acciones.
10. El día **VEINTIOCHO DE DICIEMBRE DEL DOS MIL VEINTIDÓS (28/12/2022)** se firmó por las partes el contrato de compraventa de acciones, y se acordó que **CINCO (5) DÍAS** después, **HOLDING M&B S.A.** transferiría las acciones de **CEMENTOS COSMOS S.A.** a la empresa **ELECTROTECH S.A.**, cuestión que se cumplió a cabalidad.
11. El día **Dieciocho de Abril del Dos Mil Veintitrés (18/04/2023)** se empezaron a presentar en el Departamento del Valle del Cauca y particularmente en la ciudad de Cali, graves situaciones de inseguridad y alteración del orden público que obligaron al Gobierno Nacional a decretar medidas de confinamiento para toda la población civil, situación que se extendió durante varios meses.
12. El día **Veinte de Abril del Dos Mil Veintitrés (20/04/2023)** se tenía planeado realizar un evento por parte de **DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S.** en el que se realizaría el lanzamiento de una sala de realidad virtual inmersiva en el parque tecnológico donde funcionaban las oficinas principales de **DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S.**; se tenía estimado que a este evento asistiese la ministra de ambiente y desarrollo sostenible y otras figuras representativas del gobierno nacional. Este evento no pudo llevarse a cabo por la situación presentada en la ciudad de Cali y que se menciona en el numeral anterior.
13. Por la situación presentada el día **Dieciocho de Abril del Dos Mil Veintitrés (18/04/2023)**, los ingresos de **DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S.** se disminuyeron a **CERO (0)** durante los meses que duró el confinamiento decretado por el gobierno nacional.
14. El día **Dieciocho de Junio del Dos Mil Veintitrés (18/06/2023)**, **HOLDING M&B S.A.** envió una comunicación a los vendedores en la que solicitó que, antes de realizar el segundo pago pactado, se reajustara el precio del contrato. Se argumentó la cesación de operaciones que había tenido que llevar a cabo **DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S.** por la situación de orden público presentada en la ciudad de Cali. Además, se tuvieron que suspender el desarrollo de obras, proyectos, y se tuvo que cerrar temporalmente el parque tecnológico debido a la situación de emergencia mencionada en el hecho número 11 y la imposibilidad de llevar a cabo la inauguración prevista en el hecho número 12.
15. **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.** se negaron a la solicitud de reajuste del precio presentada por **HOLDING M&B S.A.** aduciendo lo siguiente:

- a) La interrupción del objeto social no había sido prevista como causal de Ajuste del Precio;
 - b) El cierre sería temporal y pasajero, dado que el Gobierno Nacional estaba adelantando todas las gestiones pertinentes para reestablecer el orden público en la ciudad de Cali y en el Departamento del Valle del Cauca;
 - c) Los Vendedores solamente se habían obligado a entregar las acciones, títulos negociables, que conferirían los derechos políticos y económicos sobre la sociedad, que era un negocio sometido a riesgos como cualquier otro.
16. Ante la respuesta de **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.**, **HOLDING M&B S.A.** radicó una nueva comunicación en la que argumentaba que, de no llegar a un acuerdo dentro de los **TREINTA (30) DÍAS** próximos a la fecha de la comunicación referente a la renegociación del precio del contrato, no se realizaría el segundo pago pactado en el contrato de compraventa de acciones y se convocaría el tribunal de arbitramento pactado en el memorando de entendimiento solicitando el reajuste forzoso del precio y/o la resolución del contrato de compraventa de acciones.
17. Conocida la posición de **HOLDING M&B S.A.**, **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.** enviaron una respuesta a la comunicación recibida informando que desde el día **VEINTINUEVE DE JUNIO DEL DOS MIL VEINTITRÉS (29/06/2023)** se generarían y contabilizarían intereses de mora sobre el valor del pactado en el contrato como segundo pago, reservándose el derecho de demandar ejecutivamente el contrato para solicitar el pago. Además, advirtieron que la cláusula arbitral planteada en el memorando de entendimiento no los vinculaba a ellos, por cuanto se había suscrito entre su matriz **HOLDING DÁVILA VÉLEZ & CÍA S. en C.** y **HOLDING M&B S.A.**; alegan que el contrato de compraventa de acciones firmado entre **HOLDING M&B S.A.** y **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.** carecía de cláusula compromisoria que los obligara a comparecer a un tribunal de arbitramento.
18. El día **CATORCE DE AGOSTO DE DOS MIL VEINTITRÉS (14/08/2023)** se realizó una mesa de conciliación para intentar llegar a un arreglo sobre el futuro del Contrato de Compraventa de Acciones y de **DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S.** Durante el desarrollo de esta, el representante de **HOLDING M&B S.A.** manifestó que, en caso de no llegar a un acuerdo sobre al menos un **CINCUENTA POR CIENTO (50%)** de remisión o deducción definitiva del Precio Pendiente, demandaría para deshacer la negociación, pues él “no había comprado un negocio en coma”. Ambas partes acordaron suspender la reunión por **OCHO (8) DÍAS** para ‘probar números internamente’.
19. El día **DIECINUEVE DE AGOSTO DEL DOS MIL VEINTITRÉS (19/08/2023)**, el juzgado primero civil del circuito notificó a **HOLDING M&B S.A.** la sentencia que declaraba la nulidad absoluta del contrato de compraventa del inmueble donde funcionaban las oficinas principales de **DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S.** y el parque tecnológico construido bajo contrato de **JOINT VENTURE** con las empresas **SUNPOWER** y **LAFARGEHOLCIM**; Además, el juzgado ordenaba la entrega forzosa del bien inmueble en un término de **TREINTA (30) DÍAS** desde la ejecutoria del fallo.

20. Este fallo en contra de **DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S.** trae consigo un perjuicio aparte del que se desprende por la pérdida del inmueble, este se configura en el sentido de que **DOURO** sería el responsable si se llegaba a perder el acceso al inmueble donde se construía un parque tecnológico con **SUNPOWER** y **LAFARGEHOLCIM**, y además de ello tendría que pagar la inversión realizada por estos últimos, doblada a título de sanción.
21. El día **VEINTIDÓS DE AGOSTO DEL DOS MIL VEINTITRÉS (22/08/2023)**, se reanudó la mesa de conciliación entre las partes. El representante de **HOLDING M&B S.A.** comunicó que, además del **CINCUENTA POR CIENTO (50%)** de reducción del precio pendiente pretendido en la mesa de conciliación anterior, debían sumarse los perjuicios emanados de la sentencia que despojaba a **DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S.** del inmueble donde funcionaban las oficinas principales de la empresa y el parque tecnológico construido; adicionó que estaban tasando y cuantificando los perjuicios.
22. Manifestó también el representante de **HOLDING M&B S.A.** que, como última oferta, pagaría a **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.** la suma total de **CUARENTA MIL MILLONES DE PESOS MCTE (COP\$40.000.000.000)**, como segundo y último pago según otrosí a suscribirse entre las partes ese día o a más tardar el día siguiente. El representante de la **ORGANIZACIÓN BEATRIZ DÁVILA** anunció que no aceptaría la propuesta y que demandaría el pago íntegro del precio pendiente.
23. El día **SEIS DE OCTUBRE DEL DOS MIL VEINTITRÉS (06/10/2023)**, **HOLDING M&B S.A.** envió una comunicación al representante de **ORGANIZACIÓN BEATRIZ DÁVILA**, en donde adjuntaba en un CD la copia digital de la sentencia que despojó a **DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S.** de sus oficinas principales y parque tecnológico (Rad. No. 2011-0023 del Juzgado Primero Civil del Circuito de Cali), y, además, adjuntó un estudio financiero según el cual dicha sentencia implicaba una pérdida para **DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S.** de aproximadamente **QUINIENTOS MIL MILLONES DE PESOS MCTE (COP\$500.000.000.000)**.
24. El día **QUINCE DE OCTUBRE DEL DOS MIL VEINTITRÉS (15/10/2023)**, los representantes legales de **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.** respondieron la comunicación señalando que en la reunión del **VEINTIDÓS DE AGOSTO DEL DOS MIL VEINTITRÉS (22/08/2023)** no se notificó, ni se podía notificar dicha reclamación, pues esta debía hacerse por escrito de conformidad con la Cláusula Undécima del Contrato de Compraventa de Acciones; y que, si esta primera carta que se estaba respondiendo fuera dicha reclamación, entonces el término de un mes para reclamar el ajuste del precio por la sentencia del inmueble ya había vencido. Por último, le reiteró que estaba en mora de realizar el segundo pago de las acciones.
25. **HOLDING M&B S.A.** rechazó por escrito la anterior comunicación, señalando que los términos de caducidad de las acciones para reclamar derechos nacidos de contratos eran un asunto de orden público, y de la limitación de un mes era nula por objeto ilícito.

COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO

Las partes firmantes del Contrato de Compraventa de Acciones, a saber: **HOLDING M&B S.A.** como la parte compradora y **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.** como la parte vendedora, incorporaron de manera integral en el mismo el Memorando de Entendimiento relacionado en el numeral **TRES (3)** del acápite de hechos del presente documento, en adelante el **MOU**, en el cual se estableció que: *“Todo conflicto patrimonial, interpretativo o de cualquier otro tipo con naturaleza transigible, relacionado con la negociación de **DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S.**, que surgiera entre **HOLDING DÁVILA VÉLEZ & CÍA S. en C.** y **HOLDING M&B S.A.**, sería resuelto en única instancia por un tribunal de arbitramento con sede en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cali”*¹.

Sustentado igualmente en los artículos 3 y 4 del Estatuto Arbitral (Ley 1563 del 2012) donde nos enuncia que la cláusula compromisoria podrá estar consagrada dentro del contrato o constar en documento separado referido inequívocamente a él, cuestión que sucede en el caso que nos ocupa, pues en el **MOU** se pactó la cláusula compromisoria, y luego inequívocamente se agregó como forma integral del Contrato de Compraventa de Acciones. Igualmente, también debemos basarnos en tres principios del Arbitraje Nacional, utilizados también en Arbitraje Internacional: a) Principio Kompetenz–Kompetenz. b) Principio de buena fe. c) Principio in dubio pro arbitris.

PRETENSIONES

Principal:

- Solicitamos que se declare el reajuste forzoso del precio pendiente del **CONTRATO DE COMPRAVENTA DE ACCIONES**, tanto por la situación de orden público que se vivió en la ciudad de Cali y que detuvo las operaciones económicas de **DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S.**; como por el perjuicio causado por la entrega forzosa del bien inmueble donde funcionaban las oficinas principales de **DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S.** y el parque tecnológico construido con las empresas **SUNPOWER** y **LAFARGEHOLCIM**. Para el efecto, tasamos la cuantía del reajuste forzoso del precio en un valor de **QUINIENTOS VEINTICUATRO MIL MILLONES DE PESOS MCTE (COP\$524.000.000.000)** por ambos sucesos.

Subsidiaria:

- Solicitamos la resolución del **CONTRATO DE COMPRAVENTA DE ACCIONES** celebrado entre **HOLDING M&B S.A.** como comprador, y **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.** como vendedores; contrato tendiente a adquirir las acciones de la sociedad **DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S.** debido al incumplimiento contractual en dos escenarios: el primero con la negativa de

¹ Memorando de Entendimiento (MOU) suscrito entre **HOLDING DÁVILA VÉLEZ & CÍA S. en C.** y **HOLDING M&B S.A.**, 2022.

reajustar el precio, y el segundo por la imposibilidad de continuar explotando el objeto social de la empresa que se había adquirido por **HOLDING M&B S.A.**

JURAMENTO ESTIMATORIO

De acuerdo con lo estipulado por el Artículo **DOSCIENTOS SEIS (206)** de Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), solicito ante ustedes, señores integrantes del Tribunal de Arbitramento y declaro bajo la gravedad de juramento que la cuantía pretendida en el presente conflicto a título de reajuste forzoso de precio, que nació de un Contrato de Compraventa de Acciones, corresponde a la suma de **QUINIENTOS VEINTICUATRO MIL MILLONES DE PESOS MCTE (COP\$524.000.000.000)** discriminados de la siguiente manera:

Reajuste por la situación de orden público y posterior confinamiento vivido en la ciudad de Cali, Valle del Cauca.	Veinticuatro mil millones de pesos MCTE (COP\$24.000.000.000)
Reajuste por la pérdida del inmueble suscitada por sentencia judicial en firme en declaratoria de nulidad absoluta.	Quinientos mil millones de pesos MCTE (COP\$500.000.000.000)
TOTAL	Quinientos veinticuatro mil millones de pesos MCTE (COP\$524.000.000.000)

PROCEDIMIENTO Y CUANTÍA

De conformidad con la cláusula compromisoria contenida en Memorando de Entendimiento, inequívocamente referido y añadido por las partes como parte integrante del Contrato de Compraventa de Acciones, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cali es competente para administrar el presente arbitraje, que se registrará por la Ley 1563 de 2012 (Estatuto Arbitral) y con el Reglamento del Centro.

La cuantía del presente proceso la estimamos en la suma de **QUINIENTOS VEINTICUATRO MIL MILLONES DE PESOS MCTE (COP\$524.000.000.000)**. De conformidad con el artículo **DOS (2)** de la Ley 1563 de 2012 (Estatuto Arbitral), el presente proceso arbitral es de mayor cuantía.

PRUEBAS

1. Memorando de entendimiento suscrito el 23 de febrero de 2022.
2. Contrato de compraventa de acciones suscrito el 28 de diciembre de 2022
3. Comunicación del 18 de junio de 2023 (contemplada en el numeral 17)
4. Comunicación del 20 de junio de 2023 (Contemplada en el numeral 18)

5. Comunicación del 28 de junio de 2023 (Contemplada en el numeral 19)
6. Comunicación del 7 de julio de 2023 (contemplada en el numeral 20)
7. Acta de la mesa de conciliación del 14 de agosto de 2023
8. Acta de reunión del 22 de agosto de 2023 (de que trata el numeral 24)
9. Comunicación del 6 de octubre de 2023 (De que trata el numeral 25)
10. Informe de *Due Diligence*
11. Copia digital del expediente donde se declara la nulidad absoluta.
12. Soporte del pago pactado para el 28 de diciembre de 2022.
13. Certificados de existencia y representación legal de:
 - 13.1. DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S
 - 13.2. ELECTROTECH S.A.
 - 13.3. MAGRAVI S.A.S
 - 13.4. ORGANIZACIÓN BEATRIZ DÁVILA
 - 13.5. HOLDING DÁVILA VÉLEZ & CÍA S en C
 - 13.6. ORGANIZACIÓN MEJÍA - BARBERI
 - 13.7. CEMENTOS COSMOS S.A.
 - 13.8. HOLDING M&B S.A
 - 13.9. SUNPOWER
 - 13.10. LAFARGEHOLCIM
14. Actas donde constan las transferencias de acciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Los fundamentos de derecho los dividiremos en cinco grandes capítulos, que desglosaremos cuidadosamente para entregar al Tribunal de Arbitramento las tesis necesarias para obtener un fallo en derecho que sea justo y resarcitorio para la parte actora, principal afectada del conflicto suscitado a lo largo del presente memorial. Los capítulos serán los siguientes:

1. Competencia del tribunal de arbitramento para conocer de la demanda arbitral.
2. Alcance de la cláusula compromisoria.
3. Reajuste del precio por los graves problemas de seguridad y de alteración del orden público presentados en la ciudad de Cali, que obligaron al Gobierno Nacional a decretar medidas de confinamiento a toda la población civil.
4. Reajuste del precio por la declaratoria judicial de nulidad absoluta del contrato de compraventa del inmueble donde operaban las oficinas administrativas de **DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S.**
5. Resolución del contrato de compraventa de acciones firmado por **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.** como vendedores y la **HOLDING M&B S.A.** como comprador del **CIEN POR CIENTO (100%)** de las acciones de **DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S.**

COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO PARA CONOCER DE LA DEMANDA ARBITRAL:

Para referirnos a la competencia que tiene el tribunal de arbitramento para decidir sobre la cuestión incoada en la presente demanda, procederemos a sustentarlo en **TRES (3)** principios del Arbitraje Nacional, utilizados también en Arbitraje Internacional, los cuales son: a) Principio Kompetenz–Kompetenz. b) Principio de buena fe. c) Principio in dubio pro arbitris.

- a) **Principio Kompetenz–Kompetenz:** La sentencia SU–174/2007, establece lo siguiente: *“Sin embargo, el principio kompetenz-kompetenz les confiere a los árbitros un margen interpretativo autónomo para definir el alcance de su propia competencia, y se deriva de la proposición según la cual no ha de descartarse prima facie que las partes habilitantes han confiado en la capacidad de los árbitros de adoptar decisiones definitivas en relación con los conflictos que se someten a su conocimiento; el principio kompetenz-kompetenz permite, así, que los árbitros sean los primeros jueces de su propia competencia, con anterioridad a cualquier instancia judicial activada por las partes”*². Al tenor de este principio, la competencia primerísima en un tribunal de arbitramento les compete exclusivamente a los árbitros que lo integran, pudiendo entonces ejercer su primer acto como la figura que preside el tribunal estableciendo si la cuestión que se le somete es de su competencia o no, privando en consecuencia a la justicia ordinaria en primera instancia para resolver de fondo sobre el conflicto, alegando la existencia de un pacto arbitral o cláusula compromisoria. Como lo establece también la sentencia, a los árbitros se les confiere un margen interpretativo autónomo para decidir, so pena de recurso de reposición y anulación, si tiene o no la competencia para decidir de fondo sobre el asunto que se le somete a su conocimiento. Ahora bien, esto reposa en el ordenamiento legal colombiano, más específicamente en el artículo **VEINTINUEVE (29)** de la ley 1563 del 2012, el cual establece que *“El tribunal de arbitraje es competente para resolver sobre su propia competencia y su decisión prevalece sobre cualquier otra proferida en sentido contrario por un juez ordinario o contencioso administrativo”*³, significa ello que el árbitro es juez para decidir sobre su propia competencia, y que sea cual sea la decisión que tome sobre ese asunto, prevalecerá sobre cualquier decisión que pudiere tomar un juez ordinario al que se sometiese el asunto.

Al mismo tenor reza el artículo **TREINTA (30)** de la ley 1563 del 2012 (estatuto arbitral), en el cual se especifica que, en la primera audiencia de trámite, la primera decisión *“resolverá sobre su propia competencia para decidir de fondo la controversia mediante auto que solo es susceptible de recurso de reposición”*⁴.

² Corte Constitucional de Colombia, M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, Sentencia SU-174/07 (Bogotá, relatoría de la Corte Constitucional, 2007).

³ Congreso de la República de Colombia, Ley 1563 del 2012, por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones, (Bogotá, secretaría del Senado de la República de Colombia, 2012).

⁴ Congreso de la República de Colombia, Ley 1563 del 2012, por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones, (Bogotá, secretaría del Senado de la República de Colombia, 2012).

Como también lo expresa Eduardo Silva Romera, “*el principio de competence-competence, entretanto, les permite a los árbitros pronunciarse sobre la validez o existencia de la cláusula arbitral. La existencia de estos dos principios es justamente la que, a juicio de la doctrina, le da sentido y razón de ser al arbitramento*”⁵.

- b) Principio de buena fe:** Apoyándonos en la norma de normas (Constitución Política de Colombia) que rige a todos los colombianos, establece en su artículo **OCHENTA Y TRES (83)** que todas las actuaciones de los particulares y entidades públicas, así como las gestiones que estos adelanten, deben de procurar por hacerlo apegándose a los postulados de la buena fe, y en cualquier actuación o gestión deberá presumirse la buena fe.

Apegándonos a los preceptos de la buena fe en las relaciones negociales comerciales, tenemos necesariamente que revisar la postura de **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.**, quienes claramente y de manera inequívoca, demuestran su voluntad libre de error y de vicios de incorporar el Memorando de Entendimiento como parte integrante del Contrato de Compraventa de Acciones, como lo estipularon los contratantes en las disposiciones finales del Contrato de Compraventa de Acciones, así: “*El MOU se entiende incorporado como parte integrante del Contrato de Compraventa de Acciones; y, asimismo, que dicho contrato regulaba la voluntad conjunta y definitiva de las partes*”⁶.

Sin embargo, **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.**, suscribientes del Contrato de Compraventa de Acciones, alegan que no son signatarios del Memorando de Entendimiento que contiene la Cláusula Compromisoria, desconociendo que su voluntad inicial, que no estaba viciada, era incorporar el MOU al Contrato de Compraventa de Acciones. Además, parecen desconocer que **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.** son compañías controladas por la matriz **HOLDING DÁVILA VÉLEZ & CÍA S en C.**; y que, si bien la matriz no es firmante del Contrato de Compraventa de Acciones, sí es firmante del Memorando de Entendimiento que contiene la Cláusula Compromisoria, lo que obliga a **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.** a comparecer al Tribunal de Arbitramento, pero también se obliga la matriz **HOLDING DÁVILA VÉLEZ & CÍA S en C.** a comparecer al Tribunal de Arbitramento como responsable solidaria en todo el proceso.

Al efecto, Díaz-Candia explica este punto a detalle de la siguiente forma: “*(...) extender y aplicar un acuerdo de arbitraje a una parte no signataria —con base en el principio de buena fe— puede efectuarse en un nivel jurídico, de interpretación, concluyendo que el acuerdo incluye en su texto (literal o implícito) a una persona separada y distinta en forma, pero del mismo grupo jurídico que la suscriptora (Mata Palacios; Tovar y Pigna, 2011). También puede concluirse, a nivel de hechos, que ambas personas son una misma (o que como tal deben ser tratadas), al menos a efectos específicos de su vinculación del acuerdo de arbitraje (por ejemplo, bajo el levantamiento del velo corporativo). A una conclusión similar (extensión del acuerdo*

⁵ Corte Constitucional de Colombia, M.P. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO, Sentencia T-244/07 (Bogotá, relatoría de la Corte Constitucional, 2007).

⁶ Contrato de compraventa de acciones suscrito entre **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.** como la parte vendedora, y **HOLDING M&B S.A.** como la parte compradora.

de arbitraje), e invocando la buena fe, puede llegarse con las palabras del acuerdo, con los hechos de las partes, o con una mezcla de todo lo anterior”⁷.

Adicionalmente, el Código de Comercio de Colombia (decreto 410 de 1971), en su artículo **SÉPTIMO (7)** reconoce que, aparte de las fuentes formales nacionales de interpretación, pueden coexistir también las fuentes formales internacionales de interpretación, así: *“Los tratados o convenciones internacionales de comercio no ratificados por Colombia, la costumbre mercantil internacional que reúna las condiciones del **ARTÍCULO 30.**, así como los principios generales del derecho comercial, podrán aplicarse a las cuestiones mercantiles que no puedan resolverse conforme a las reglas precedentes”⁸*. Refiriéndonos exclusivamente a la materia del Derecho Comercial, podemos reconocer como **FUENTE FORMAL INTERNACIONAL A LA LEX MERCATORIA**, que trae como postulado fundamental el principio de la buena fe; y teniendo en cuenta que los laudos arbitrales internacionales hacen parte de dicha Lex Mercatoria, podríamos entonces considerar dichos laudos como un criterio formal internacional de interpretación para cualquier autoridad judicial en Colombia, desde árbitros hasta jueces de la República. Aunado a los principios antes mencionados, se puede incluir también el de la libertad contractual, que nos permite contratar con otra persona, natural o jurídica, cualquier negocio, mientras que no se contraríen los preceptos de buena fe y orden público.

Para el efecto, Díaz–Candia desglosa los elementos que dan vida a un negocio jurídico, y que gozan de buena fe, *“El concepto de buena fe relevante para el arbitraje se contrae a la lealtad y probidad en: (i) la formación (negociación), integración e interpretación de textos jurídicos (tratados, leyes y contratos — incluyendo acuerdos de arbitraje—); y, (ii) la conclusión y la ejecución de actos con trascendencia jurídica. Alguno de los criterios que la definen son: “rectitud, honradez; criterio de conducta al que ha de adaptarse el comportamiento honesto de los sujetos del derecho en las relaciones bilaterales; comportamiento adecuado a las expectativas de la otra parte”⁹.*

Por medio de este principio, buscamos que el tribunal de arbitramento, una vez aceptada la demanda arbitral, pueda vincular a **ELECTROTECH S.A.** y a **MAGRAVI S.A.S.** al proceso por ser terceros vinculados del pacto arbitral. Estas sociedades son signatarias del Contrato de Compraventa de Acciones en el cual, por voluntad de los contratantes, se añadió como parte integrante del Contrato de Compraventa de Acciones el Memorando de Entendimiento donde consta la cláusula compromisoria, otorgando plena competencia al Tribunal de Arbitramento para conocer y dirimir los conflictos suscitados por las partes en el desarrollo del Contrato de Compraventa de Acciones. Díaz–Candia nos introduce en el alcance de la cláusula compromisoria o pacto arbitral a terceros, y que estos, a pesar de no haber sido partes

⁷ Díaz Candia, Hernando, Otra Mirada Al Principio De Buena Fe En El Arbitraje Internacional (Colombia Revista Foro Derecho Mercantil N°:67, 2020), p.p. 7-31.

⁸ Congreso de la República de Colombia, Decreto 410 de 1971, Por el cual se expide el Código de Comercio, (Bogotá, secretaría del Senado de la República de Colombia).

⁹ Díaz Candia, Hernando, Otra Mirada Al Principio De Buena Fe En El Arbitraje Internacional (Colombia, Revista Foro Derecho Mercantil N°:67, 2020), p.p. 7-31.

firmantes del pacto arbitral o cláusula compromisoria, se beneficiaron directamente del contrato estratégica y económicamente: *“El acuerdo de arbitraje, en sí mismo, debe ser integrado e interpretado teniendo en cuenta la buena fe, en temas como su extensión a partes no signatarias. La integración y la interpretación de contratos y de acuerdos de arbitraje son temas, en principio, jurídicos, asimilables a la interpretación de leyes y tratados”*¹⁰.

- c) **Principio in dubio pro arbitris:** El principio in dubio pro arbitris también conocido como el principio pro-arbitraje, nos trae como presupuesto que siempre que exista una duda frente a la validez de la cláusula compromisoria o pacto arbitral, o la competencia del tribunal de arbitramento, dicha duda deberá resolverse favorablemente (tanto para resolver la competencia del tribunal de arbitramento, como para resolver los conflictos de validez del pacto arbitral o cláusula compromisoria). Dando un vistazo al derecho comparado y haciendo una revisión de la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos, particularmente en los casos de **MITSUBISHI MOTORS CORP C. SOLER CHRYSLER-PLYMOUTH, INC.** y **FIRST OPTIONS OF CHICAGO C. KAPLAN**; y a su vez la decisión de la **OBERANDESRICHTS OF DE MUNICH DE 8 DE FEBRERO DE 1991**, en las cuales la Suprema Corte de los Estados Unidos tomó una posición similar donde se enuncia lo siguiente: *“principio de interpretación pro-arbitraje implica que, de existir alguna duda sobre la vigencia, alcance y/o efectos de un acuerdo de arbitraje, esta debe ser resuelta a favor del arbitraje”*¹¹.

En Colombia, la aplicación del principio pro-arbitraje es similar a la establecida por la Suprema Corte de los Estados Unidos como lo enuncia la Superintendencia de Sociedades de Colombia, por medio del auto 800-00302/026558 de **ENERO (01) VEINTIOCHO (28) DE DOS MIL VEINTE (2020)**, donde hace referencia al principio citado como un mecanismo que hace prevalecer el arbitraje sobre la jurisdicción ordinaria, y dándole así la capacidad y potestad al tribunal de arbitramento frente a una situación en la cual, desde su inicio, debía ser de su conocimiento. *“El denominado principio pro-arbitraje por virtud del cual, y en palabras de la Corte Suprema de Justicia, se prefiere la interpretación que favorezca la validez de este mecanismo y de prevalencia a la intención de las partes de sustraer la controversia de la justicia estatal”*¹².

Siempre se debe velar por la intención real de las partes respecto de dirimir sus controversias por medio de un tribunal de arbitramento, dicha voluntad debe ser expresa de manera inequívoca, pero en las situaciones que las partes no expresen de manera inequívoca su voluntad de dirimir sus controversias por medio de un tribunal de arbitramento, se deberá realizar un análisis frente a la naturaleza de la controversia, quien son las partes legitimadas, tanto por activa como por pasiva, los

¹⁰ Díaz Candia, Hernando, Otra Mirada Al Principio De Buena Fe En El Arbitraje Internacional (Colombia Revista Foro Derecho Mercantil N°:67, 2020), p.p. 7-31.

¹¹ Díaz Candia, Hernando, Otra Mirada Al Principio De Buena Fe En El Arbitraje Internacional (Colombia, Revista Foro Derecho Mercantil N°:67, 2020), p.p. 7-31.

¹² Superintendencia de Sociedades de Colombia, Auto 800-00302/026558 de enero 28 de 2020 (Bogotá, Repositorio de Jurisprudencia Mercantil, 2020).

incumplimientos a que se dieron lugar, el clausulado contractual, las pretensiones y los hechos, para que así el tribunal de arbitramento pueda reconocer su competencia frente al tema en concreto. *“Sin embargo, cuando no es posible establecer la real intención de las partes a pesar de un análisis exhaustivo del texto contractual, es pertinente establecer una presunción a favor del arbitraje en virtud del principio in dubio pro arbitris”*¹³.

En este caso concreto se puede visualizar la voluntad expresa de manera inequívoca por parte de la **HOLDING M&B S.A.** y la **HOLDING DÁVILA VÉLEZ & CÍA S. en C.** de dirimir sus controversias por medio de un tribunal de arbitramento de establecer en la etapa precontractual del contrato de compraventa, y a su vez la voluntad de **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.** de vincular dicho pacto arbitral al contrato de compraventa de acciones firmado por ambas sociedades como las partes vendedoras, y la **HOLDING M&B S.A.** como la parte compradora.

ALCANCE DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA:

En el recorrido del desarrollo de los fundamentos de derecho, hemos establecido nuestra posición sobre que **LOS TERCEROS QUE SON PARTES VINCULANTES EN EL CONTRATO DE COMPRAVENTA DE ACCIONES**, y, por consiguiente, deben someterse al tribunal de arbitramento en observancia de los preceptos de la buena fe y las buenas costumbres; además de dejar claro el hecho de que, aunque no son signatarios del **MOU**, sí lo son del contrato de Compraventa de Acciones. Y las partes voluntaria e inequívocamente añadieron el **MOU** íntegramente con la cláusula compromisoria al Contrato de Compraventa de Acciones. Ahora, desarrollaremos un par de principios que, en nuestra posición, apoyan la teoría de que, aunque no fueron signatarios del **MOU** donde se encontraba el pacto arbitral, se vieron beneficiados por el desarrollo del contrato y luego quisieron desconocer su responsabilidad de dirimir las diferencias por medio de un tribunal de arbitramento.

Como lo estipula el artículo **CUARTO (4)** del Estatuto Arbitral (Ley 1563 del 2012): *“La cláusula compromisoria, podrá formar parte de un contrato o constar en documento separado inequívocamente referido a él. (...)”*¹⁴. Debemos tener en cuenta que en la última sección del Contrato de Compraventa de Acciones firmado por **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.** como parte vendedora de **DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S.** y el **HOLDING M&B S.A.** como parte compradora, se estipula la voluntad de ambas partes contratantes de incorporar de manera integrante al Contrato de Compraventa de Acciones todo lo establecido en el Memorando de Entendimiento, que entre otras cosas estipuló una Cláusula Compromisoria, que reza lo siguiente: *“Todo conflicto patrimonial, interpretativo o de cualquier otro tipo con naturaleza transigible, relacionado con la negociación de*

¹³ Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala Civil, M.P. AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO, Sentencia SC001–2019 (Bogotá, relatoría de la Corte Suprema de Justicia, 2019).

¹⁴ Congreso de la República de Colombia, Ley 1563 del 2012, por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones, (Bogotá, secretaría del Senado de la República de Colombia, 2012).

DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S., que surgiera entre **HOLDING DÁVILA VÉLEZ & CÍA S. en C.** y **HOLDING M&B S.A.**, sería resuelto en única instancia por un tribunal de arbitramento con sede en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cali¹⁵. También podemos establecer que las negociaciones y parámetros precontractuales siempre se realizaron entre **HOLDING M&B S.A.** y **HOLDING DÁVILA VÉLEZ & CÍA S. en C.**, esta última actuando en calidad de matriz controlante de **ELECTROTECH S.A.**, y esta a su vez actuando en calidad de controlante de **MAGRAVI S.A.S.**, estas últimas dueñas de **DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S.**

Podemos realizar una inferencia lógica respecto de que tanto **HOLDING DÁVILA VÉLEZ & CÍA S. en C.**, como **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.** han sido partes fundamentales en el proceso de negociación, creación y ejecución del Contrato de Compraventa de Acciones adquiriendo obligaciones y acreencias, **HOLDING DÁVILA VÉLEZ & CÍA S. en C.** en la etapa precontractual, y **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.** en la etapa contractual, por lo que las tres compañías serían legitimadas por pasiva en el Tribunal de Arbitramento, y las tres compañías deben responder solidariamente.

Entretanto, debemos tener en cuenta el Principio de los Actos Propios, el cual nos establece lo siguiente: *“El principio de respeto al acto propio busca impedir a un sujeto de derecho modificar unilateralmente su decisión cuando ha emitido un acto que ha generado una situación particular, concreta y definida a favor de otro, pues la confianza del administrado no surge por la convicción de la apariencia de legalidad de una actuación, sino por la seguridad de haber obtenido una posición jurídica definida a través de un acto que creó situaciones particulares y concretas a su favor. en sus palabras, este principio es una limitación al ejercicio de derechos consistentes en la fidelidad de los individuos a las decisiones que toman, sin que puedan revocarlas por sí mismos”*¹⁶. Evidentemente podemos establecer que las partes tomaron una posición negocial frente a la creación de un Memorando de Entendimiento que debía contener los preceptos de la negociación, así como las obligaciones de las partes y los hallazgos del informe de *due diligence*.

Acto seguido a la construcción del **MOU** por las partes con todas las estipulaciones que se plasmaron por el acuerdo de voluntades, se construyó el Contrato de Compraventa de Acciones que también servía como guía de navegación por contener la voluntad precontractual y contractual de las partes, y dentro de esas voluntades se estipuló que el **MOU** haría **PARTE INTEGRANTE** del Contrato de Compraventa de Acciones. Cuando inician las dificultades devenidas de aquel Contrato, el primer acto de **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.** es desconocer el **MOU** que no firmaron, pero que sí incluyeron como parte integrante del Contrato de Compraventa de Acciones que sí firmaron, denotando su falta a los principios de buena fe, coherencia y debido proceso. Además de no otorgar

¹⁵ Memorando de Entendimiento (MOU) suscrito entre **HOLDING DÁVILA VÉLEZ & CÍA S. en C.** y **HOLDING M&B S.A.**, 2022.

¹⁶ Cámara de Comercio de Cali, Tribunal de Arbitramento, Laudo RUIZ AREVALO CONSTRUCTORA S.A. CORASA S.A. vs. CECILMAR S.A. EN LIQUIDACION Y OTROS (Santiago de Cali, relatoría de la Cámara de Comercio de Cali, 2010).

seguridad jurídica a **HOLDING M&B S.A.** y causando perjuicios patrimoniales para este último.

Basándonos en los hechos que dieron nacimiento al **MOU** y al Contrato de Compraventa de Acciones, y realizando una interpretación exegética de los hechos, el Tribunal de Arbitramento tiene **TOTAL COMPETENCIA** para conocer del proceso en cuestión y para vincular a las **TRES (3)** compañías (**HOLDING DÁVILA VÉLEZ & CIA S. en C., ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.**) como demandadas en el proceso.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de Colombia desarrolla la base del principio de **ESTOPPEL**, de la siguiente manera: *“Bien ha dicho esta Sala que el mandato del non venire contra factum proprio, también conocido como estoppel... prohíbe que un sujeto pueda realizar actos contrarios a sus comportamientos anteriores, so pena de inobservar la buena fe”*¹⁷.

Quiere decir con esto la Corte Suprema de Justicia que **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.** tuvieron primero un comportamiento de colaboración en la firma del **MOU** y luego en la firma y ejecución del contrato de compraventa de acciones, sin desconocer el **MOU** y el pacto arbitral incluido en él, incluso cuando se firmó el contrato de compraventa de acciones, de común acuerdo entre los firmantes se estableció que el **MOU** entraría a ser parte integral del contrato de compraventa de acciones; Sin embargo, cuando se avicinan las diferencias en la ejecución del contrato, lo primero que hace la parte demandada es desconocer el **MOU** y el pacto arbitral consigo porque o firmó su matriz controlante, siendo estas subordinadas de la matriz controlante. Se denota claramente un conflicto en el que **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.** desconocen de los principios de la buena fe y del principio de **ESTOPPEL**, pues actúa en contra de sus propios actos anteriores sin observancia de los principios que rigen la relación comercial.

La doctrinante María Fernanda Vásquez Palma, también nos acerca un poco a la hipótesis del tercero signatario, de la siguiente manera: *“En general se ha señalado sobre el particular que los efectos de un acuerdo arbitral pueden alcanzar a un no firmante: **A)** Si esa parte es firmante de un contrato que hace referencia expresa y directa a la cláusula arbitral contenida en el otro contrato. Tal sería, por ejemplo, el caso en que a través de otro contrato o documento “asuma las obligaciones y derechos del firmante”, o que se trate de un conocimiento de embarque u otro documento que contenga la cláusula arbitral y al que estuviera vinculado por principios generales de la legislación contractual —incorporación por referencia—; **B)** Si su conducta indica que está aceptando someterse a arbitraje, por ejemplo, si participa en el proceso arbitral sin plantear objeciones a la jurisdicción de los árbitros —consentimiento tácito—; **C)** Si existe, entre el firmante y el no firmante, una relación de representación o agencia —agencia—; **D)** Si la relación entre la matriz y su subsidiaria es suficientemente cercana como para justificar que se corra el velo societario*

¹⁷ Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala Civil, M.P. AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO, Sentencia SC4654–2019 (Bogotá, relatoría de la Corte Suprema de Justicia, 2019).

—penetración del velo societario—; y **E**) Si quien alega no estar alcanzado por la cláusula arbitral tuvo previamente una conducta contradictoria con esa alegación —*Estoppel*—”¹⁸.

En una amplia explicación doctrinal, la tratadista desglosa las causales para que un tercero se convierta en parte del tribunal de arbitramento, como en efecto sucede con la parte demandada (**ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.**).

El principio de **ESTOPPEL** nace de una teoría romana que reza lo siguiente: venire contra factum proprium non valet. Básicamente en el ordenamiento colombiano hemos trabajado con esta máxima romana en, lo que para nosotros se llama, teoría de los actos propios. **ESTOPPEL** se basa en esos actos que hemos efectuado, y después desconocemos por circunstancias de adversidad en la ejecución o interpretación de los contratos.

Al efecto, María Fernanda Vásquez Palma también explica un poco sobre esta circunstancia, así: “Así, por ejemplo, se ha acogido la doctrina del *estoppel* a que han recurrido en ocasiones los tribunales norteamericanos. Esta tesis resulta ser una derivación de la máxima romana *venire contra factum proprium non valet*, en consideración de la previa conducta de la parte que resiste el arbitraje, por ejemplo, para rechazar acciones judiciales tendientes a ser llevado a arbitraje, promovidas por quien ha explotado conscientemente el contrato o ha aceptado sus beneficios. En tales casos, los beneficios habrían de ser directos, es decir, deben surgir directamente del acuerdo. Se trata, por tanto, de prevenir una conducta contradictoria —*Estoppel*—”¹⁹. Una vez más se logra superar con suficiencia la duda razonable de que **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.**, no fueron las partes firmantes del **MOU**. De manera que **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.** sí fueron las partes signatarias del Contrato de Compraventa de Acciones, donde en su acápite final se solicita la incorporación integral del **MOU** a este; de igual manera su matriz controlante **HOLDING DÁVILA VÉLEZ & CÍA S. en C.** lo firmó y las vincula por ser su controlante y por haber realizado toda la negociación de la venta de acciones en su nombre y representación. El **MOU** contiene la cláusula compromisoria acordada entre las partes en la etapa precontractual (cuando se suscribió el **MOU** con el acuerdo de voluntades) e incorporado seguidamente en una etapa contractual (en la suscripción del Contrato de Compraventa de Acciones), esta inclusión consiente y libre de vicios de una etapa precontractual en la etapa contractual, supone un acuerdo de voluntades informado respecto del objeto contratado. Ahora bien, **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.** se beneficiaron de la negociación y del Contrato de Compraventa de Acciones, participaron en la creación del clausulado, y confirmaron su voluntad con la firma de este, en el cual se reitera la incorporación del **MOU** en el Contrato de Compraventa de Acciones como parte integrante. Nunca existió una negativa o una controversia frente a la incorporación de la cláusula compromisoria al Contrato de Compraventa de Acciones durante ejecución de este; aunado a ello, de forma voluntaria y definitiva, integraron el **MOU** que contiene la cláusula

¹⁸ Vásquez Palma, María Fernanda, La Extensión Del Contrato Arbitral A Terceros: Un Análisis Desde La Perspectiva Del Derecho Comparado (Colombia, Revista Internacional De Arbitraje N°19, 2013), págs. 95–120.

¹⁹ Vásquez Palma, María Fernanda, La Extensión Del Contrato Arbitral A Terceros: Un Análisis Desde La Perspectiva Del Derecho Comparado (Colombia, Revista Internacional De Arbitraje N°19, 2013), págs. 95–120.

compromisoria al Contrato de Compraventa de Acciones donde sí son signatarios estos últimos, lo que sugiere que su conciencia estuvo en plenitud en todo momento, y solo desconocieron el **MOU** cuando se iniciaron las acciones tendientes a realizar la reclamación por los daños ocasionados en el desarrollo del Contrato de Compraventa de Acciones. Ahora bien, para dejar en claro el concepto del pacto arbitral, el artículo **TRES (3)** del Estatuto Arbitral nos expone lo siguiente: *“El pacto arbitral es un negocio jurídico por virtud del cual las partes someten o se obligan a someter a arbitraje controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas. El pacto arbitral implica la renuncia de las partes a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. El pacto arbitral puede consistir en un compromiso o en una cláusula compromisoria (...)”*²⁰, cláusula compromisoria que quedó consagrada en el **MOU** y posteriormente fue incorporada en la parte final del Contrato de Compraventa de Acciones.

El memorando de entendimiento gozará de fuerza vinculante siempre y cuando en él se consagren los elementos esenciales de negociación del contrato, tales como precio, periodos de pago, identificar las acciones que son sujetas de venta, las obligaciones de ambas partes frente a dicha negociación, entre otros; o cuando por el contrario las partes expresaran su voluntad de incorporarlo al contrato de compraventa de acciones y así otorgarle la fuerza vinculante frente a **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.** como sucede en este caso. En las disposiciones finales del contrato se estipuló que el memorando de entendimiento suscrito entre la **ORGANIZACIÓN MEJÍA BARBERI S.A.** y **HOLDING DÁVILA VÉLEZ & CÍA S. en C.** se entiende incorporado como parte integrante del Contrato de Compraventa de Acciones; y, asimismo, que dicho contrato regulaba la voluntad conjunta y definitiva de las partes suscribientes del mismo, de manera tal que todo acuerdo previo, verbal o escrito, sobre la negociación, quedaba expresamente derogado por ellas con la firma del Contrato de Compraventa de Acciones.

El memorando de entendimiento redactado por las partes fue el siguiente:

*“A) El periodo de negociación del contrato de compraventa de las acciones de **DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S.** no excedería de **UN (1) AÑO**, de manera tal que, si al **VEINTITRÉS (23) DE FEBRERO DE 2023** no se había suscrito el mismo, cada parte, estaría facultada para terminar de manera unilateral y sin sanciones pecuniarias las negociaciones; B) Todo conflicto patrimonial, interpretativo o de cualquier otro tipo con naturaleza transigible, relacionado con la negociación de **DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S.**, que surgiera entre **HOLDING DÁVILA VÉLEZ & CÍA S. en C.** y **HOLDING M&B S.A.**, sería resuelto en única instancia por un tribunal de arbitramento con sede en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cali; C) La base de negociación del precio sería un estudio de due diligence a realizar por los asesores de la **ORGANIZACIÓN MEJÍA BARBERI S.A.**, para el cual **ELECTROTECH S.A.** y **DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S.** se obligaban a poner a disposición toda la información y/o personal que fuera requerido por la **ORGANIZACIÓN MEJÍA BARBERI S.A.**; y D) Nada*

²⁰ Congreso de la República de Colombia, Ley 1563 del 2012, por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones, (Bogotá, secretaría del Senado de la República de Colombia, 2012).

está acordado hasta que todo esté acordado y firmado, es decir, no podría reputarse existente ningún contrato de compraventa hasta que no fuera este elevado a documento escrito, fecha en la cual el memorando de entendimiento dejaría de tener efectos”²¹.

De igual forma debemos tener en cuenta que la oferta de compra de las acciones de **DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S.** fue realizada a la junta directiva de la **ORGANIZACIÓN BEATRIZ DÁVILA**, conglomerado propietario de **HOLDING DÁVILA VÉLEZ & CÍA S. en C.** y por ende, de las empresas subordinadas a esta, entre las cuales se encuentran **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.**, estas dos últimas siendo las dueñas de **DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S.** con un **SETENTA Y DOS POR CIENTO (72%)** y un **VEINTIOCHO POR CIENTO (28%)** respectivamente. La oferta y la aceptación de esta, la suscripción del memorando de entendimiento y la estipulación de los lineamientos que irían consagrados en el contrato final de la compraventa de acciones, siempre fue entre la **ORGANIZACIÓN BEATRIZ DÁVILA** y **ORGANIZACIÓN MEJÍA BARBERI S.A.**, donde esta primera se comprometía a vender el **CIEN POR CIENTO (100%)** de las acciones de **DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S.** a cambio del **Dieciocho por ciento (18%)** de las acciones de **CEMENTOS COSMOS S.A.** y de **NOVECIENTOS CUARENTA MIL MILLONES DE PESOS MCTE (COP\$940.000.000.000)** en efectivo, sin desconocer que la matriz controlante era quien tomaba la decisión frente a sus subordinadas. Tanto así que en las reuniones posteriores a la solicitud de reajuste de precio quien compareció fue la **ORGANIZACIÓN BEATRIZ DÁVILA** y no **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.**, lo que le daba a entender a **HOLDING M&B S.A.** que la organización anteriormente mencionada tenía total capacidad negocial y vinculante frente a sus subordinadas y filiales.

Indudablemente, **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.** fueron las partes firmantes del Contrato de Compraventa de Acciones en el cual, por voluntad de las partes firmantes, se incorporó inequívocamente el Memorando de Entendimiento donde se encontraba inmersa la cláusula compromisoria, mismo Memorando de Entendimiento que suscribió **HOLDING DÁVILA VÉLEZ & CÍA S. en C.** en calidad de matriz controlante de **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.**, bajo los conceptos traídos por la ley que modificó algunos preceptos que traía el Código de Comercio Colombiano (Ley 222 de 1995), se especifica cuándo una empresa es subordinada o subsidiaria de una matriz (controlante), y además se establecen un par de requisitos, los cuales se mencionan a continuación: *“De manera que la noción legal de grupo empresarial reconoce e impone para su configuración, al menos, dos requisitos esenciales y de orden normativo: (i) la preexistencia del vínculo de subordinación y (ii) la unidad de propósito y dirección”²².*

Así mismo, la Superintendencia de Sociedades de Colombia ha enfatizado en que existe un par de elementos que le dan vida a una relación de control entre empresas, los cuales son: *“Para la existencia de un grupo empresarial es vital la existencia previa de una relación de*

²¹ Memorando de Entendimiento (MOU) suscrito entre **HOLDING DÁVILA VÉLEZ & CÍA S. en C.** y **HOLDING M&B S.A.**, 2022.

²² Escobar Pérez, Billy & otros, Conglomerados en Colombia: Actualidad y Perspectivas (Colombia, Repositorio de Superintendencia de Sociedades, Universidad del Rosario y Colegio de Abogados Comercialistas, 2022).

*control o subordinación entre una matriz (controlante) y una sociedad o sociedades subordinadas, y que se dé por parte de la matriz, la resolución de una unidad de propósito y dirección, encaminada a que las subordinadas sigan estrictamente los lineamientos fijados por la primera*²³. Según los preceptos de las anteriores dos citas, podemos concluir que estamos en presencia de un grupo empresarial donde existe una matriz (controlante), que es **HOLDING DÁVILA VÉLEZ & CÍA S. en C.**, una subordinada, que es **ELECTROTECH S.A.**, y una subsidiaria, que es **MAGRAVI S.A.S.**, todas encaminadas y direccionadas por el **HOLDING DÁVILA VÉLEZ & CÍA S. en C.**, lo que nos deja entrever que existe una relación de subordinación entre la subordinada y la subsidiaria con la matriz (controlante). Esto abre la puerta para que podamos entrar a debatir y concluir que, aunque **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.** no hicieron parte de la firma del **MOU** donde constaba el pacto arbitral, al estar encaminadas y tener un fin en común con su matriz (controlante) y al haber incluido en el contrato de compraventa de acciones el **MOU** íntegro, entonces están obligadas a acudir al tribunal de arbitramento en calidad de demandadas.

Respecto de la legitimación en la causa, **HOLDING M&B S.A.** tiene la legitimación por activa porque, en primer lugar, es una de las partes contratantes (actuando en el **MOU** como promitente vendedor, y en el Contrato de Compraventa de Acciones como la parte compradora); en segundo lugar, es quien percibe los perjuicios económicos y patrimoniales; y, por último, es quien activa la cláusula compromisoria tendiente a dirimir los conflictos suscitados del Contrato de Compraventa de Acciones, con intermediación de un Tribunal de Arbitramento.

La legitimación por pasiva se divide en dos escenarios, el primer escenario comprende a los firmantes del **MOU**, es decir, **HOLDING M&B S.A.** y **HOLDING DÁVILA VÉLEZ & CÍA S. en C.**; En este caso, la legitimación por pasiva recae sobre **HOLDING DÁVILA VÉLEZ & CÍA S. en C.**, pues fue la compañía que negoció todos los estamentos del Contrato de Compraventa de Acciones, llegando a un acuerdo sobre el precio a pagar por las acciones de **DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S.**, el plazo del pago, la realización de un informe de *Due Diligence*, y otras disposiciones que solo podrían negociar las compañías propietarias de las acciones. Además de ello, no podemos olvidar que **HOLDING DÁVILA VÉLEZ & CÍA S. en C.** es la matriz controlante de **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.**, por lo que cada una de las decisiones que tome está en calidad de matriz, obliga a sus subordinadas.

El segundo escenario va encaminado a las partes firmantes del Contrato de Compraventa de Acciones, los cuales son **HOLDING M&B S.A.** en calidad de comprador, y **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.** en calidad de vendedores. La legitimación por pasiva recae sobre **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.**, pues fueron estas compañías quienes aceptaron todos los términos que se negociaron en el Contrato de Compraventa de Acciones, y que, además de ello, trajeron como parte integrante del Contrato de Compraventa de Acciones el **MOU** suscrito entre **HOLDING M&B S.A.** y **HOLDING**

²³ Escobar Pérez, Billy & otros, Conglomerados en Colombia: Actualidad y Perspectivas (Colombia, Repositorio de Superintendencia de Sociedades, Universidad del Rosario y Colegio de Abogados Comercialistas, 2022).

DÁVILA VÉLEZ & CÍA S. en C., en donde reposan las condiciones de la negociación primigenia, y la cláusula compromisoria si llegase a existir un conflicto entre las partes en desarrollo del Contrato de Compraventa de Acciones.

REAJUSTE DE PRECIO POR ALTERACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO EN CALI Y EL CONFINAMIENTO DE LA POBLACIÓN CIVIL:

ELECTROTECH S.A. y **MAGRAVIS.A.S.** como la parte vendedora, y **HOLDING M&B S.A.** como la parte compradora, estipularon dentro del contrato de compraventa de acciones las siguientes causales para la realización de un ajuste al precio: *“A) Que se encontraran en DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S. pasivos laborales adicionales a los TREINTA Y OCHO (38) procesos revelados en el Anexo de Revelaciones del Contrato, cuya causa sea anterior a la fecha de firma de este; B) Que, por cualquier causa, DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S. perdiera acceso al inmueble donde operaba el JOINT VENTURE con SUNPOWER y LAFARGEHOLCIM. C) Que se encontraran créditos u obligaciones financieras adicionales a los consignados en el Anexo de Revelaciones”*²⁴.

Si bien los hechos del **DÍA 18 DE ABRIL DEL 2023** (alteración del orden público y casos graves de inseguridad) no se encontraban dentro de las causales estipuladas dentro del contrato de compraventa de acciones, sus consecuencias si fueron estrepitosamente desventajosas para el **HOLDING M&B S.A.**; y, como se enunció anteriormente, la voluntad de las partes no puede desconocer normas de carácter público ni imperativo, como lo es el Código de Comercio de Colombia, que en su artículo **OCHOCIENTOS SESENTA Y OCHO (868)** nos enuncia la posibilidad de solicitar una revisión del contrato por circunstancias extraordinarias, en los siguientes términos: *“Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión”*²⁵.

Podríamos entonces alegar que se configuró la posibilidad de ejercer esta revisión consagrada en el Código de Comercio, y además se solicitó por el **HOLDING M&B S.A.** a las empresas **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.**, recibiendo como respuesta una negativa, y la repercusión de que, si no se realizaba el pago previsto a tiempo, podría incurrir **HOLDING M&B S.A.** en pagos de intereses de mora a la tasa máxima de la Superintendencia Financiera de Colombia. Sugiere esto que **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.**, desconocieron la norma al negar la solicitud de revisión del precio, aun sabiendo la sobrecarga con la que había tenido que soportar **HOLDING M&B S.A.**, cuestión que hacía más oneroso el contrato y desequilibraba la relación negocial.

²⁴ Contrato de compraventa de acciones suscrito entre **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.** como la parte vendedora, y **HOLDING M&B S.A.** como la parte compradora.

²⁵ Congreso de la República de Colombia, Decreto 410 de 1971, Por el cual se expide el Código de Comercio, (Bogotá, secretaría del Senado de la República de Colombia).

La situación de alteración del orden público y el confinamiento de toda la población civil en Cali implicó que los ingresos generados por **DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S.** se redujeran a **CERO (0)** luego de que, con corte al **31 DE DICIEMBRE DE 2021**, los ingresos de **DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S.** habían estado en el orden de los **NOVECIENTOS MIL MILLONES DE PESOS MCTE (COP\$900.000.000.000)** lo que refleja una situación bastante desventajosa y desequilibrada para el **HOLDING M&B S.A.** Aunado a ello, **HOLDING M&B S.A.** debía realizar el segundo pago estipulado en el contrato de compraventa de acciones el día **VEINTIOCHO DE JUNIO DEL DOS MIL VEINTITRÉS (28/06/2023)**, y a su vez seguir cumpliendo con las otras responsabilidades emanadas de los procesos descubiertos en el *due diligence* en el proceso de compra de **DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S.**

La situación vivida el **18 DE ABRIL DEL 2023** en la ciudad de Cali, desencadenó una secuencia de eventos, los cuales dieron lugar a la imposibilidad de continuar ejerciendo el objeto social de **DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S.**, afectando la prestación económica del contrato de compraventa de acciones por situaciones imprevisibles, es decir, que el **HOLDING M&B S.A.** se encontraba en una situación de desequilibrio contractual, puesto que no tenía capacidad financiera para continuar pagando el precio estipulado inicialmente en el contrato de compraventa de acciones, debido a que la situación fáctica y económica del negocio había cambiado, y dejando a **DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S.** en una crisis económica grave. En palabras de la Corte Suprema de Justicia de Colombia: *“Esta teoría radicalmente distinta de la noción de error y de fuerza mayor, tiene por base la imprevisión, es decir, que se trata de hechos extraordinarios posteriores al contrato, que no hayan podido ser previstos por las partes, cuyo acaecimiento sin hacer completamente imposible el cumplimiento de la obligación, lo dificultan en forma extrema, haciéndolo tan oneroso, que el contrato pierde para la parte obligada todo sentido y finalidad. No se trata en suma de una imposibilidad absoluta de cumplir, lo que constituye ya la fuerza mayor, sino de una imposibilidad relativa, como la proveniente de una grave crisis económica, de una guerra, etc”*²⁶.

Dicha alteración del orden público y casos graves de inseguridad era una situación imprevisible e irresistible para el comprador (**HOLDING M&B S.A.**) y evidentemente alteran la onerosidad del pago del presente contrato de compraventa de acciones, debido a que se tuvo que cerrar de manera temporal las oficinas administrativas de **DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S.** y se efectuó la imposibilidad de realizar el evento presupuestado para el **20 DE ABRIL DE 2023** en el cual se tenía previsto el lanzamiento y apertura al público de una sala de realidad virtual inmersiva en el parque tecnológico. Evento al cual asistiría la Ministra de Ambiente y Desarrollo Sostenible y otras figuras muy representativas del Gobierno Nacional. En las instalaciones del parque tecnológico también funcionaban las oficinas administrativas **DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S.**, por tales motivos se había tenido que suspender el desarrollo y operación de obras y proyectos por

²⁶ Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala Civil, M.P. ARTURO TAPIAS PILONIETA, Sentencia del 23 de mayo de 1938, Gaceta Judicial No. 523 (Bogotá, relatoría de la Corte Suprema de Justicia).

parte de **DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S.**, generando esto una reducción de los ingresos mensuales de la compañía a **CERO (0)**. Esto genera un impacto directo a la economía del Contrato de Compraventa de Acciones y a las condiciones de precio estipuladas en este. Dichos sucesos se dieron luego del perfeccionamiento del Contrato de Compraventa de Acciones y antes de la terminación de este.

También se estipuló en la cláusula de ajuste de precio del contrato de compraventa de acciones, lo siguiente: *“(...) para poner en marcha el mecanismo de ajuste del precio, los eventos adversos tendrían que superar un umbral de materialidad cuantitativa, establecido por las partes en **MIL MILLONES DE PESOS (\$1.000.000.000)** y que, en atención a que la negociación se realizaba por el **CIENTO POR CIENTO (100%)** de las acciones de **DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S.**, los vendedores asumirían la totalidad de la contingencia en caso de que esta se materializara en una pérdida o erogación ocurrida antes de la fecha del Tercer Pago (**28 DE DICIEMBRE DE 2022**)”²⁷.*

DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S. tuvo una pérdida mensual aproximada de **SETENTA Y CINCO MIL MILLONES DE PESOS MCTE (COP\$75.000.000.000)**, esta cifra surge del balance general de la empresa para el año **DOS MIL VEINTIUNO (2021)**, en donde los ingresos anuales de **DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S.** se ubicaron en el orden de los **NOVECIENTOS MIL MILLONES DE PESOS MCTE (COP\$900.000.000.000)** anuales, y como se relata en el acápite de hechos, el plazo del tercer pago no se había causado, ni se había finalizado la vigencia del contrato.

Para acentuar el concepto sobre la teoría de la imprevisión, y cómo podemos aplicarlo al caso concreto del contrato de compraventa de acciones, establece la Corte Constitucional lo siguiente: *“Estas disposiciones, deben ser analizadas a la luz de la teoría de la imprevisión, esto es, acreditar que después de celebrado el negocio jurídico se presentaron variaciones en las condiciones económicas, de tal magnitud que no hubieran podido racionalmente preverse; que ellas determinaron una gran desproporción entre la prestación inicialmente pactada a cargo del contratante afectado y la que posteriormente este resulta a deber a su acreedor; y, finalmente, que la generación de tales eventualidades y el desequilibrio contractual hayan escapado a toda injerencia de la voluntad de los contratantes”²⁸.* Si traemos a detalle cada uno de los requisitos previstos en la sentencia citada al caso del contrato de compraventa de acciones, debería el tribunal de arbitramento observar a detalle cómo se cumplen con cada uno de dichos preceptos, iniciando por la excesiva onerosidad sobrecargada sobre **HOLDING M&B S.A.**, además de que son circunstancias que no se previeron porque no pudieron preverse, llegando de forma intempestiva y atacando directamente la prestación económica del contrato de compraventa de acciones.

A su tenor, el Consejo de Estado también se ha pronunciado acerca de la aplicabilidad de la teoría de la imprevisión en el sector privado del derecho, de la siguiente manera: *“De acuerdo con la norma transcrita del estatuto mercantil, la teoría de la imprevisión procede cuando*

²⁷ Contrato de compraventa de acciones suscrito entre **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.** como la parte vendedora, y **HOLDING M&B S.A.** como la parte compradora.

²⁸ Corte Constitucional de Colombia, M.P. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, Sentencia T-837/11 (Bogotá, relatoría de la Corte Constitucional, 2011).

*la ejecución de un contrato conmutativo se torna excesivamente onerosa para una de las partes, en razón a hechos sobrevinientes, extraordinarios e imprevisibles a su celebración, de forma que se autoriza su revisión por parte del juez, con el objeto de reajustar el contrato. Según la doctrina y la jurisprudencia, los elementos que estructuran esta teoría son: **A) Que el contrato sea bilateral, conmutativo y de ejecución sucesiva, periódica o diferida y, por ende, excluye los contratos de ejecución instantánea; B) Que se presenten circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles posteriores a la celebración del contrato en el caso concreto; C) Que esas circunstancias extraordinarias, imprevistas e imprevisibles alteren o agraven la prestación a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa; D) Que el acontecimiento resulte ser ajeno a las partes**"²⁹.*

A pesar de que el Contrato de Compraventa de Acciones, por su naturaleza, es un contrato de ejecución instantánea, en este caso se puede analizar que existen otros factores preponderantes al momento de estipular el modo de ejecución contractual. Evidentemente en el caso en específico se realizó la entrega de la cosa (en el caso concreto son las acciones de **DOURO**); sin embargo, quedaron vigentes obligaciones contractuales tales como el precio que se pactó de manera diferida, la obligación de responsabilidad de **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.** de salir al saneamiento frente a los procesos encontrados y revelados en el *due diligence*. Lo que se intenta decir es que existieron obligaciones que se difirieron en el tiempo, y que el cumplimiento de estas obligaciones permitiría que **DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S.** pudiera seguir desarrollando y explotando su objeto social, pues la naturaleza del contrato celebrado fue la compra de un negocio en marcha, mismo negocio que por una serie de eventos desafortunados tuvo que suspender sus operaciones y registrar ingresos de **CERO (0) PESOS** mensuales. De igual manera también seguían en vigencia las obligaciones establecidas en el doble mecanismo de protección contractual, las cuales eran primero la realización del reajuste de precio y la segunda la establecida en la cláusula de indemnidades. Por lo anteriormente establecido, estaríamos en virtud de un contrato de ejecución diferida.

Ahora bien, en la doctrina y en la jurisprudencia de las altas cortes en tema de contratación privada, el principio rector siempre ha sido el **PACTA SUNT SERVANDA**; a su vez, también existe otro principio principalmente utilizado en materia de contratación estatal, denominado **REBUS SIC STANTIBUS**. No obstante, dicho principio tiene excepciones en cuanto a su aplicabilidad en materia contractual privada en cuanto a la teoría de la imprevisión consagrada en el artículo **OCHOCIENTOS SESENTA Y OCHO (868)** del Código de Comercio de Colombia, donde se manifiesta que, a raíz de una ruptura en el equilibrio económico del contrato, a la parte afectada, en este caso **HOLDING M&B S.A.**, le subsiste el derecho de exigir (judicial o extrajudicialmente) el restablecimiento y la normalización económica contractual.

De igual manera, al **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.** dar una respuesta negativa frente al reajuste de precio, desconocen el desequilibrio contractual económico que existe en

²⁹ Consejo de Estado de Colombia, Sección Tercera de la Sala Contencioso-Administrativa, M.P. RUTH STELLA CORREA PALACIO, Sentencia 1994-00494 del 2011 (Bogotá, relatoría del Consejo de Estado, 2011).

esta nueva realidad negocial, y no buscan medidas de arreglo ni, en palabras de la Corte Suprema de Justicia, “(...) *la reparación del daño experimentado con la sustracción o renuencia injustificada a corregirlo en quebranto de la fuerza vinculante del pacto, y del deber legal de corrección, lealtad y buena fe*”³⁰. Es decir, que el comportamiento de **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.** va en contravía de los preceptos del principio de buena fe contractual, estipulado en la Constitución Política de Colombia y a su vez en las buenas costumbres y los principios generales del derecho.

REAJUSTE DE PRECIO POR LA PÉRDIDA MEDIANTE SENTENCIA JUDICIAL DEL INMUEBLE DONDE OPERABAN LAS OFICINAS ADMINISTRATIVAS DE DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S.:

En los contratos bilaterales, su perfeccionamiento se lleva a través del consentimiento de ambas partes siempre y cuando dicha voluntad no transgreda las normas imperativas ni de orden público. El artículo **MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y CUATRO (1494)** del Código Civil Colombiano nos enuncia el nacimiento de las obligaciones: “*Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia*”³¹. Una vez revisado el presente artículo, podemos inferir que cuando dos personas (naturales y/o jurídicas) firman voluntariamente un documento que contiene obligaciones para ambas partes, inmediatamente se están obligando una frente a la otra, obligaciones que nacen de un acuerdo libre de voluntades.

A su vez el artículo **MIL SEISCIENTOS DOS (1602)** del Código Civil Colombiano nos enuncia lo siguiente: “*Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales*”³². Este artículo enuncia la importancia de lo que se pacta volitivamente entre dos partes, los contratos que nacen a la vida jurídica por la ratificación de la voluntad de las partes vinculan a los firmantes y convierte el clausulado en las reglas del juego. Cualquier diferencia que nazca de la interpretación, ejecución o extinción del contrato, debe primero resolverse por los mecanismos que las partes pactaron en dicho clausulado, y en ausencia de estos mecanismos, se debe remitir el conflicto a la jurisdicción ordinaria.

Ambos artículos nos enuncian la fuerza vinculante de la contratación privada, la libertad contractual y la seguridad jurídica que se le otorga a las partes al conocer que su voluntad

³⁰ Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala Civil, M.P. WILLIAM NAMÉN VARGAS, Radicado 2006-00537 (Bogotá, relatoría de la Corte Suprema de Justicia, 2012).

³¹ Congreso de la República de Colombia, Ley 84 de 1873, Por medio del cual se expide el Código Civil, (Bogotá, secretaría del Senado de la República de Colombia).

³² Congreso de la República de Colombia, Ley 84 de 1873, Por medio del cual se expide el Código Civil, (Bogotá, secretaría del Senado de la República de Colombia).

será mediada por el clausulado contractual, y que será respetado por las partes, dándole así la validez a las voluntades pactadas en los contratos.

No obstante, debemos resaltar la importancia del principio **PACTA SUNT SERVANDA**, donde nos estipula que el contrato es ley para las partes, como lo enuncia el Consejo de Estado de la siguiente manera: “(...) *consagra el principio “lex contractus, pacta sunt servanda”, que supone el carácter obligatorio para las partes y con efectos frente a terceros de un contrato celebrado que no esté afectado por vicio de invalidez; no obstante, en virtud de este mismo principio y como corolario de la autonomía de la voluntad de las partes, el contrato bien puede modificarse o extinguirse si éstas así lo convienen*”³³, lo que nos reafirma la libertad contractual, tanto para la creación, la interpretación, la ejecución o la posible extinción contractual.

Lo mencionado anteriormente se desliga del reconocimiento de uno de los principios contractuales más relevantes en el mundo jurídico, el principio de la autonomía de la voluntad. Este principio faculta a ambas partes contratantes para que su voluntad sea la fuente de derecho con la que se interpretará lo contratado y así poder regular su relación comercial. Significa ello que, en el instante en que se tenga que interpretar lo pactado entre las partes, se tomará como primerísima fuente de derecho la voluntad que estas hubiesen pactado en el clausulado contractual, y se podrá acudir subsidiariamente a las normas imperativas expedidas por el legislador, la jurisprudencia de las altas cortes y la doctrina de estudiosos del derecho, tanto nacional como internacional. Quedan en consecuencia facultadas las partes para establecer los parámetros de la operación económica del negocio, siempre y cuando se salvaguarden las buenas costumbres y el orden público, puesto que cualquier cláusula pactada en contrario será nula de pleno derecho.

El tratadista argentino Juan Carlos Rezzónico señala que la “*voluntad individual es entonces el principio del contrato, y este, el principio de la vida jurídica*”³⁴, es decir, que el legislador siempre partirá de la buena fe de los contratantes y del correcto desarrollo contractual realizado entre estos, y por esto en temas de contratación privada siempre se vela por actuar como ‘un buen hombre de negocios’, puesto que la obligatoriedad del contrato y su fuerza vinculante se la otorgan a ambas partes contractuales, en sus disposiciones y deseos negociales.

Ahora nos pronunciaremos frente al reajuste del precio solicitado por **HOLDING M&B S.A.** a las empresas **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.** por la declaratoria judicial de nulidad absoluta del contrato de compraventa sobre el inmueble en donde operaban las oficinas administrativas de **DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S.** y sobre el cual se había realizado un contrato de **JOINT VENTURE** con las empresas **SUNPOWER** y **LAFARGEHOLCIM** para la creación de un parque tecnológico, y la declaratoria judicial de entrega forzosa del inmueble a los herederos de Ignacio Pradere en un término de **TREINTA (30)** días desde la ejecutoria del fallo. De igual manera, debemos tener en cuenta

³³ Consejo de Estado de Colombia, M.P. HERNÁN ANDRADE RINCÓN, Sentencia 2000-01942 del 2015 (Bogotá, relatoría del Consejo de Estado, 2015).

³⁴ Cámara de Comercio de Bogotá, Tribunal de Arbitramento, Laudo Constructora Mazal Ltda. v. Inversiones GBS Ltda., (Bogotá, relatoría de la Cámara de Comercio de Bogotá, 2001).

que en dichas instalaciones como, se menciona anteriormente, se encontraba en vigencia un contrato de **JOINT VENTURE** el cual estaba en vigencia desde el **AÑO 2007**. En este contrato, **DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S.** se comprometía a construir junto con las compañías **SUNPOWER** y **LAFARGEHOLCIM** un parque tecnológico que traería ingresos para las **TRES (3)** compañías. Sin embargo, una de las obligaciones principales de **DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S.**, era mantener el inmueble donde se encontraba el parque tecnológico, y si por algún motivo **DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S.** resulta evicto de este inmueble, tendría que pagar la inversión realizada por **SUNPOWER** y **LAFARGEHOLCIM**, doblada a título de sanción, además de la terminación del contrato de **JOINT VENTURE**; lo cual dejaría a **DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S.** en una situación de desequilibrio contractual y de un detrimento económico y patrimonial sustancial.

En el contrato de compraventa de acciones estaba contemplado este hecho como causal para ajustar el precio mientras el contrato siguiera en ejecución, presupuesto que se cumplió a cabalidad, se materializó el hecho que generó la perturbación en las oficinas administrativas de **DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S.**, y dicha perturbación se llevó a cabo en medio de la ejecución del contrato, pues no se había cumplido aún con ningún presupuesto de terminación del contrato de compraventa de acciones.

En el contrato de compraventa de acciones se encuentra consignado que, para ser válida la solicitud de ajuste del precio, además de cumplir con los dos presupuestos expuestos anteriormente (que el acto estuviese dentro de las causales de reajuste del precio, y que el contrato siguiera en ejecución, es decir, antes de que **HOLDING M&B S.A.** hubiese realizado los pagos contenidos en el contrato de compraventa de acciones), también debía de cumplir con una temporalidad para realizar dicha solicitud. El plazo máximo se estableció en un mes, si no se llevaba a cabo la reclamación dentro de este término, la solicitud sería negada. Lo que las partes firmantes no tuvieron en cuenta es que la libertad contractual, la autonomía de la voluntad y la seguridad jurídica tienen un límite, y dicho límite es pactar en contra de la ley.

ELECTROTECH S.A. y **MAGRAVI S.A.S.** al emitir la negativa ante la solicitud de reajuste del precio presentada por **HOLDING M&B S.A.**, están desconociendo que los **TÉRMINOS DE CADUCIDAD** de las acciones para reclamar derechos nacidos de contratos son un asunto de orden público, y que la limitación de un mes para realizar la respectiva reclamación es nula por acaecer de objeto ilícito, pues no es lícito pactar términos inferiores a los previstos en los códigos del derecho privado colombiano. Para el efecto de aclarar dicha situación, traemos a colación el artículo **CIENTO SESENTA Y CUATRO (164)** del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que en su numeral **DOS (2)** literal **J** establece lo siguiente: “(...) *En las relativas a contratos el término para demandar será de **DOS (2)** años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento*”³⁵.

³⁵ Congreso de la República de Colombia, Ley 1437 de 2011, Por medio del cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, (Bogotá, secretaría del Senado de la República de Colombia, 2011).

Por lo tanto, el apartado del contrato donde se estipula lo siguiente: *“la parte Compradora tendría derecho a solicitar el ajuste del precio pendiente de pago deduciendo del mismo el monto que resultare de la contingencia materializada, siempre y cuando formulara la reclamación dentro del mes siguiente a la fecha en que conociera de su materialización”*³⁶, es nula de pleno derecho y se entenderá por no escrita, por lo tanto, **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.** deben realizar el ajuste de precio solicitado de manera reiterada por **HOLDING M&B S.A.** puesto que están colocando a **HOLDING M&B S.A.** en una posición desventajosa y de desequilibrio económico contractual.

Sin embargo, frente a lo sucedido con el proceso de nulidad de la compraventa del inmueble donde se encontraban las oficinas administrativas de **DOURO** y a su vez la sala de realidad virtual creada en colaboración con las empresas **SUNPOWER** y **LAFARGEHOLCIM**, debemos entender que en este proceso **DOURO** era litisconsorte de los demandados, herederos de Marcela Chávez de quienes se reclamaba la nulidad de la compraventa por la cual su padre adquirió el inmueble antes de transferírselo a **DOURO** en el año de su centenario, por presunto objeto ilícito del contrato que había sido celebrado por aquél con Ignacio Pradere, cuyos herederos eran demandantes. En efecto, estos últimos pretendían la nulidad del contrato y la entrega forzosa del inmueble objeto de compra anterior; sobre lo cual es claro que existió una pérdida de un derecho real de dominio sobre el bien inmueble por sentencia que se encontraba en firme. En palabras de la Corte Suprema de Justicia: *“De conformidad con los ARTS. 1893, 1894 Y 1895 la acción de saneamiento por evicción presupone la existencia de estos elementos esenciales. 1º) que el demandado, directa o indirectamente haya vendido al demandante la cosa evicta; 2º) que el demandante comprador haya perdido total o parcialmente el dominio y posesión del bien comprado directa o indirectamente al demandado, y 3º) que la cosa evicta en una sentencia sea la misma que el comprador demandante adquirió del demandado vendedor (...).”*³⁷.

Además de ello, el vendedor de la cosa debe velar por actuar de buena fe y responder por los daños ocasionados al comprador en ejecución de un contrato de compraventa legalmente celebrado. Al efecto, la Corte Suprema de Justicia ha dicho lo siguiente: *“La ley impone al vendedor la obligación de responder por los vicios ocultos de la cosa vendida. Si después de la negociación viene a descubrirse un defecto grave, que antes no había aparecido y que el vendedor no declaró en el momento del contrato, el comprador tiene la opción de persistir en el negocio, pero con derecho a una disminución del precio; o bien a demandar la rescisión de la venta”*³⁸.

³⁶ Contrato de compraventa de acciones suscrito entre **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.** como la parte vendedora, y **HOLDING M&B S.A.** como la parte compradora.

³⁷ Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala Civil, M.P. FULGENCIO LEQUERICA VÉLEZ, G.J. Tomo LIII, pág. 334 (Bogotá, relatoría de la Corte Suprema de Justicia, 1942).

³⁸ Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala Civil, M.P. ARIEL SALAZAR RAMÍREZ, Radicado No. 1997-04959 (Bogotá, relatoría de la Corte Suprema de Justicia, 2013).

RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA DE ACCIONES FIRMADO POR ELECTROTECH S.A. Y MAGRAVI S.A.S. COMO VENDEDORES Y EL HOLDING M&B S.A. COMO COMPRADOR:

En el contrato de compraventa de acciones se estipuló la cláusula penal de la siguiente manera: “(...) se estipuló entre las partes que la indemnización a la que eventualmente tendrían derecho las partes se materializaría mediante la causación y pago de la cláusula penal pecuniaria que se consagró en la Cláusula Novena del Contrato, donde se estableció que, en lo referente a las declaraciones y garantías de cada una de las partes, en caso de estimarse por una de ellas que la otra había otorgado una declaración o garantía falsa o inexacta, que causara un perjuicio cuantificable a la parte que alega la inexactitud o falsedad, y ello fuera demostrado conforme al procedimiento pactado en la Cláusula Undécima, esta podría reclamar de la parte que dio la declaración el **CIENTO VEINTE POR CIENTO (120%)** del valor del perjuicio ocasionado por esta”.³⁹

Dicha cláusula penal debe ser analizada al tenor del artículo **OCHOCIENTOS SESENTA Y SIETE (867)** del Código de Comercio de Colombia, en el cual se especifican los parámetros mínimos que debe cumplir una cláusula penal para gozar de validez dentro de un contrato, a saber: “Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse. Cuando la prestación principal esté determinada o sea determinable en una suma cierta de dinero la pena no podrá ser superior al monto de aquella. Cuando la prestación principal no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta de dinero, podrá el juez reducir equitativamente la pena, si la considera manifiestamente excesiva habida cuenta del interés que tenga el acreedor en que se cumpla la obligación. Lo mismo hará cuando la obligación principal se haya cumplido en parte”⁴⁰. Este precepto legal se refiere a que el monto de una cláusula penal dentro de un contrato donde la prestación principal sea determinada, como es el caso en el contrato de compraventa de acciones analizado, no puede superar el **CIEN POR CIENTO (100%)** del valor del contrato. Analizando la cláusula penal incorporada en el contrato de compraventa de acciones podemos visualizar que se pactó el **CIENTO VEINTE POR CIENTO (120%)** del valor del perjuicio ocasionado por la parte incumplida, sin embargo, se debe realizar la salvedad de que en caso de que el valor del perjuicio sea el valor del total del contrato, la cláusula penal pierde validez, pues se estaría pactando algo contrario a la ley.

Ahora bien, frente a la resolución del contrato de compraventa de acciones, **HOLDING M&B S.A.** realiza la solicitud por cuanto considera que existieron repetidos incumplimientos contractuales cometidos por **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.** Primero, al desconocer el pacto arbitral consignado en el Memorando de Entendimiento suscrito por su matriz (controlante), puesto que **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.** incorporaron

³⁹ Contrato de compraventa de acciones suscrito entre **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.** como la parte vendedora, y **HOLDING M&B S.A.** como la parte compradora.

⁴⁰ Congreso de la República de Colombia, Decreto 410 de 1971, Por el cual se expide el Código de Comercio, (Bogotá, secretaría del Senado de la República de Colombia).

dicho pacto arbitral al contrato de compraventa de acciones y están desconociendo lo pactado.

Segundo, la negativa de realizar un ajuste al precio por los disturbios y los problemas de orden público suscitados en la ciudad de Cali, puesto que el **HOLDING M&B S.A.** firmó un contrato de compraventa en donde adquirió las acciones de un negocio en marcha, esto hace referencia a que la empresa esté en total capacidad operativa para seguir cumpliendo cabalmente con todas las obligaciones derivadas de objeto social de la sociedad y de las diferentes responsabilidades y obligaciones contraídas. Como lo estipula el numeral **CINCO (5) DEL ANEXO CINCO (5) DEL DECRETO 2101 DEL 2016**: *“La hipótesis de negocio en marcha es un principio fundamental para la preparación de los estados financieros de propósito general de una entidad. Bajo este principio, se considera que una entidad cuenta con la capacidad de continuar sus operaciones durante un futuro predecible, sin necesidad de ser liquidada o de cesar en sus operaciones y, por lo tanto, sus activos y pasivos son reconocidos sobre la base de que los activos serán realizados y los pasivos cancelados en el curso normal de las operaciones comerciales. Una consideración especial de la hipótesis de negocio en marcha es que la entidad tiene los recursos necesarios para cumplir con sus obligaciones cuando ellas sean exigibles en el futuro predecible”*⁴¹; para este caso en este caso específico, **DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S.** ya no era un negocio en marcha.

Los ingresos de dicha sociedad se redujeron a **CERO (0)** haciendo imposible la continuación del negocio y de su objeto social en las mismas condiciones. Aunado a la pérdida estrepitosa de dinero por los desmanes sociales, el due diligence traía consigo una serie de procesos y pasivos acumulados anteriores a la compra de las acciones que se tenían que seguir cumpliendo, esto incluye los **TREINTA Y OCHO (38)** procesos ordinarios laborales de exempleados de **DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S.** cuyas pretensiones equivalen aproximadamente a **MIL NOVECIENTOS MILLONES DE PESOS MCTE (COP\$1.900.000.000)** de pasivo contingente provisionado en los estados financieros de **DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S.**; **CINCO (5)** procesos contencioso-administrativos de impugnación de actos administrativos de la Superintendencia de Industria y Comercio por presuntas infracciones al Estatuto del Consumidor, y un endeudamiento financiero acumulado de aproximadamente **QUINCE MIL MILLONES DE PESOS MCTE (COP\$15.000.000.000)** con distintas entidades bancarias. Además de las obligaciones contraídas con posterioridad a la firma, generando esto una imposibilidad de continuar con los pagos pactados inicialmente en el contrato de compraventa de acciones, específicamente con los últimos dos pagos establecidos en dicho contrato.

Tercero, la negativa de realizar el ajuste del precio luego de la declaratoria de nulidad absoluta del contrato de compraventa sobre el bien inmueble en donde operaban las oficinas administrativas de **DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S.** y donde se había realizado un contrato de **JOINT VENTURE** con **SUNPOWER** y **LAFARGEHOLCIM** para la creación de un parque tecnológico, y la entrega forzosa del inmueble a los herederos de Ignacio

⁴¹ Sistema Único de Información Normativa, decreto 2101 del 2016, por el cual se adiciona un título 5, denominado Normas de Información Financiera para Entidades que no Cumplen la Hipótesis de Negocio en Marcha, a la Parte 1 del Libro 1 del Decreto 2420 de 2015 (Bogotá, SUIN JURISCOL, 2016).

Pradere, en un término de **TREINTA (30)** días desde la ejecutoria del fallo, lo cual genero pérdidas a **DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S.** por un valor aproximado de **QUINIENTOS MIL MILLONES DE PESOS MCTE (COP\$500.000.000.000)**.

Si bien en el contrato de compraventa de acciones existe un elemento esencial denominado precio, también existen otros elementos entre los cuales se encuentran la tasación de esos pagos, el plazo de los pagos y los mecanismos de ajuste de ese precio en situaciones muy específicas, sin embargo, este último elemento no fue respetado por la parte vendedora del contrato, generando un impedimento para continuar con el normal desarrollo del contrato de compraventa de acciones, e impidiendo la ejecución del mismo sin que antes se evalúe el desequilibrio económico contractual irrogado, y la situación desventajosa padecida por el **HOLDING M&B S.A.**

Refiriéndonos a la hipótesis de negocio en marcha, en donde se nos estipula que todo negocio tiene un **OBJETO SOCIAL** y un desarrollo económico del mismo, y lo que hace que ese negocio siga existiendo es la posibilidad de seguir ejerciendo el objeto social y continuar con su explotación económica. Al efecto, la Superintendencia de Sociedades de Colombia establece lo siguiente: *“La hipótesis de negocio en marcha es un principio fundamental para la preparación de los estados financieros de propósito general de una entidad. Bajo este principio, se considera que una entidad cuenta con la capacidad de continuar sus operaciones durante un futuro predecible, sin necesidad de ser liquidada o de cesar en sus operaciones y, por lo tanto, sus activos y pasivos son reconocidos sobre la base de que los activos serán realizados y los pasivos cancelados en el curso normal de las operaciones comerciales. Una consideración especial de la hipótesis de negocio en marcha es que la entidad tiene los recursos necesarios para cumplir con sus obligaciones cuando ellas sean exigibles en el futuro predecible”*⁴². Según este precepto de la Superintendencia Financiera, la hipótesis de negocio en marcha tiene que ver más con la posibilidad y la probabilidad de que el negocio pueda continuar su explotación comercial, y que el propietario pueda cubrir los pasivos con los que cuenta el negocio. Sin embargo, según los hechos que se nos relata, esto no fue posible con **DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S.**, pues con la alteración del orden público y el confinamiento de la población civil, los ingresos de la compañía se fueron a **CERO (0)**, impidiendo que se puedan cumplir con las obligaciones normales de la compañía, y seguir cumpliendo con los pasivos y las obligaciones que se relacionaron en el due diligence realizado antes de proceder a la compra de **DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S.**

⁴² Superintendencia de Sociedades de Colombia, Oficio 220-056371 del 12 de mayo del 2021, Hipótesis de Negocio en Marcha, (Bogotá, Repositorio de la Superintendencia de Sociedades, 2021).

NOTIFICACIONES

HOLDING M&B S.A. recibe notificaciones en la calle 15a #100–21 de la ciudad de Cali, y en la dirección electrónica gerencia@holdingm&b.com.

Los suscritos recibimos notificaciones en la calle 18 #118–250 de la ciudad de Cali, y en la dirección electrónica camilo.ocampo99@hotmail.com y parraecheverryvaleria@gmail.com.

De los señores árbitros, cordialmente,

Cristian Camilo Ocampo O.
Cristian Camilo Ocampo Ocampo
C.C. 1.088.358.759
T.P. 385780

Valeria Echeverry
Valeria Echeverry Parra
C.C. 1.088.349.723
T.P. 385781

MEMORIAL CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA
OPCIÓN DE GRADO: MOOT COURT

ESCRITO POR:

VALERIA ECHEVERRY PARRA
CRISTIAN CAMILO OCAMPO OCAMPO

CALI, COLOMBIA

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA



Pontificia Universidad
JAVERIANA
Cali

FACULTAD DE HUMANIDADES Y CIENCIAS SOCIALES
MAESTRÍA EN DERECHO EMPRESARIAL

ÍNDICE

CONTENIDO:

CONTESTACIÓN A LOS SUPUESTOS FÁCTICOS DE LA DEMANDA	3
ETAPA PRECONTRACTUAL:	4
ETAPA CONTRACTUAL:	4
ETAPA POSTERIOR A LA FIRMA DEL CONTRATO Y ENTREGA DE LA COSA:	7
SUPUESTOS FÁCTICOS QUE DETERMINAN LA RESPONSABILIDAD POR PARTE DE LAS SOCIEDADES VENDEDORAS:.....	7
SUPUESTOS FÁCTICOS QUE DETERMINAN LA RESPONSABILIDAD DE LA MATRÍZ:.....	8
SUPUESTOS FÁCTICOS QUE DETERMINAN LA EXISTENCIA DEL PACTO ARBITRAL:	9
CONTESTACIÓN A LAS PRETENSIONES.....	9
APORTE DE PRUEBAS	11
FUNDAMENTOS JURIDICOS Y EXCEPCIONES DE MÉRITO	11
EXCEPCIÓN DE MÉRITO FRENTE A LA RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA DE LA MATRIZ:	11
EXCEPCIÓN DE MÉRITO FRENTE A LA FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA DE HOLDING DÁVILA VÉLEZ & CÍA S. en C.:	18
EXCEPCIÓN DE MÉRITO FRENTE A LA INEXISTENCIA DE VICIOS REDHIBITORIOS:	20
EXCEPCIÓN DE MÉRITO FRENTE AL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL DE HOLDING M&B S.A.:	27
EXCEPCIÓN DE MÉRITO FRENTE A LA FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO:.....	29
NOTIFICACIONES	34

Cali, Valle del Cauca. Mayo del 2024

Honorables Árbitros
TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
 Centro de Conciliación y Arbitraje
 Cámara de Comercio de Cali, Valle
 E.S.D.

Asunto: **CONTESTACIÓN DEMANDA DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL**

DEMANDANTE:	HOLDING M&B S.A.
DEMANDADOS:	HOLDING DÁVILA VÉLEZ & CÍA S. en C.
	ELECTROTECH S.A.
	MAGRAVI S.A.S.

Cordial saludo,

Por medio del presente escrito, **VALERIA ECHEVERRY PARRA**, mayor de edad, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.088.349.723 y tarjeta profesional No. 385781 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura; y **CRISTIAN CAMILO OCAMPO OCAMPO**, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.088.358.759 y tarjeta profesional No. 385780 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, actuando como apoderados de las empresas **HOLDING DÁVILA VÉLEZ & CÍA S. en C.**, **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.**, quienes en la presente acción asisten en calidad de demandados, acudimos a este despacho para presentar la **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA** interpuesta por los apoderados de la empresa **HOLDING M&B S.A.**, en los siguientes términos:

CONTESTACIÓN A LOS SUPUESTOS FÁCTICOS DE LA DEMANDA

1. Con relación al hecho 1, Es cierto que se realizó un negocio jurídico denominado Contrato de Compraventa respecto de las acciones de la compañía **DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S.**, en el cual **HOLDING M&B S.A.** actuó como

comprador, y **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.** actuaron como vendedoras.

No es cierto que, en palabras del demandante “*se llevó a cabo un negocio jurídico de compraventa sobre las acciones de la compañía DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S., con HOLDING DÁVILA VÉLEZ & CÍA S. en C (...)*”, toda vez que quienes suscribieron el contrato de compraventa de acciones fueron únicamente las sociedades **HOLDING M&B S.A., en calidad de compradora, y ELECTROTECH S.A. y MAGRAVI S.A.S., en calidad de vendedoras, dado que estas últimas ostentaban el derecho real de dominio de la totalidad de las acciones objeto del contrato de compraventa antes mencionado, ELECTROTECH S.A., en un 72%, y MAGRAVI S.A.S., en un 28%, razón por la cual, el contrato de compraventa, como antes se mencionó fue celebrado y suscrito únicamente por HOLDING M&B S.A. como comprador, y ELECTROTECH S.A. y MAGRAVI S.A.S. como vendedoras.**

ETAPA PRECONTRACTUAL:

2. Con relación al hecho 2, es cierto.
 - 2.1. Con relación al hecho 2.1, es cierto.
 - 2.2. Con relación al hecho 2.2, es cierto.
 - 2.3. Con relación al hecho 2.3, es cierto.
 - 2.4. Con relación al hecho 2.4, es cierto.
 - 2.4.1. Con relación al hecho 2.4.1, es cierto.
 - 2.4.2. Con relación al hecho 2.4.2, es cierto.
 - 2.4.3. Con relación al hecho 2.4.3, es cierto.
 - 2.5. Con relación al hecho 2.5, es parcialmente cierto, valga mencionar que a que contrato se refiere el demandante, pues las partes en el Memorando de Entendimiento y en el Contrato de Compraventa de Acciones son distintas, y la controversia que motivó al demandante a iniciar el presente proceso se deriva del contrato de promesa de compraventa.

ETAPA CONTRACTUAL:

3. Con relación al hecho 3, es cierto.
 - 3.1. Con relación al hecho 3.1, es cierto.
 - 3.2. Con relación al hecho 3.2, es parcialmente cierto, puesto que sí se suscribió un Memorando de Entendimiento entre **HOLDING DÁVILA VÉLEZ & CÍA S. en C.** y **HOLDING M&B S.A.**, y estas acordaron que dirimirían cualquier conflicto resultante de la negociación por medio de un Tribunal de Arbitramento conformado por árbitros del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali. Sin embargo, dicho Memorial de Entendimiento perdió validez en el momento en el cual se suscribió el Contrato de Compraventa de Acciones, como lo estipularon las partes de común acuerdo y textualmente en el Memorial, así: “*nada está acordado hasta que todo esté acordado y firmado, es decir, no podría reputarse existente ningún contrato de compraventa hasta que no fuera este elevado a documento escrito, fecha en la cual el MOU dejaría de tener efectos*” (Cursiva, subrayado y negrilla fuera del texto original). A su vez, en el **MOU** de común acuerdo, las partes estipularon lo siguiente “(…) de manera tal

que todo acuerdo previo, verbal o escrito, sobre la negociación, quedaba expresamente derogado por ellas con la firma del Contrato de Compraventa de Acciones”. Por lo tanto, no puede reputarse los efectos del Memorando de Entendimiento cuando las partes manifestaron de manera **EXPRESA** y sin lugar a equívocos, que el **MOU** dejaría de tener efectos una vez celebrado el Contrato de Compraventa de Acciones, es decir, que el **MOU** dejó de tener efectos el 28 de diciembre de 2022, y por ende todas sus disposiciones contractuales incluida la relativa a la cláusula compromisoria, sin poder producir efectos frente a las partes o frente al Contrato de Compraventa de Acciones.

3.3. Con relación al hecho 3.3, es cierto.

3.4. Con relación al hecho 3.4, es cierto.

3.5. Con relación al hecho 3.5, es parcialmente cierto, puesto que sí se pactó una cláusula referente al mecanismo denominado “ajuste de precio”; sin embargo, este mecanismo solo opera frente a 3 causales establecidas de manera expresa en la Cláusula Octava del Contrato de Compraventa de Acciones, donde se pactó que habría lugar a un ajuste del precio de compra siempre y cuando, antes del desembolso de los restantes instalamentos de pago del precio diferidos respecto de la fecha de firma del Contrato de Compraventa de Acciones, ocurriera cualquiera de los eventos señalados en la Cláusula 8.1., a saber, las siguientes: “**a.** *Que se encontraran en **DOURO** pasivos laborales adicionales a los 38 procesos revelados en el Anexo de Revelaciones del Contrato, cuya causa sea anterior a la fecha de firma de este;*

b. *Que, por cualquier causa, **DOURO** perdiera acceso al inmueble donde operaba el Joint Venture con **SUNPOWER** y **LAFARGEHOLCIM**;*

c. *Que se encontraran créditos u obligaciones financieras adicionales a los consignados en el Anexo de Revelaciones.*

*Se pactó en la misma cláusula que, para poner en marcha el mecanismo de ajuste del precio, los eventos adversos tendrían que superar un umbral de materialidad cuantitativa, establecido por las Partes en COP\$1.000.000.000 y que, en atención a que la negociación se realizaba por el ciento por ciento (100%) de las acciones de **DOURO**, los Vendedores asumirían la totalidad de la contingencia en caso de que esta se materializara en una pérdida o erogación ocurrida antes de la fecha del Tercer Pago (28 de diciembre de 2022). En tales casos, la parte Compradora tendría derecho a solicitar el ajuste del precio pendiente de pago deduciendo del mismo el monto que resultare de la contingencia materializada, siempre y cuando formulara la reclamación dentro del mes siguiente a la fecha en que conociera de su materialización”¹.*

No es cierto que se encontraran inmersos varios vicios redhibitorios convencionales, pues desde el momento de la negociación de las condiciones de venta, se realizó un proceso de debida diligencia cuyo informe lo recibió oportunamente el **CEO** de **ORGANIZACIÓN MEJÍA BARBERI**, y donde se expusieron todos los posibles aspectos internos y externos de **DOURO** que

¹ Contrato de compraventa de acciones suscrito entre **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.** como la parte vendedora, y **HOLDING M&B S.A.** como la parte compradora.

jurídica y económicamente pudieran incidir en su viabilidad y valor de mercado. Incluyendo, pero sin limitarse, *“el proceso civil de nulidad absoluta de contrato de compraventa sobre el inmueble en donde operan actualmente las oficinas administrativas de DOURO.*

Para ese entonces, el proceso seguía en primera instancia sin sentencia, con el Rad. No. 2011-0023 del Juzgado Primero Civil del Circuito de Cali y existe una medida cautelar de inscripción de la demanda que se materializó un mes después de presentada”².

Además, se debe recordar el objeto del contrato, se delimita específicamente a una **COMPRAVENTA DE ACCIONES**, y aunque alguno de los riesgos develados en el due diligence se llegara a materializar, esto no podría ser óbice para generar la terminación del contrato, ni siquiera se podría llegar a alegar el incumplimiento de este, puesto que para eso se estipuló un mecanismo de ajuste de precio bajo unos preceptos específicos y una cláusula de indemnidades.

3.6. Con relación al hecho 3.6, es cierto.

3.7. Con relación al hecho 3.7, es cierto. Para efectos de claridad, se cita a continuación la cláusula penal establecida por las partes: *“(…) en lo referente a las declaraciones y garantías de cada una de las partes, en caso de estimarse por una de ellas que la otra había otorgado una declaración o garantía falsa o inexacta, que causara un perjuicio cuantificable a la parte que alega la inexactitud o falsedad, y ello fuera demostrado conforme al procedimiento pactado en la Cláusula Undécima, esta podría reclamar de la parte que dio la declaración el 120% del valor del perjuicio ocasionado por esta”.*

3.8. Con relación al hecho 3.8, es cierto. Sin embargo, también se pactó el umbral de materialidad cuantitativa para poder realizar la reclamación, el plazo que tenían que cumplir para solicitar el mecanismo de ajuste del precio y la formalidad frente a la realización de la solicitud.

3.9. Con relación al hecho 3.9, es cierto.

3.10. Con relación al hecho 3.10, es cierto. Dicha información estaba plasmada en el informe del due diligence, en el cual se mencionó la existencia de un contrato de Joint Venture con **SUNPOWER**, y **LAFARGEHOLCIM**, así como la sanción pactada por estos y **DOURO** si se llegase a materializar la pérdida del inmueble producto de la declaratoria judicial de nulidad del contrato de compraventa por medio del cual **DOURO** adquirió el inmueble. Proceso que también fue develado en el proceso de due diligence, así como su etapa procesal la cual no contaba con sentencia en firme.

3.11. Con relación al hecho 3.11, es parcialmente cierto, puesto que el comprador estaría facultado para realizar el descuento después de haber cumplido con los requisitos establecidos en el Contrato de Compraventa de Acciones por las partes, los cuales se definen a continuación: *“Notificación de Perjuicios: La Compradora deberá notificar a la Vendedora por escrito de cualquier falsedad o inexactitud en la información proporcionada durante el objeto del presente*

² Informe consolidado resultante del due diligence realizado a la compañía **DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S.** en la etapa precontractual.

contrato dentro de un plazo de 30 días desde la fecha de descubrimiento de dicha falsedad o inexactitud". Sin embargo, estos requisitos no fueron cumplidos por **HOLDING M&B S.A.** al momento de radicar la solicitud de reajuste del precio, dado que no cumplió con el término pactado contractualmente para hacer la reclamación, pese a que ambas partes al momento de suscribir el **CONTRATO DE COMPRAVENTA DE ACCIONES** decidieron de común acuerdo establecer un término para efectos realizar la solicitud de reajuste.

3.12. Con relación al hecho 3.12, Se reitera lo estipulado en el numeral 3.2 de la presente contestación.

ETAPA POSTERIOR A LA FIRMA DEL CONTRATO Y ENTREGA DE LA COSA:

4. Con relación al hecho 4, es cierto.
5. Con relación al hecho 5, es cierto.
6. Con relación al hecho 6, es cierto.
7. Con relación al hecho 7, es cierto.
8. Con relación al hecho 8, es cierto, sin embargo, es pertinente mencionar con relación a este asunto que conforme lo pactado en el Contrato de Compraventa de Acciones, las situaciones de orden público, cierre temporal del parque tecnológico y/o la reducción de los ingresos generados por **DOURO** no fueron contemplados dentro de las 3 causales de ajustes de precio pactadas contractualmente, y relacionadas en el numeral 3.5 del presente documento.
9. Con relación al hecho 9, es cierto.
 - 9.1. Con relación al hecho 9.1, es cierto.
 - 9.2. Con relación al hecho 9.2, es cierto.
 - 9.3. Con relación al hecho 9.3, es cierto.
10. Con relación al hecho 10, es cierto, lo cual constituye un reconocimiento expreso del incumplimiento contractual por parte del demandante.
11. Con relación al hecho 11, es cierto.
12. Con relación al hecho 12, es cierto.
13. Con relación al hecho 13, es cierto.
14. Con relación al hecho 14, es cierto.
15. Con relación al hecho 15, es cierto.

SUPUESTOS FÁCTICOS QUE DETERMINAN LA RESPONSABILIDAD POR PARTE DE LAS SOCIEDADES VENDEDORAS:

16. Con relación al hecho 16, es cierto.
 - 16.1. Con relación al hecho 16.1, es cierto.
 - 16.2. Con relación al hecho 16.2, es cierto.
17. Con relación al hecho 17, es parcialmente cierto, puesto que sí se pactó un mecanismo de ajuste del precio ligado a un procedimiento. Sin embargo, nunca existieron vicios redhibitorios como alega la parte demandante.
18. Con relación al hecho 18, es cierto, sin embargo, la posibilidad de materializarse este perjuicio se reveló en el informe del due diligence desde la etapa precontractual.
19. Con relación al hecho 19, es parcialmente cierto, puesto que no se cumplieron las formalidades previstas en el Contrato de Compraventa de Acciones al momento de

radicar la solicitud. Además, era un riesgo que estaba contemplado en el Contrato de Compraventa de Acciones, por ende, era de pleno conocimiento del comprador.

20. Con relación al hecho 20, es parcialmente cierto, puesto que no se cumplieron las formalidades previstas en el Contrato de Compraventa de Acciones al momento de radicar la solicitud. Además, era un riesgo que estaba contemplado en el Contrato de Compraventa de Acciones.
21. Con relación al hecho 21, no es cierto. En el Contrato de Compraventa de Acciones se pactó el término de un (1) mes para realizar la solicitud de manera consensual entre las partes negociantes, incluso fueron los mismos representantes del **DEMANDANTE** quienes realizaron el borrador del Contrato de Compraventa de Acciones, como se menciona a continuación: *“y proyectó (la **ORGANIZACIÓN MEJÍA BARBERI**), con ayuda de sus asesores, el borrador del texto del contrato de compraventa de acciones para revisión y discusión conjunta de las partes negociantes”*. Por lo tanto y apegándonos a la teoría de los actos propios, el **DEMANDANTE** no puede (y no debe) desconocer preceptos estipulados en el Contrato de Compraventa de Acciones porque no le son beneficiosos, pues esto crea un ambiente de inseguridad jurídica y va en contravía del principio **PACTA SUNT SERVANDA**.
22. Con relación al hecho 22, no es cierto por lo expresado en el numeral 3.2 de la presente contestación.
23. Con relación al hecho 23, es cierto.
24. Con relación al hecho 24, no es cierto, puesto que la obligación dineraria pendiente por pagar por parte de **HOLDING M&B S.A.** eran **QUINIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL MILLONES DE PESOS (\$564.000.000.000)**.

SUPUESTOS FÁCTICOS QUE DETERMINAN LA RESPONSABILIDAD DE LA MATRÍZ:

25. Con relación al hecho 25, es cierto
26. Con relación al hecho 26, no es cierto, pues **HOLDING DAVILA VÉLEZ & CIA S. EN C.** no fue signataria del Contrato de Compraventa de Acciones, por lo tanto, no está obligada ni permeada por el contrato.
27. Con relación al hecho 27, no es cierto, puesto que **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.** actuaron con total autonomía al momento de negociar el clausulado contractual presentado como borrador por la **ORGANIZACIÓN MEJÍA BARBERI**, y posteriormente convertirse en signatarias de este. Referente a la adopción del **MOU**, debemos reiterar que, en la parte final de este, se establece claramente que posterior a la firma del contrato de compraventa, este perderá efectos.
28. Con relación al hecho 28, no es cierto. A pesar de que entre **HOLDING DAVILA VÉLEZ & CIA S. EN C.** y **ELECTROTECH S.A.** y **MARGAVI S.A.S.** existe un grupo empresarial, esto no es óbice para que cada una de las compañías no tengan autonomía en la toma de decisiones. Prueba de ello es que en las tres empresas la junta directiva es distinta e independiente la una de la otra.
29. Con relación al hecho 29, no es cierto, no se prueba que haya existido un acto fraudulento, ni una situación de control clara.

- 29.1. Con relación al hecho 29.1, no es cierto, no se ha superado la duda razonable acerca de este tema.
- 29.2. Con relación al hecho 29.2, no es cierto, no existen dichos actos fraudulentos.
- 29.3. Con relación al hecho 29.3, no es cierto, los perjuicios no son atribuibles ni a la matriz ni a las subordinadas.
30. Con relación al hecho 30, no es cierto, no se ha superado la duda razonable respecto de este tema. La desestimación de la personalidad jurídica debe ser declarada judicialmente después de agotarse el acervo probatorio.

SUPUESTOS FÁCTICOS QUE DETERMINAN LA EXISTENCIA DEL PACTO ARBITRAL:

31. Con relación al hecho 31, es cierto.
32. Con relación al hecho 32, no es cierto. Diríjase al numeral 3.2 de la presente contestación.
33. Con relación al hecho 33, no es cierto, pues no se cumple con los preceptos estipulados en la ley 1563 del 2012 (Estatuto Arbitral).
34. Con relación al hecho 34, no me consta. Aún no existe una decisión judicial o arbitral en firme en donde se decrete que se cumplen los 3 requisitos establecidos en la doctrina, de igual manera debemos recordar que la doctrina es una fuente material, mas no vinculante a las partes, para considerar a la matriz adherida a la misma, no es una afirmación que pueda hacer el demandante en su libre albedrío. Además, no se estipulan cuáles son los 3 requisitos citados en el presente numeral.

CONTESTACIÓN A LAS PRETENSIONES

1. Con relación a la pretensión 1, me opongo, puesto que **HOLDING DAVILA VÉLEZ & CÍA S. EN C.** no hizo parte de la firma del contrato, ni tenía acciones dentro de **DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S.** para ser una parte negocial.
2. Con relación a la pretensión 2, me opongo, pues a lo largo de esta contestación se ha demostrado con suficiencia que el informe del due diligence se conoció por las partes previo a la firma del contrato, incluso la parte demandante reconoce la existencia del mismo y su conocimiento en el numeral 13 de su demanda. En dicho informe se expusieron todas las situaciones de riesgo que tenía la empresa, tanto jurídicas como económicas. Además, no se puede dejar de lado el objeto del contrato, el cual se encasilla en una **COMPRAVENTA DE ACCIONES**, no de un bien inmueble. Incluso las partes pactaron voluntaria y consensualmente que, si se materializaba la pérdida del inmueble por decisión judicial, no se terminaría la relación contractual, por el contrario, esto se sanearía por medio de un mecanismo de ajuste de precio, cuestión que la parte demandante parece desconocer.
3. Con relación a la pretensión 3, me opongo, puesto que la parte incumplida en el contrato es **HOLDING M&B S.A.**, incluso dicha sociedad reconoció de manera expresa dicho incumplimiento en el numeral 10 de la demanda, dado que no cumplió con la obligación económica que le subsistía frente al contrato, ignorando por

completo los dos últimos pagos estipulados y acordados contractualmente. Contractualmente, el mecanismo adecuado para negociar el no pago de las últimas dos obligaciones pendientes (o por lo menos poner en pausa dichas obligaciones pendientes) era activar el mecanismo de ajuste de precio por las tres causales específicas inmiscuidas en el Contrato de Compraventa de Acciones. Sin embargo, la parte demandante ignoró por completo las formalidades requeridas contractualmente para activar este mecanismo, solicitándolo extemporáneamente y en una forma no prevista en el contrato; y por una causal (disturbios de orden público) que no estaba prevista dentro de la cláusula de mecanismo de ajuste del precio, por lo que también incumplió el contrato en la forma en la que realizó la solicitud. La parte demandante decidió de manera deliberada, incurrir en el no pago de la obligación dado que **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.** se comprometieron netamente a transferir unas acciones en virtud de un contrato de compraventa, lo cual se cumplió a cabalidad, en ningún escenario se aseguró el éxito o riesgo de los eventuales inconvenientes que tuviera el negocio; puesto que si el negocio hubiera producido el efecto contrario, es decir, no una pérdida para **HOLDING M&B S.A.** si no que se hubiera duplicado las utilidades de **DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S.**, **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.** no podrían haber solicitado un reajuste de precio que resultase beneficioso por el incremento de las utilidades de la empresa en cuestión, por lo que se verían en una posición desventajosa frente al precio de venta, es así como no están en la obligación de compartir las ganancias ni tampoco las eventuales pérdidas.

- 3.1. Con relación a la pretensión 3.1, me opongo, puesto que no se cumplió con lo estipulado en el Contrato de Compraventa de Acciones.
- 3.2. Con relación a la pretensión 3.2, me opongo, puesto que por un error aritmético la parte demandante supone que el precio adeudado son **QUINIENTOS CUARENTA MIL MILLONES DE PESOS M/CTE (COP\$540.000.000.000)**; Sin embargo, la suma adeudada realmente son **QUINIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL MILLONES DE PESOS M/CTE (COP\$564.000.000.000)**, pues este valor es el resultante de tomar la suma adeudada inicialmente (**NOVECIENTOS CUARENTA MIL MILLONES DE PESOS M/CTE (COP\$940.000.000.000)**) y restar el pago del **CUARENTA POR CIENTO (40%)** que efectivamente pagó la parte demandante. Por lo tanto, si se llegase a ajustar el precio por decisión judicial, la parte demandante tendría la obligación de pagar **SESENTA Y CUATRO MIL MILLONES DE PESOS M/CTE (COP\$64.000.000.000)**, y no **CUARENTA MIL MILLONES DE PESOS M/CTE (COP\$40.000.000.000)** como se expone en esta pretensión. Además de todo esto, tampoco se solicitó la activación del mecanismo de ajuste del precio con las condiciones estipuladas contractualmente.
4. Con relación a la pretensión 4, me opongo, puesto que nunca se suscitaron dichos actos fraudulentos, no está probados y tampoco están declarados judicialmente.
 - 4.1. Con relación a la pretensión 4.1, me opongo, pues **HOLDING DÁVILA VÉLEZ & CÍA S. EN C.**, no goza de legitimación para ser parte contratante en el Contrato de Compraventa de Acciones, puesto a que no es parte del contrato, tal como puede comprobarse en el mismo.

- 4.2. Con relación a la pretensión 4.2, me opongo, pues **HOLDING DÁVILA VÉLEZ & CÍA S. EN C.**, no goza de legitimación para ser parte contratante en el Contrato de Compraventa de Acciones.
- 4.3. Con relación a la pretensión 4.3, me opongo, pues **HOLDING DÁVILA VÉLEZ & CÍA S. EN C.**, no goza de legitimación para ser parte contratante en el Contrato de Compraventa de Acciones.
- 4.3.1. Con relación a la pretensión 4.3.1, me opongo, pues **HOLDING DÁVILA VÉLEZ & CÍA S. EN C.**, no goza de legitimación para ser parte contratante en el Contrato de Compraventa de Acciones.
- 4.3.2. Con relación a la pretensión 4.3.2, me opongo, pues **HOLDING DÁVILA VÉLEZ & CÍA S. EN C.**, no goza de legitimación para ser parte contratante en el Contrato de Compraventa de Acciones.
5. Con relación a la pretensión 5, me opongo, pues esta decisión es propia del tribunal, y se aplica a quien resulte vencido en el proceso de arbitramento.

APORTE DE PRUEBAS

1. Comunicación del 18 de junio de 2023 (contemplada en el numeral 17).
2. Comunicación del 20 de junio de 2023 (contemplada en el numeral 18).
3. Comunicación del 28 de junio de 2023 (contemplada en el numeral 19).
4. Comunicación del 7 de julio de 2023 (contemplada en el numeral 20).
5. Acta de la mesa de conciliación del 14 de agosto de 2023.
6. Acta de reunión del 22 de agosto de 2023 (de que trata el numeral 24).
7. Comunicación del 6 de octubre de 2023 (de que trata el numeral 25).
8. Informe del Due Diligence.

FUNDAMENTOS JURIDICOS Y EXCEPCIONES DE MÉRITO

EXCEPCIÓN DE MÉRITO FRENTE A LA RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA DE LA MATRIZ:

Primero debemos referirnos al Código de Comercio, que en el artículo 98 establece qué es un contrato de sociedad de la siguiente manera: *“Contrato de sociedad - concepto - persona jurídica distinta: Por el contrato de sociedad dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social. La sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados”*³.

³ Congreso de la República de Colombia, Decreto 410 de 1971, Por el cual se expide el Código de Comercio, (Bogotá, secretaría del Senado de la República de Colombia).

El Código de Comercio nos da el concepto de lo que es un contrato de sociedad, el cual se compone de una persona jurídica que es **COMPLETAMENTE DISTINTA** a sus socios o accionistas. Este concepto se hace extensivo cuando existe un grupo empresarial, cada una de las empresas de dicho grupo empresarial debe tomarse como una distinta y separada completamente una de la otra. Para este caso en específico, no se debe de llegar a confundir que **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.** son la misma compañía; ni que estas dos compañías son las mismas que **HOLDING DAVILA VÉLEZ & CÍA S. EN C.** Son compañías que gozan de absoluta autonomía al momento de tomar decisiones, y que tienen órganos directivos totalmente independientes los de una compañía con los de las otras compañías.

A su vez, la Ley 1258 del 2008 (por medio de la cual se crea la Sociedad por Acciones Simplificada) establece en su artículo segundo lo que se debe comprender por personalidad jurídica, así: *“Personalidad jurídica. La sociedad por acciones simplificada, una vez inscrita en el Registro Mercantil, formará una persona jurídica distinta de sus accionistas”*⁴. De esta manera, se crea un mecanismo de protección para los accionistas o socios de una sociedad, otorgando una capa de seguridad jurídica en su favor y permeando a las sociedades de una personalidad jurídica totalmente independiente a la de sus socios o accionistas.

En este caso en específico, una de las pretensiones de la parte demandante consiste en levantar el velo corporativo de **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.** Sin embargo, la aplicación de esta pretensión es totalmente inviable al caso concreto, por los motivos que se exponen a continuación: *“el levantamiento del velo corporativo no es otra cosa que el desconocimiento de la limitación de la responsabilidad que tienen los socios o accionistas frente a la sociedad y terceros, al hacerlos responsables directos frente a las obligaciones de la persona jurídica. Con tal figura, se suprime el principal efecto de la personificación jurídica en la sociedad anónima y de responsabilidad limitada, esto es, la limitación de los asociados en su responsabilidad hasta el valor de sus aportes, y se los hace responsables ilimitadamente, tal como sucede en las sociedades colectivas, en comandita simple y en las sociedades por acciones simplificadas SAS”*⁵.

Sin embargo, para que pueda operar el levantamiento del velo corporativo, se debe tener en cuenta lo establecido por la Corte Suprema de Justicia cuando trae a colación el literal d) del numeral 5 del artículo 24 del Código General del Proceso: *“La nulidad de los actos defraudatorios y/o la desestimación de la personalidad jurídica (...) solo exige en primer lugar la utilización de la sociedad en fraude a la ley o en perjuicio de terceros. Ahora bien, si se pretende adicionalmente trascender el principio de separación patrimonial y extender los efectos de la responsabilidad a los administradores, accionistas o a empresas vinculadas integrantes de un mismo grupo económico, se requiere adicionalmente acreditar que las*

⁴ Congreso de la República de Colombia, Ley 1258 del 2008, Por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada, (Bogotá, secretaría del Senado de la República de Colombia).

⁵ Revista en línea ACTUALÍCESE, Oficio 220-155836 del 19 de noviembre del 2015 (Colombia, Repositorio en línea, 2015).

*respectivas personas naturales o jurídicas hubieren participado en o facilitado los actos defraudatorios*⁶.

Es decir, la Corte en la sentencia en cita, nos trae consigo como requisitos para el levantamiento del velo corporativo, los siguientes: *“I) La utilización de la sociedad para ejecutar negocios jurídicos defraudatorios; II) y, que este acto genere perjuicios para cualquier tercero”* y en adición *“si se persigue tal desestimación de la personalidad jurídica puede vincularse solidariamente como responsables a los accionistas y administradores que hubiere realizado, participado o facilitado los actos colusivos, así como a las sociedades vinculadas que estén sometidas a control matriz”*⁷.

Es decir que deberán cumplir con los tres requisitos indispensables que trae a colación la Corte Suprema de Justicia y a su vez se enuncian en el texto LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO: PANORAMA Y PERSPECTIVAS. EL CASO COLOMBIANO, de la Universidad del Rosario, el cual nos enuncia lo siguiente: *“(i) situación de control sobre la sociedad, (ii) actuación ilícita o fraudulenta y (iii) perjuicio causado con ella”*⁸. En efecto, para que la matriz sea declarada responsable por los actos ejercidos por sus subordinadas, y en caso tal se esté solicitando el levantamiento del velo corporativo para la matriz, deben necesariamente concurrir los 3 requisitos. Si llegase a faltar uno de ellos, no podría deprecarse el levantamiento del velo corporativo en contra de **HOLDING DÁVILA VÉLEZ Y CÍA S. en C.**, pues de lo contrario se crearía un ambiente de inseguridad jurídica para los accionistas de las 3 compañías, tanto del holding como de **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.**

Para comprender estos tres requisitos indispensables, los vamos a descomponer uno por uno hasta que se pruebe con suficiencia que no aplica ninguno de los tres en el caso concreto, y que, por ende, no debe levantarse el velo corporativo de las empresas **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.**

Primeramente, estudiaremos la situación de control, y, para el efecto, debemos traer a colación la Ley 222 de 1995, que en sus artículos 26 y 27 establece lo siguiente: *“Artículo 26. Subordinación. El artículo 260 del Código de Comercio quedará así: artículo 260. Una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual aquélla se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria.*

⁶ Corte Suprema de Justicia, sala de Casación Civil, Sentencia SC1643-2022, M.P. AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO, (Bogotá, repositorio de la Corte Suprema de Justicia, 2022).

⁷ Corte Suprema de Justicia, sala de Casación Civil, Sentencia SC1643-2022, M.P. AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO, (Bogotá, repositorio de la Corte Suprema de Justicia, 2022).

⁸ Universidad del Rosario, colección textos de jurisprudencia. LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO: PANORAMA Y PERSPECTIVAS. EL CASO COLOMBIANO (Bogotá, repositorio de la Universidad del Rosario, 2010).

Artículo 27. Presunciones De Subordinación. El artículo 261 del Código de Comercio quedará así: Artículo 261. Será subordinada una sociedad cuando se encuentre en uno o más de los siguientes casos:

- 1. Cuando más del cincuenta por ciento (50%) del capital pertenezca a la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de sus subordinadas, o de las subordinadas de éstas. Para tal efecto, no se computarán las, acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto.*
- 2. Cuando la matriz y las subordinadas tengan conjunta o separadamente el derecho de emitir los votos constitutivos de la mayoría mínima decisoria en la junta de socios o en la asamblea, o tengan el número de votos necesario para elegir la mayoría de los miembros de la junta directiva, si la hubiere.*
- 3. Cuando la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de las subordinadas, en razón de un acto o negocio con la sociedad controlada o con sus socios, ejerza influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de la sociedad.*

PARAGRAFO 1o. Igualmente habrá subordinación, para todos los efectos legales, cuando el control conforme a los supuestos previstos en el presente artículo, sea ejercido por una o varias personas naturales o jurídicas de naturaleza no societaria, bien sea directamente o por intermedio o con el concurso de entidades en las cuales éstas posean más del cincuenta por ciento (50%) del capital o configure la mayoría mínima para la toma de decisiones o ejerzan influencia dominante en la dirección o toma de decisiones de la entidad.

PARAGRAFO 2o. Así mismo, una sociedad se considera subordinada cuando el control sea ejercido por otra sociedad, por intermedio o con el concurso de alguna o algunas de las entidades mencionadas en el párrafo anterior”⁹.

Igualmente, la Cámara de Comercio de Bogotá la define de la siguiente manera: “*Es una figura que ocurre cuando el poder de decisión de una sociedad se encuentra sometido a la voluntad de otra persona sea natural o jurídica. Dicha influencia puede ser ejercida directamente o por intermedio de otra u otras sociedades que a su vez son controladas por la Matriz (filiales y subsidiarias respectivamente). Asimismo, el control puede ser individual (ejercido por una sola matriz) o conjunto (dos o más controlantes) que actúan en bloque y de manera conjunta*”¹⁰. En este caso en específico, se hace necesario indicar que **ORGANIZACIÓN BEATRIZ DÁVILA** es el conglomerado propietario de **HOLDING DÁVILA VÉLEZ & CÍA S. en C.** y, por ende, de las empresas subordinadas a esta, entre las cuales se encuentran **ELECTROTECH S.A.** y **MARGRAVI S.A.S.**, sin embargo y para

⁹ Congreso de la República de Colombia, Ley 222 de 1995, Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones, (Bogotá, secretaría del Senado de la República de Colombia).

¹⁰ Cámara de Comercio de Bogotá, Guía 10 RM Registro de situaciones de control y grupos empresariales, modificaciones o cancelaciones (Bogotá, Biblioteca Digital CCB, 2023).

salvaguardar el principio de independencia, cada una de las compañías mencionadas anteriormente tiene sus propios órganos de administración. Contando, por ejemplo, con una junta directiva autónoma conformada por distintas personas, garantizando la independencia en la toma de decisiones.

Además, la Superintendencia de Sociedades, en la guía de régimen de matrices y subordinadas, nos especifica y cita puntualmente cuáles son las situaciones de control que existen, así: *“Modalidades de control: El artículo 261 C.Co. modificado por el artículo 27 de la Ley 222 de 1995, aclara y especifica los supuestos de subordinación para el control societario, bajo las siguientes modalidades:*

2.1. Control interno por participación: Se verifica cuando se posea más del cincuenta por ciento (50%) del capital en la subordinada, sea directamente o por intermedio o con el concurso de las subordinadas, o las subordinadas de estas.

2.2. Control interno por el derecho a emitir votos constitutivos de mayoría mínima decisoria: Esta modalidad se presenta cuando se tiene el poder de voto en las juntas de socios o en las asambleas de accionistas, o por tener el número de votos necesario para elegir la mayoría de los miembros de junta directiva, si la hubiere.

2.3. Control externo: Esta forma de control también se ha denominado “subordinación contractual” y se verifica mediante el ejercicio de influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración, en razón de un acto o negocio celebrado con la sociedad controlada o con sus socios”¹¹. Sin embargo y revisando con detenimiento cada una de las modalidades en que una matriz puede controlar a sus subordinadas, para el caso concreto no aplica ninguna de las establecidas por la Superintendencia de Sociedades, dejando cada vez más clara nuestra postura frente a las declaraciones de la parte demandante. Y estableciendo una clara línea entre lo pretendido por este y lo regulado por la norma y los órganos expertos en la materia.

A su vez, la Superintendencia de Sociedades trae a colación lo que se debe comprender por acto fraudulento, sin embargo, lo deja a criterio del juez, así: *“Es de advertir que la ley no precisa ni establece definición alguna en torno la utilización de la sociedad en fraude a la ley o en perjuicio de terceros ni trae un listado de conductas a partir de las cuales así se establezca, por lo que corresponde al juez decidir en el caso concreto puesto a su consideración. si se incurrió en actuación maliciosa, desleal, deshonesto, en abuso de confianza o en infidelidad a las obligaciones propias de los socios y administradores con el propósito de privar a alguien de un derecho, para derivar la consecuencia jurídica que corresponda”¹². Frente al caso en concreto podemos aseverar que **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.** nunca actuaron de manera desleal, maliciosa ni mucho menos*

¹¹ Superintendencia de Sociedades, GUÍA PRÁCTICA: RÉGIMEN DE MATRICES Y SUBORDINADAS, (Bogotá, Repositorio de la Superintendencia de Sociedades).

¹² Superintendencia de Sociedades de Colombia, Oficio 220-037724 del 02 de mayo de 2019 (Bogotá, Repositorio de la Superintendencia de Sociedades, 2019).

deshonesta, pues desde un inicio (desde la etapa negocial) siempre estuvieron prestas para entregar documentación, realizar un informe sobre riesgos jurídicos y económicos y negociar el precio, aun estando sobre la mesa el resultado del informe del due diligence; Sin embargo, **HOLDING M&B S.A.** decidió continuar con el proceso de compra de **DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S.**, conociendo los riesgos develados por el informe del due diligence. Es tanto así que quien redactó el borrador del Contrato de Compraventa de Acciones fue **HOLDING M&B S.A.**, y como si fuera poco se aceptaron por las partes contratantes los dos mecanismos de protección integrados en las cláusulas del contrato, denominados “mecanismo de ajuste del precio” y “cláusula de indemnidades”. **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.** cumplieron cabalmente con la obligación de emitir las acciones de **DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S.**

Siempre se mantuvo abierto el diálogo con **HOLDING M&B S.A.**, incluso en las ocasiones en que ya existía un conflicto, por ejemplo, en las repetidas comunicaciones enviadas y en los diferentes momentos de negociación en las mesas de conciliación buscando una solución beneficiosa para ambas partes. Aun conociendo que la parte incumplida en el Contrato de Compraventa de Acciones fue **HOLDING M&B S.A.** al negarse a realizar los pagos que le correspondían contractualmente por la negociación ejecutada, al solicitar un ajuste de precio por una causal no contemplada en el contrato y por solicitar el segundo ajuste de manera extemporánea, y por realizar una propuesta de pago sin estar justificada en los valores reales y exactos de la negociación, cuestión que devela mala fe por la parte demandante.

Por último, analizaremos qué se considera como un perjuicio. Al tenor de la Corte Suprema de Justicia: *“El perjuicio es la consecuencia que se deriva del daño para la víctima del mismo, y la indemnización corresponde al resarcimiento o pago del perjuicio que el daño ocasionó”*¹³. El artículo 1613 del Código Civil, define los tipos de perjuicio existentes en Colombia: *“La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento”*¹⁴.

A su vez la Real Academia Española, le otorga el siguiente significado: *“Detrimiento patrimonial que debe ser indemnizado por quien lo causa”*¹⁵. Asimismo, el Código de Comercio en su artículo 200 establece un requisito adicional para que los administradores tengan la obligación de responder por los perjuicios que llegaren a causar, este requisito adicional es que el perjuicio sea causado con dolo, así: *“Los administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros”*¹⁶. **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.** no actuaron ni con

¹³ Corte Suprema de Justicia, sala de Casación Civil, Sentencia SC2107-2018. M.P. LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA, (Bogotá, repositorio de la Corte Suprema de Justicia, 2018).

¹⁴ Congreso de la República de Colombia, Ley 84 de 1873, Por medio del cual se expide el Código Civil, (Bogotá, secretaría del Senado de la República de Colombia).

¹⁵ Real Academia Española, definición de “PERJUICIO” en el ámbito del Derecho (Madrid, España, Diccionario de la Lengua Española, 2023).

¹⁶ Congreso de la República de Colombia, Decreto 410 de 1971, Por el cual se expide el Código de Comercio, (Bogotá, secretaría del Senado de la República de Colombia).

culpa ni con dolo frente a terceros, puesto que siempre se respetaron los parámetros negociados en el Contrato de Compraventa de Acciones, siempre se procuró por crear soluciones que beneficiaran a ambas partes, puesto que el no pago por parte del **HOLDING M&B S.A.** les generaría un detrimento patrimonial considerable.

Referente a las alegaciones que realiza la parte demandante al invocar el parágrafo del artículo 148 y el artículo 207 de la Ley 222 de 1995 respecto del procedimiento en caso de liquidación de las sociedades subordinadas, debemos de igual tener en cuenta lo expuesto por la Honorable Corte Constitucional, que en la sentencia C-510/97 nos expone lo siguiente: “(...) *Son precisamente las decisiones de la compañía controlante las que repercuten en la disminución o afectación del patrimonio de la subordinada y son también las que, en los términos del precepto, generan su responsabilidad. Además, no se trata de una responsabilidad principal sino subsidiaria, esto es, la sociedad matriz no está obligada al pago de las acreencias sino bajo el supuesto de que él no pueda ser asumido por la subordinada, lo que, unido a la hipótesis legal de que las actuaciones provenientes de aquélla tienen lugar en virtud de la subordinación y en interés de la matriz o de otras subordinadas, apenas busca restablecer el equilibrio entre deudor y acreedores, impidiendo que éstos resulten defraudados. El objeto de la presunción no es la responsabilidad en sí misma sino la situación concursal que da lugar a ella, es decir, la vinculación entre las decisiones de la matriz y el efecto patrimonial causado a la sociedad subordinada. Se trata, entonces, de una presunción juris tantum, que puede ser desvirtuada por la matriz o controlante, o por sus vinculadas, demostrando que sus decisiones no han causado la desestabilización económica de la filial o subsidiaria, sino que ésta procede de motivos distintos*”¹⁷. Para este caso en específico, podemos ver que nunca las controversias se han suscitado porque **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.** se hayan declarado en un estado de insolvencia, ya sea para optar por una reorganización empresarial o por una liquidación empresarial, ni que se haya expresado que no cuentan con los activos necesarios ni el patrimonio para sufragar la controversia suscitada con **HOLDING M&B S.A.**, esto quiere decir que **HOLDING DÁVILA VÉLEZ & CÍA S. en C.** no tendría que entrar a responder, ni de forma principal ni subsidiaria frente al presunto incumplimiento alegado por la parte demandante. De igual manera no se anexaron pruebas donde se demuestre que realmente las decisiones que tomó **HOLDING DÁVILA VÉLEZ & CÍA S. en C.** iban en contra del beneficio económico de **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.**; ni la importancia de su participación, puesto que la simple firma de un Memorando de Entendimiento no generaría un detrimento patrimonial para sus subsidiarias, y sus actuaciones jamás fueron encaminados a cometer actos fraudulentos o defraudatorios en contra de **HOLDING M&B S.A.**

Al igual que nos lo enuncia la Ley 1116 del 2006 en su artículo 61, que reza: “*de los controlantes. Cuando la situación de insolvencia o de liquidación judicial, haya sido producida por causa o con ocasión de las actuaciones que haya realizado la sociedad matriz o controlante en virtud de la subordinación y en interés de esta o de cualquiera de sus*

¹⁷ Corte Constitucional de Colombia, M.P. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO, Sentencia C-510/97 (Bogotá, relatoría de la Corte Constitucional de Colombia, 1997).

*subordinadas y en contra del beneficio de la sociedad en reorganización o proceso de liquidación judicial, la matriz o controlante responderá en forma subsidiaria por las obligaciones de aquella*¹⁸. En la presente Ley se nos reitera que la obligación de la sociedad matriz, en este caso **HOLDING DÁVILA VÉLEZ & CÍA S. en C.**, es una obligación subsidiaria, siempre y cuando se cumplan los requisitos mencionados con anterioridad, es decir, que **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.** se encuentren en una situación de insolvencia o de liquidación judicial, lo cual para el caso concreto es inaplicable.

EXCEPCIÓN DE MÉRITO FRENTE A LA FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA DE HOLDING DÁVILA VÉLEZ & CÍA S. en C.:

Ahora bien, frente a la pretensión de la parte demandante de vincular a **HOLDING DÁVILA VÉLEZ & CÍA S. en C.**, se debe tener en cuenta lo siguiente en lo referente a la legitimación por pasiva: *“La legitimación pasiva se consagra como la facultad procesal que le atribuye al demandado la posibilidad de desconocer o controvertir la reclamación que el actor le dirige mediante la demanda sobre una pretensión de contenido material”*¹⁹. Debemos tener en cuenta que la participación de **HOLDING DÁVILA VÉLEZ & CÍA S. en C.** siempre fue en la etapa precontractual, al momento de la firma del Memorando de Entendimiento, pero no fue una parte signataria dentro del Contrato de Compraventa de Acciones, ni fue una parte adquiriente o vendedora de la compañía que se estaba vendiendo (**DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S.**), ni adquirió obligaciones que tuvieran que cumplirse posterior a la firma del Contrato de Compraventa de Acciones. **HOLDING DÁVILA VÉLEZ & CÍA S. en C.** no estaba facultada para ser signataria, puesto que no poseía ninguna acción ni era acreedora de **DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S.**

PARTES DEL CONTRATO	ETAPA PRECONTRACTUAL	ETAPA CONTRACTUAL	ETAPA POSTERIOR A LA FIRMA DEL CONTRATO
VENDEDOR	HOLDING DÁVILA VÉLEZ & CÍA S.	ELECTROTECH S.A.	ELECTROTECH S.A.
		MAGRAVI S.A.S.	MAGRAVI S.A.S.

¹⁸ Congreso de la República de Colombia, Ley 1116 del 2006, Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones., (Bogotá, secretaría del Senado de la República de Colombia).

¹⁹ Corte Constitucional de Colombia, M.P. JAIME ARAÚJO RENTERÍA, Sentencia T-1001/06 (Bogotá, relatoría de la Corte Constitucional de Colombia, 2006).

COMPRADOR	HOLDING M&B S.A.	HOLDING M&B S.A.	HOLDING M&B S.A.
-----------	------------------	------------------	------------------

Al respecto de la legitimación en la causa por pasiva, el Consejo de Estado ha dicho lo siguiente: “(...) *se encuentra la de falta de legitimación en la causa por pasiva, la cual se configura por la falta de conexión entre la parte demandada y la situación fáctica constitutiva del litigio; así, quienes están obligados a concurrir a un proceso en calidad de demandados son aquellas personas que participaron realmente en los hechos que dieron lugar a la demanda*”²⁰. Se debe comprender, en primera instancia, cuál es el objeto y petitum de la presente demanda. Teniendo ello claro, podemos confirmar que esta demanda se fundamenta en la negativa de **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.** en realizar un ajuste del precio pactado en el Contrato de Compraventa de Acciones, conjuntamente con el procedimiento para llevarlo a cabo. Dicho procedimiento no se respetó por la parte demandada y se realizó extemporáneamente la solicitud del ajuste del precio, cuestión por la que los demandados se negaron y de allí surge el conflicto.

Ahora bien, teniendo claro el líbello del contradictorio, podemos argumentar que **HOLDING DÁVILA VÉLEZ & CÍA S. en C.** tuvo una actuación como matriz de **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.** en la etapa precontractual del negocio jurídico celebrado. Sin embargo, una vez terminada dicha etapa, se hizo a un lado. Seguidamente, el presunto conflicto se presentó en la etapa contractual y poscontractual del negocio jurídico, en donde ya no participaba **HOLDING DÁVILA VÉLEZ & CÍA S. en C.** como parte contractual, por ende y para superar este punto, quienes tienen la legitimación en la causa legalmente establecida son **HOLDING M&B S.A.** legitimado por activa y **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.** legitimados por pasiva.

En palabras del autor español Jaime Guasp en el libro del doctor Hernando Devis Echandía (Nociones Generales de Derecho Procesal Civil): “(...) *la legitimación procesal es la consideración especial en que tiene la Ley, dentro de cada proceso, a las personas que se hallan en una determinada relación con el objeto del litigio, y en virtud de la cual exige, para que la pretensión procesal pueda ser examinada en cuanto al fondo, que sean dichas personas las que figuren como partes en tal proceso. (...) la necesidad de que una cierta demanda sea propuesta frente a ciertas personas que son las legitimadas para actuar como partes en un proceso determinado*”²¹.

Lo que nos trae a colación la anterior cita, es que debe de existir necesariamente un nexo inquebrantable entre la legitimación en la causa por pasiva con las personas que se hallan en una determinada relación con el objeto del litigio. Sin embargo, en el caso concreto que nos ocupa, ese nexo no existe, pues las personas que se hallan en relación con el objeto del litigio

²⁰ Consejo de Estado de Colombia, C.P. CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, Radicado No. 27001-23-33-000-2013-00271-01(51514), (Bogotá, relatoría del Consejo de Estado de Colombia, 2016).

²¹ Devis Echandía, Hernando. NOCIONES GENERALES DE DERECHO PROCESAL CIVIL. Editorial Aguilar. Bogotá.

son **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.**, en ningún momento **HOLDING DÁVILA VÉLEZ & CÍA S. en C.** entra a ser parte integrante del objeto del litigio, por cuanto solo estuvo presente en la etapa precontractual de la relación negocial. Sin embargo, al delimitarse el objeto del litigio en la transferencia de acciones de **DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S.**, **HOLDING DÁVILA VÉLEZ & CÍA S. en C.** sale por completo de la ecuación por no tener ningún tipo de participación en las acciones de la sociedad antes mencionada. Quedando claramente establecido que la legitimidad en la causa por pasiva, le corresponde única, exclusiva y restrictivamente a **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.**, sin embargo, dicha legitimación en la causa por pasiva debe accionarse en la vía jurisdiccional por medio de un proceso en la justicia ordinaria, y no en un proceso arbitral por no cumplido los estamentos legales necesarios de la cláusula compromisoria.

EXCEPCIÓN DE MÉRITO FRENTE A LA INEXISTENCIA DE VICIOS REDHIBITORIOS:

Referente a los vicios redhibitorios invocados por la parte demandante, debemos primero analizar lo contemplado por el Código Civil colombiano, el cual expresa en sus artículos 1914 y 1915 lo siguiente: “*ARTICULO 1914. <CONCEPTO DE ACCIÓN REDHIBITORIA>. Se llama acción redhibitoria la que tiene el comprador para que se rescinda la venta o se rebaje proporcionalmente el precio por los vicios ocultos de la cosa vendida, raíz o mueble, llamados redhibitorios*”²². Como narra el presente artículo, se faculta al comprador a rescindir el contrato, o a solicitar una rebaja del precio pagado, es decir, una opción es excluyente de la otra y por tanto no se pueden solicitar ambas al mismo tiempo. Además, nos indica cuáles serían las razones que facultan para solicitar uno u otra opción. En este caso en concreto, la parte demandante alega que existieron vicios ocultos en la cosa vendida, es decir, vicios que el vendedor no conocía sobre la cosa vendida, o que conociéndolos decidiera ocultarlos. En el caso que nos ocupa podemos ver que no se cumple este supuesto, puesto que antes de realizar la firma del Contrato de Compraventa de Acciones, se realizó una debida diligencia de la cual resultó un informe que conocía la parte demandante. En dicho informe se expusieron todos los posibles riesgos, tanto jurídicos como económicos que se podrían incidir en la continuación de la negociación, o bien en el precio de mercado de la compañía: “*Con base al due diligence, como es costumbre, se abarcó todos los posibles aspectos internos y externos de DOURO que jurídica y económicamente pudieran incidir en su viabilidad y valor de mercado, no advirtiéndose demasiadas problemáticas internas, pero sí algunas que podían incidir en la decisión de comprar y que fueron puestas de presente a los potenciales vendedores, a saber, las siguientes:*

a. Proceso civil de nulidad absoluta de contrato de compraventa sobre el inmueble en donde operan actualmente las oficinas administrativas de DOURO. El edificio donde opera administrativamente DOURO, es insignia de diseño, innovación y desarrollo sustentable,

²² Congreso de la República de Colombia, Ley 84 de 1873, Por medio del cual se expide el Código Civil, (Bogotá, secretaría del Senado de la República de Colombia).

dado que fue construido con materiales sostenibles, diseño bioclimático, paneles solares integrados, tecnología de aislamiento avanzada y sistema de recolección de agua lluvia.

*El área del inmueble, su ubicación estratégica y las características vanguardistas del edificio administrativo incentivaron la construcción de un parque tecnológico y de diseño mediante Joint Venture con **SUNPOWER**, empresa líder en tecnología solar y **LAFARGEHOLCIM**, líder global en soluciones de construcción. Este parque tecnológico busca facilitar el desarrollo competitivo e innovador de las empresas, la generación de conocimiento y la promoción del empleo de alto valor agregado a partir de la inversión en infraestructura, servicios e impulso de clima de negocios en Colombia, buscando desarrollar una comunidad de negocios sustentables que articule con los centros de educación, deportivos, áreas residenciales y comerciales para impulsar la inversión para el desarrollo económico de la región.*

*En este proceso, **DOURO** era litisconsorte de los demandados, herederos de Marcela Chávez de quienes se reclamaba la nulidad de la compraventa por la cual su padre adquirió el inmueble -antes de transferírselo a **DOURO** en el año de su centenario-, por presunto objeto ilícito del contrato que había sido celebrado por aquél con Ignacio Pradere, cuyos herederos eran demandantes. En efecto, estos últimos pretendían la nulidad del contrato y la entrega forzosa del inmueble objeto de compra anterior. Se encontró, asimismo, que, en virtud del contrato de Joint Venture firmado en el año 2007, de ser evictos del inmueble se generaría la terminación de aquél contrato y **DOURO** tendría que pagar toda la inversión realizada por **SUNPOWER** y **LAFARGEHOLCIM**, doblada a título de sanción.*

Para ese entonces, el proceso seguía en primera instancia sin sentencia, con el Rad. No. 2011-0023 del Juzgado Primero Civil del Circuito de Cali y existe una medida cautelar de inscripción de la demanda que se materializó un mes después de presentada.

*b. 38 procesos ordinarios laborales de exempleados de **DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S.** cuyas pretensiones equivalen aproximadamente COP\$1.900.000.000 de pasivo contingente provisionado en los estados financieros de **DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S.***

c. 5 procesos contencioso-administrativos de impugnación de actos administrativos de la Superintendencia de Industria y Comercio por presuntas infracciones al Estatuto del Consumidor. Y,

d. Endeudamiento financiero acumulado de aproximadamente COP\$15.000.000.000 con distintas entidades bancarias, cada una de las cuales gozaba de distintas garantías, como hipotecas sobre establecimientos y prendas sobre acciones en subsidiarias, en los términos señalados en cada uno de los contratos.”, es decir que el comprador tuvo conocimiento previo a la firma y al pago de las acciones de todas las circunstancias que podían influir en

el objeto social de DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S. y aun así decidió realizar la compra de estas"²³.

Además, el artículo 1915 del Código Civil colombiano nos enuncia con claridad las calidades que debe reunir un vicio redhibitorio para poder ser declarado como tal: "*ARTICULO 1915. <VICIOS REDHIBITORIOS>. Son vicios redhibitorios los que reúnen las calidades siguientes:*

1.) Haber existido al tiempo de la venta.

2.) Ser tales, que por ellos la cosa vendida no sirva para su uso natural, o sólo sirva imperfectamente, de manera que sea de presumir que conociéndolos el comprador no la hubiera comprado o la hubiera comprado a mucho menos precio.

3.) No haberlos manifestado el vendedor, y ser tales que el comprador haya podido ignorarlos sin negligencia grave de su parte, o tales que el comprador no haya podido fácilmente conocerlos en razón de su profesión u oficio"²⁴.

Analizando dicha situación podemos visualizar que el primer numeral se cumple, pues dichos vicios existían con anterioridad a la firma del Contrato de Compraventa de Acciones de **DOURO**; el segundo precepto no se cumple, puesto que el comprador conocía los riesgos y por esto pactaron dos cláusulas en el contrato como mecanismos de protección para las partes, las cuales fueron el "mecanismo de ajuste del precio" y la "cláusula de indemnidades", es decir, el comprador aun conociendo el riesgo y lo que implicaba continuar con el negocio jurídico, tomó la decisión de seguir con la compra; y, por supuesto, el último precepto no se cumple debido a que nunca existió negligencia grave por parte de **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.**, estas compañías siempre actuaron de buena fe y con total transparencia frente a la cosa objeto de venta, por lo tanto los vicios redhibitorios no tendrían lugar.

De igual manera, no debemos dejar de lado el negocio jurídico que se llevó a cabo, pues el contrato que nació a la vida jurídica fue el Contrato de Compraventa de Acciones de **DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S.**; No como lo pretende hacer ver la parte demandante aduciendo que se compró el inmueble donde funcionaban las oficinas administrativas de **DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S.** ni el parque tecnológico, porque de haber sido así, las partes nunca hubiesen incluido en el Contrato de Compraventa de Acciones el mecanismo de ajuste de precio si se materializaba la pérdida del inmueble. Las partes contractuales eran conscientes del riesgo que generaba tener un proceso en curso acerca de la nulidad del contrato de compraventa por medio del cual **DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S.** había adquirido el inmueble, incluso estaba inmersa dicha información en el informe resultante del due diligence, sin embargo, las partes continuaron con el negocio jurídico y el Contrato de

²³ Informe consolidado resultante del due diligence realizado a la compañía **DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S.** en la etapa precontractual.

²⁴ Congreso de la República de Colombia, Ley 84 de 1873, Por medio del cual se expide el Código Civil, (Bogotá, secretaría del Senado de la República de Colombia).

Compraventa de Acciones nació a la vida jurídica. De no haber sido este el deseo del demandante (como así lo pretende hacer ver), no se habría pactado un mecanismo de ajuste del precio si se llegaba a materializar la pérdida del inmueble, y, por el contrario, se hubiese pactado este acontecimiento como una causal de terminación anticipada del contrato.

De igual manera, siempre debe primar la intención real del negocio jurídico propuesto por las partes, puesto que la intención desde el momento inicial fue la compraventa de acciones de la sociedad **DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S.**, no un negocio en marcha como quiere hacer ver la parte demandante, pues la operación económica que se llevó a cabo fue una venta de acciones, no un grupo de bienes, la cual fue perfeccionada con la entrega de la cosa por parte de **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.** en los tiempos estipulados contractualmente.

En el Contrato de Compraventa de Acciones siempre se veló porque las cargas contractuales fueran equitativas y equilibradas para ambas partes, tanto en derechos como obligaciones, por eso se le reconocieron ciertos escenarios específicos en donde **HOLDING M&B S.A.** podría solicitar el ajuste del precio, a saber: *“A. Que se encontraran en DOURO pasivos laborales adicionales a los 38 procesos revelados en el Anexo de Revelaciones del Contrato, cuya causa sea anterior a la fecha de firma del mismo; B. Que, por cualquier causa, DOURO perdiera acceso al inmueble donde operaba el Joint Venture con SUNPOWER y LAFARGEHOLCIM. C. Que se encontraran créditos u obligaciones financieras adicionales a los consignados en el Anexo de Revelaciones”*²⁵. La delimitación de estas tres causales para activar el mecanismo de ajuste del precio surgieron del informe consolidado del Due Diligence que se realizó anticipadamente al perfeccionamiento del Contrato de Compraventa de Acciones, y las causales fueron estipuladas voluntariamente entre los contratantes. No se podía entonces dejar cualquier evento como válido para solicitar el mecanismo de ajuste del precio, pues esto sería desequilibrado para **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.** Como se ha expresado en reiteradas ocasiones, **HOLDING M&B S.A.** adquirió las acciones conociendo el riesgo de perder el inmueble donde funcionan las oficinas administrativas de **DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S.**, pues ya existía un proceso en curso sobre la nulidad de la compraventa del inmueble en comento, es decir que la pérdida de este no era factor decisivo para seguir con la adquisición de las acciones de la compañía, ratificando de esta manera que el negocio jurídico primigenio versaba sobre la adquisición de las acciones de **DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S.** y no sobre un negocio en marcha.

Y en un supuesto fáctico de que, si tuvieran lugar a alegarse los vicios redhibitorios de que habla el demandante, debemos tener en cuenta lo consagrado en el artículo 1923 en lo referente a la prescripción de la acción redhibitoria, en los siguientes términos: *“ARTICULO 1923. <PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN REDHIBITORIA>. La acción redhibitoria durará seis meses respecto de las cosas muebles y un año respecto de los bienes raíces, en todos los casos en que las leyes especiales o las estipulaciones de los contratantes no*

²⁵ Contrato de compraventa de acciones suscrito entre ELECTROTECH S.A. y MAGRAVI S.A.S. como la parte vendedora, y HOLDING M&B S.A. como la parte compradora.

hubieren ampliado o restringido este plazo. El tiempo se contará desde la entrega real”²⁶. Es decir que el término para iniciar dicha acción redhibitoria ya habría prescrito.

Referente al incumplimiento que la parte demandante alega por la no aceptación de activar el mecanismo de ajuste del precio, debemos pronunciarnos en ambos casos de manera aislada. En el primer caso donde **HOLDING M&B S.A.** solicita el ajuste del precio por los disturbios presentados en la ciudad de Cali y el confinamiento de la población civil el día 20 de abril del 2023, debemos decir lo siguiente conforme a lo que se había pactado contractualmente y lo que ya se había respondido anteriormente en comunicación enviada a la parte demandante, que rezaba lo siguiente: *“a. la interrupción del objeto social no había sido prevista como causal de Ajuste del Precio;*

b. el cierre sería temporal y pasajero, dado que el Gobierno Nacional estaba adelantando todas las gestiones pertinentes para reestablecer el orden público en la ciudad de Cali y en el Departamento del Valle del Cauca;

c. los Vendedores solamente se habían obligado a entregar las acciones, títulos negociables, que conferían los derechos políticos y económicos sobre la sociedad, que era un negocio sometido a riesgos como cualquier otro”²⁷.

En cualquier modelo de negocio existen riesgos, mismos que son imprevisibles y que son ajenos a la voluntad de las partes. Por tener la calidad de imprevisibles, no se podía tener conocimiento con anterioridad de que dicho suceso fuere a ocurrir. A pesar de ello, la parte vendedora del Contrato de Compraventa de Acciones cumplió con sus obligaciones contractuales, realizó la emisión de las acciones de **DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S.** a **HOLDING M&B S.A.**, y cumplió con las demás obligaciones del contrato. Sin embargo, en ningún momento se negoció el realizar un ajuste del precio por un caso de fuerza mayor o caso fortuito, pues esto dejaría a **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.** en una situación de desventaja frente al contrato inicialmente signado, obligándose la parte cumplida del contrato a realizar una reducción de manera forzosa en el precio negociado con anterioridad por una causal que ni siquiera fue contemplada ni añadida al Contrato De Compraventa de Acciones.

El 28 de junio del 2023, **HOLDING M&B S.A.** tenía la obligación contractual de realizar el segundo pago equivalente a **CIENTO SESENTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS MILLONES DE PESOS M/CTE (COP\$169.200.000.000)**. Dicho pago nunca se realizó, por lo que desde el día siguiente del no pago de la obligación, se comenzaron a contar intereses moratorios, puesto que **HOLDING M&B S.A.** incumplió con su parte del contrato al negarse a realizar el pago por causas externas y no contempladas en este.

²⁶ Congreso de la República de Colombia, Ley 84 de 1873, Por medio del cual se expide el Código Civil, (Bogotá, secretaría del Senado de la República de Colombia).

²⁷ Comunicación enviada por ELECTROTECH S.A. y MAGRAVI S.A.S. a HOLDING M&B S.A. en la cual comunicaba la no aplicación del mecanismo de ajuste de precio.

Con respecto a la segunda solicitud de ajuste del precio, efectivamente sí se cumplió con una de las causales incorporadas dentro del clausulado contractual, la cual fue: “(...) *Que, por cualquier causa, DOURO perdiera acceso al inmueble donde operaba el joint Venture con SUNPOWER y LAFARGEHOLCIM. (...)*”²⁸. Sin embargo, debemos hacer énfasis en que dicha cláusula no solo comprendía los escenarios en los cuales se podría activar el mecanismo de ajuste del precio, sino que también traía consigo el procedimiento y los requisitos para poder acceder a este beneficio por parte de la compañías vendedoras, como se describe a continuación: “*para poner en marcha el mecanismo de ajuste del precio, los eventos adversos tendrían que superar un umbral de materialidad cuantitativa, establecido por las Partes en COP\$1.000.000.000 y que, en atención a que la negociación se realizaba por el ciento por ciento (100%) de las acciones de DOURO, los Vendedores asumirían la totalidad de la contingencia en caso de que esta se materializara en una pérdida o erogación ocurrida antes de la fecha del Tercer Pago (28 de diciembre de 2022). En tales casos, la parte Compradora tendría derecho a solicitar el ajuste del precio pendiente de pago deduciendo del mismo el monto que resultare de la contingencia materializada, siempre y cuando formulara la reclamación dentro del mes siguiente a la fecha en que conociera de su materialización*”²⁹.

El 19 de agosto de 2023 el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cali notificó por estado la sentencia donde declaraba la nulidad absoluta del contrato de compraventa que versaba sobre el bien inmueble donde operaban las oficinas administrativas de **DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S.** y el parque tecnológico construido con **SUNPOWER** y **LAFARGEHOLCIM**, y además se ordenaba la entrega forzosa del inmueble de los herederos de Ignacio Pradere, en un término de 30 días desde la ejecutoria del fallo; suceso que fue informado a la mesa de negociación instalada entre representantes de **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.** como parte vendedora, y **HOLDING M&B S.A.** como parte compradora el día 22 de agosto del 2023, pero no fue sino hasta el 6 de octubre del 2023 cuando **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.** recibieron una comunicación suscrita por **HOLDING M&B S.A.**, que traía un CD adjunto, el cual contenía una copia digital del expediente del Rad. No. 2011-0023 del Juzgado Primero Civil del Circuito de Cali y un estudio financiero según el cual dicha sentencia implicaba una pérdida para **DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S.** de **QUINIENTOS MIL MILLONES DE PESOS M/CTE (COP\$500.000.000.000)** aproximadamente. Sin embargo, para el momento en el que la parte demandante remitió la comunicación con copia de la sentencia judicial, ya se había superado el término otorgado en el Contrato de Compraventa de Acciones por las partes, el cual era de **UN (1) MES** a partir del conocimiento del hecho, ni tampoco se cumplió con lo pactado en la cláusula undécima del contrato, la cual establece lo siguiente: “**CLÁUSULA UNDÉCIMA:** *El evento que se descubra que la información proporcionada por la Vendedora es falsa o inexacta y dicha falsedad o inexactitud resulte en perjuicios cuantificables para la Compradora, las partes deberán:*

²⁸ Contrato de compraventa de acciones suscrito entre **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.** como la parte vendedora, y **HOLDING M&B S.A.** como la parte compradora.

²⁹ Contrato de compraventa de acciones suscrito entre **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.** como la parte vendedora, y **HOLDING M&B S.A.** como la parte compradora.

11.1 Notificación de Perjuicios: La Compradora deberá notificar a la Vendedora por escrito de cualquier falsedad o inexactitud en la información proporcionada durante el objeto del presente contrato dentro de un plazo de 30 días desde la fecha de descubrimiento de dicha falsedad o inexactitud.

11.2. Perjuicios Cuantificables: Una vez notificada la Vendedora de los perjuicios alegados por la Compradora, ambas partes acuerdan cooperar de buena fe para cuantificar los perjuicios ocasionados por la falsedad o inexactitud de la información proporcionada durante el desarrollo del objeto contractual.

11.3. Tasación de Perjuicios: Los perjuicios cuantificables podrán incluir, entre otros, los siguientes elementos:

- *Pérdidas financieras directas sufridas por la Compradora como resultado de la falsedad o inexactitud de la información.*
- *Costos adicionales incurridos por la Compradora para remediar o mitigar los efectos de la falsedad o inexactitud de la información.*
- *Procedimiento de Resolución de Disputas: En el caso de que las partes no puedan llegar a un acuerdo sobre la cuantificación de los perjuicios dentro de un plazo razonable, cualquier disputa relacionada con la cuantificación de los perjuicios será al mecanismo de resolución de controversias contenido en el presente contrato ”³⁰.*

El principio **PACTA SUNT SERVANDA** es uno de los principios fundamentales en temas de contratación, ya que nos expresa y hace extensiva la vinculación de las partes frente a los contratos. Como lo estipula el artículo 1602 del Código Civil: “*LOS CONTRATOS SON LEY PARA LAS PARTES*”. *Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales*”³¹. En este caso en concreto, el Contrato de Compraventa de Acciones que se suscribió por **HOLDING M&B S.A.** como parte compradora y **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.** como partes vendedoras, expresaba la única voluntad de las partes de manera inequívoca, donde se estipularon unas causales específicas referente a la posible aplicación del mecanismo de ajuste de precio, y cuál sería el procedimiento para solicitar la activación de dicho mecanismo. A su vez, quedaron consagradas de manera clara las obligaciones de cada una de las partes, las cuales se cumplieron a cabalidad por las partes vendedoras del presente contrato, es decir, **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.**

Asimismo, debemos traer a colación uno de los principios más relevantes para la contratación privada, el principio de la **BUENA FE** consagrado en el artículo 1603 del Código Civil, el

³⁰ Contrato de compraventa de acciones suscrito entre **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.** como la parte vendedora, y **HOLDING M&B S.A.** como la parte compradora.

³¹ Congreso de la República de Colombia, Ley 84 de 1873, Por medio del cual se expide el Código Civil, (Bogotá, secretaría del Senado de la República de Colombia).

cual reza lo siguiente: “<EJECUCION DE BUENA FE>. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella”³². Guiándonos por este principio legal aplicado a los contratos, debemos establecer que el actuar de buena fe contractualmente hablando, significa per se respetar todo lo pactado en el contrato, incluyendo mecanismos de solución de los conflictos suscitados, así como el procedimiento para llevar a cabo cada uno de los mecanismos pactados en el contrato. Esto fue lo que no se respetó por parte de **HOLDING M&B S.A.**, el procedimiento y término que le permitían solicitar activar el mecanismo de ajuste del precio, pero además de ello, aduce que la parte incumplida es la vendedora, es decir, mis poderdantes (**ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.**), por no haber activado el mecanismo de ajuste de precio por fuera del término pactado contractualmente, lo que también deja entrever la mala fe en la contratación por parte de **HOLDING M&B S.A.**

EXCEPCIÓN DE MÉRITO FRENTE AL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL DE HOLDING M&B S.A.:

En el Contrato de Compraventa de Acciones se pactó consensualmente entre las partes el término de un (1) mes para realizar la solicitud de activación del mecanismo de ajuste de precio, incluso fueron los mismos representantes de la parte **DEMANDANTE** quienes realizaron el borrador del Contrato de Compraventa de Acciones, como se menciona a continuación: “y proyectó (la **ORGANIZACIÓN MEJÍA BARBERI**), con ayuda de sus asesores, el borrador del texto del contrato de compraventa de acciones para revisión y discusión conjunta de las partes negociantes”³³. Por lo tanto y apegándonos a la teoría de los actos propios, el **DEMANDANTE** no puede (y no debe) desconocer preceptos estipulados en el Contrato de Compraventa de Acciones porque no le son beneficiosos, pues esto crea un ambiente de inseguridad jurídica y va en contravía del principio **PACTA SUNT SERVANDA**.

Sin desconocer los derechos nacidos del contrato, **HOLDING M&B S.A.** aún debe el pago de los últimos dos pagos acordados en la cláusula de precio y forma de pago, valor que asciende a la suma de **QUINIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL MILLONES DE PESOS M/CTE (\$564.000.000.000)**, y no la suma de **QUINIENTOS CUARENTA MIL MILLONES DE PESOS M/CTE (\$540.000.000.000)** como asegura el demandante. De los cuales solicitan una reducción de **QUINIENTOS MIL MILLONES DE PESOS M/CTE (\$500.000.000.000)** por medio del mecanismo de ajuste de precio, y ofrecen como último y único pago la suma de **CUARENTA MIL MILLONES DE PESOS M/CTE (\$40.000.000.000)**, desconociendo la suma de **VEINTI CUATRO MIL MILLONES DE**

³² Congreso de la República de Colombia, Ley 84 de 1873, Por medio del cual se expide el Código Civil, (Bogotá, secretaría del Senado de la República de Colombia).

³³ Contrato de compraventa de acciones suscrito entre **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.** como la parte vendedora, y **HOLDING M&B S.A.** como la parte compradora.

PESOS M/CTE (\$24.000.000.000) sin justificación del no pago, lo cual deja ver la mala intención del demandante.

Al tenor del artículo 1608 del Código Civil, podemos establecer en qué casos el deudor legamente se encuentra en mora, de la siguiente manera: *“El deudor está en mora:*

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

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

3o.) En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor”³⁴.

En este caso concreto, **HOLDING M&B S.A.** ha incumplido sus obligaciones contractuales, faltando a los principios de buena fe y pacta sunt servanda, en el sentido de que los pagos en efectivo que debía de realizar se dividían en tres (3), así:

1. Pago del 40% en la fecha de la firma del Contrato de Compraventa de Acciones, es decir, el día 28 de diciembre de 2022;
2. Pago del 30% el 28 de junio de 2023;
3. Y el ultimo pago del 30% restante el 28 de diciembre de 2023.

El pago establecido en el numeral 1 se cumplió a cabalidad por el demandante, sin embargo, no se cumplieron los pagos de los numerales 2 y 3 argumentando que no pagarían por las situaciones de orden público vividos en la ciudad de Cali. Es de aclarar que esta no fue una causal pactada en el contrato para solicitar la activación del mecanismo de ajuste de precio, por lo que retener dichos pagos se torna en un incumplimiento contractual, legitimando a mis poderdantes (**ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.**) a iniciar las acciones legales pertinentes, y no al contrario como pretende hacerlo ver la parte demandante.

Además, como lo expresa la parte demandante en el décimo (10) hecho de la demanda en comentario: *“(…) mi poderdante el día 28 de junio de 2023 comunicó que no pagaría la segunda cuota pactada, y advirtió que, en caso de no llegar a un acuerdo respecto del ajuste del precio en el término de 30 días, procedería a convocar al tribunal de arbitramento”³⁵.* En este hecho, el demandante por medio de su apoderado acepta que fue él mismo (**HOLDING M&B S.A.**) quien incumplió el contrato al no pagar el precio establecido en el numeral ocho (8) literal b del Contrato de Compraventa de Acciones, además de solicitar la activación del mecanismo de ajuste del precio por causas no establecidas en el contrato. A su vez, **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.** cumplieron a cabalidad con las

³⁴ Congreso de la República de Colombia, Ley 84 de 1873, Por medio del cual se expide el Código Civil, (Bogotá, secretaría del Senado de la República de Colombia).

³⁵ Demanda interpuesta por **HOLDING M&B S.A.** en contra de **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.**

obligaciones consagradas en el Contrato de Compraventa de Acciones, desde la entrega de la cosa (cien por ciento (100%) de las acciones de **DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S.**), hasta la creación de mesas de conciliación para discutir las inconformidades expresadas por **HOLDING M&B S.A.** En cambio, de manera libre y voluntaria, **HOLDING M&B S.A.** decidió no cumplir con sus obligaciones de pago de las últimas dos cuotas, y por lo tanto son deudores del valor de estas últimas cuotas, más los intereses moratorios por el no pago en las fechas establecidas.

Como lo estipula el código civil en sus artículos 1928 y 1930, a saber: “*ARTÍCULO 1928. <OBLIGACION DEL COMPRADOR>. La principal obligación del comprador es la de pagar el precio convenido.*” Y a su vez “*ARTICULO 1930. <MORA EN EL PAGO DEL PRECIO>. Si el comprador estuviere constituido en mora de pagar el precio en el lugar y tiempo dichos, el vendedor tendrá derecho para exigir el precio o la resolución de la venta, con resarcimiento de perjuicios*”³⁶.

EXCEPCIÓN DE MÉRITO FRENTE A LA FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO:

ELECTROTECH S.A. y **MAGRAVI S.A.S.** no fueron partes signatarias del Memorando de Entendimiento, mismo que se celebró entre **HOLDING M&B S.A.** y **HOLDING DÁVILA VÉLEZ & CÍA S. en C.**; En dicho Memorando de Entendimiento se estipularon las siguientes condiciones: “*a. el periodo de negociación del contrato de compraventa de las acciones de DOURO no excedería de 1 año, de manera tal que si al 23 de febrero de 2023 no se había suscrito el mismo, cada parte, estaría facultada para terminar de manera unilateral y sin sanciones pecuniarias las negociaciones;*

b. todo conflicto patrimonial, interpretativo o de cualquier otro tipo con naturaleza transigible, relacionado con la negociación de DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S., que surgiera entre HOLDING DÁVILA VÉLEZ & CÍA S. en C. y HOLDING M&B S.A., sería resuelto en única instancia por un tribunal de arbitramento con sede en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cali;

c. la base de negociación del precio sería un estudio de due diligence a realizar por los asesores de la ORGANIZACIÓN MEJÍA BARBERI, para el cual ELECTROTECH S.A. y DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S. se obligaban a poner a disposición toda la información y/o personal que fuera requerido por la ORGANIZACIÓN MEJÍA BARBERI;
y

³⁶ Congreso de la República de Colombia, Ley 84 de 1873, Por medio del cual se expide el Código Civil, (Bogotá, secretaría del Senado de la República de Colombia).

*d. nada está acordado hasta que todo esté acordado y firmado, es decir, no podría reputarse existente ningún contrato de compraventa hasta que no fuera este elevado a documento escrito, fecha en la cual el **MOU** dejaría de tener efectos”³⁷.*

Como se puede notar, en la cláusula compromisoria contenida en el Memorando de Entendimiento, en ningún momento se hace referencia a que se aplicará de manera extensiva a las disputas generadas entre **HOLDING M&B S.A.** y **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.**, y para que dicha cláusula compromisoria sea aplicable, debe contener, por lo menos: “**COMPROMISO**. *El compromiso podrá constar en cualquier documento, que contenga:*

1. *Los nombres de las partes.*

2. *La indicación de las controversias que se someten al arbitraje.*

3. *La indicación del proceso en curso, cuando a ello hubiere lugar. En este caso las partes podrán ampliar o restringir las pretensiones aducidas en aquel”³⁸.* Requisitos que para el caso en concreto no se cumplieron en su totalidad, por lo que la aplicabilidad de la cláusula compromisoria se pone en duda.

Debemos tener en cuenta que la primera voluntad de las partes es la que debe primar en la interpretación, por ejemplo, **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.** nunca emitieron su voluntad de incorporar el Memorando de Entendimiento al Contrato de Compraventa de Acciones, dejando sin efecto alguno la cláusula compromisoria contenida en este. Así lo expresa el **MOU** muy claramente: “*nada está acordado hasta que todo esté acordado y firmado, es decir, no podría reputarse existente ningún contrato de compraventa hasta que no fuera este elevado a documento escrito, fecha en la cual el **MOU** dejaría de tener efectos”³⁹. Ello quiere decir que el día 28 de diciembre del 2022, mismo día en que se suscribió el Contrato de Compraventa de Acciones entre **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.** como vendedores y **HOLDING M&B S.A.** como comprador de las acciones de **DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S.**, el Memorando de Entendimiento perdió efectos, por ende, las controversias contractuales deben dirimirse ante la justicia ordinaria, así mismo, no podría en ningún caso suponerse que **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.** están cobijadas por la cláusula compromisoria. De tal manera que la voluntad de las partes vendedoras de las acciones fue la siguiente: “*todo acuerdo previo, verbal o escrito, sobre la negociación, quedaba expresamente derogado por ellas con la**

³⁷ Memorando de Entendimiento (MOU) suscrito entre **HOLDING DÁVILA VÉLEZ & CÍA S. en C.** y **HOLDING M&B S.A.**, 2022.

³⁸ Congreso de la República de Colombia, Ley 1563 del 2012, por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones, (Bogotá, secretaría del Senado de la República de Colombia, 2012).

³⁹ Memorando de Entendimiento (MOU) suscrito entre **HOLDING DÁVILA VÉLEZ & CÍA S. en C.** y **HOLDING M&B S.A.**, 2022.

firma del Contrato de Compraventa de Acciones”⁴⁰. Así quedó consignado en el Contrato de Compraventa de Acciones, y, como se expresó anteriormente, el contrato es ley para las partes (principio **PACTA SUNT SERVANDA**) y por ende debe respetarse esa voluntad de las partes, precavando cualquier tipo de interpretación en contravía de lo pactado en el clausulado contractual.

Igualmente, en el artículo 4 del Estatuto Arbitral (Ley 1563 del 2012), nos especifica cuáles deben ser los requisitos mínimos que debe tener la cláusula compromisoria o pacto arbitral, así: “(...) *La cláusula compromisoria que se pacte en documento separado del contrato, para producir efectos jurídicos deberá expresar el nombre de las partes e indicar en forma precisa el contrato a que se refiere*”⁴¹. Para este caso en específico, no se cumplen los preceptos del artículo 4 del Estatuto Arbitral (Ley 1563 del 2012), puesto que en el Contrato de Compraventa de Acciones no se estipuló cláusula arbitral o pacto arbitral, y en el Memorando de Entendimiento no aparecen como partes firmantes **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.**, por lo tanto, no se pueden vincular y la cláusula compromisoria del MOU carece de alcance para solicitar la presencia de las partes antes mencionadas en un eventual proceso arbitral.

Referente a la teoría de grupos de compañías expuesto por la parte demandante, debemos traer a colación que en Colombia no se ha adoptado de manera formal esta teoría, ya sea por una ley o precedente jurisprudencial, por lo cual nos tenemos que basar en la doctrina, como lo explican diferentes autores de carácter internacional, frente a la aplicación de esta teoría: “*En casos posteriores, el Tribunal Federal de Suiza se negó a dar aplicación a la teoría del grupo de compañías estableciendo que las partes involucradas en la ejecución de un contrato deben tener claridad sobre qué compañías son signatarias del acuerdo y así sobre quiénes pertenecen a la categoría de partes contratantes y quiénes a la de terceros*”⁴². En este caso específico, podemos establecer que las únicas partes signatarias del Memorando de Entendimiento donde se encontraba la cláusula arbitral fueron **HOLDING M&B S.A.** y **HOLDING DÁVILA VÉLEZ & CÍA S. en C.**, donde se especificaba claramente que dicha cláusula era válida para cualquier controversia resultante entre las dos compañías anteriormente mencionadas, en ningún momento hace referencia a las empresas **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.** en dicha cláusula, ni las vincula de forma posterior.

De igual manera, debemos tener en cuenta lo expresado por el alto tribunal en Suiza respecto de lo indicado en el inciso anterior: “*La Corte resaltó que la creación de grupos de compañías persigue fines legítimos y que la personalidad jurídica independiente de cada uno de sus miembros debe ser respetada. Así, Petersons Farms es visto como un precedente que*

⁴⁰ Contrato de compraventa de acciones suscrito entre **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.** como la parte vendedora, y **HOLDING M&B S.A.** como la parte compradora.

⁴¹ Congreso de la República de Colombia, Ley 1563 del 2012, por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones, (Bogotá, secretaría del Senado de la República de Colombia, 2012).

⁴² François Poudret, J. & Besson, S. (2007). “COMPARATIVE LAW OF INTERNATIONAL ARBITRATION”. Publicado en Londres por Sweet & Maxwell Ltd.

*impide considerar a la teoría del grupo de compañías como parte de un derecho transnacional o de la lex mercatoria*⁴³. Esto quiere decir que debe primar la independencia de cada una de las compañías como lo expresa el Código de Comercio en el artículo 98 y la Ley 1258 del 2008 en su artículo segundo, como ya se ha expresado en incisos anteriores, creando así un ambiente de seguridad jurídica para los socios, respetando la independencia frente a cada una de las personas jurídicas envueltas en el líbello de la presente demanda. Cada sociedad debe hacerse cargo de los documentos de los que fue signataria, y de cumplir a cabalidad cada una de las obligaciones que se obligó contractualmente a cumplir, es decir, **HOLDING DÁVILA VÉLEZ & CÍA S. en C.** debe responder frente a las obligaciones contraídas en el Memorando de Entendimiento de forma específica y aislada de los demás instrumentos legales signados con posterioridad a este; y **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.** deberán responder por las obligaciones contraídas en el Contrato de Compraventa de Acciones como empresas independientes.

Además, debemos tener en cuenta lo consagrado en el artículo 824 del Código de Comercio, que nos enuncia lo siguiente: *“Formalidades para obligarse: Los comerciantes podrán expresar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente, por escrito o por cualquier modo inequívoco. Cuando una norma legal exija determinada solemnidad como requisito esencial del negocio jurídico, este no se formará mientras no se llene tal solemnidad”*⁴⁴. En este caso, la cláusula arbitral debía constar por escrito, ya fuera dentro del contrato o en un documento externo, donde se debía cumplir con las formalidades expresadas en los artículos 4 y 6 del Estatuto Arbitral (Ley 1563 del 2012), formalidades que no se cumplieron, haciendo que la cláusula arbitral contemplada en el Memorando de Entendimiento no tenga validez ni un alcance frente a **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.**

En igual sentido, nos lo expresa la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos específicamente en los procesos de *United Steelworkers v. Warrior & Gulf Navigation Co.* y *AT&T Technologies, Inc. v. Communications Workers of America*, casos en que se pronuncia de la siguiente manera: *“El arbitraje es una cuestión contractual y una parte no puede ser obligada a someterse a un arbitraje con relación a una disputa que no ha acordado someter a tal jurisdicción”*⁴⁵. Como se ha mencionado de manera reiterada en esta contestación de la demanda, **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.** no fueron partes signatarias del Memorando de Entendimiento donde estaba inmersa la cláusula compromisoria. Por el contrario, **HOLDING DÁVILA VÉLEZ & CÍA S. en C.** fue la única compañía signataria del Memorando de Entendimiento, y no por la relación de subordinación de esta con **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.** significa que esta cláusula compromisoria se haga extensiva a las compañías mencionadas anteriormente. Además, el Memorando de Entendimiento disponía en su parte final que, una vez firmado el Contrato de Compraventa

⁴³ Gaffney, John P (2004). “The Group of Companies Doctrine and the Law Applicable to the Arbitration, Commentary”, en Mealey’s International Arbitration Report, Volumen 19, No.6.

⁴⁴ Congreso de la República de Colombia, Decreto 410 de 1971, Por el cual se expide el Código de Comercio, (Bogotá, secretaría del Senado de la República de Colombia).

⁴⁵ *United Steelworkers v. Warrior & Gulf Navigation Co.*, 363 U.S. (1960) y *AT&T Technologies, Inc. v. Communications Workers of America*, 475 U.S. (1986).

de Acciones (documento que fue signado posteriormente por **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.**), el Memorando de Entendimiento perdería **TODO** efecto en relación con la negociación que se estaba llevando a cabo en dicho contrato.

Posteriormente a la firma del Contrato de Compraventa de Acciones, existió un acuerdo entre las partes sobre incorporar el Memorando de Entendimiento al Contrato de Compraventa de Acciones, sin embargo, dicho acuerdo perdió total validez al encontrarse dos prohibiciones de realizar dicha incorporación, una contenida en el Memorando de Entendimiento, que dice así: “(...) *nada está acordado hasta que todo esté acordado y firmado, es decir, no podría reputarse existente ningún contrato de compraventa hasta que no fuera este elevado a documento escrito, fecha en la cual el MOU dejaría de tener efectos*”⁴⁶. Y otra contenida en el mismísimo Contrato de Compraventa de Acciones, cuyo borrador lo realizó la parte demandada junto con su equipo jurídico, precaviendo cualquier vicio en su realización y dejando plasmada la plena voluntad de las partes frente al objeto negociado; dicha cláusula dice lo siguiente: “(...) *todo acuerdo previo, verbal o escrito, sobre la negociación, quedaba expresamente derogado por ellas con la firma del Contrato de Compraventa de Acciones*”⁴⁷. Por lo tanto y superando cualquier duda razonable con respecto a que **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.** no fueron partes signatarias del MOU donde se encontraba la cláusula arbitral, es nuestro deber reiterar que cualquier argumentación o decisión que contravenga dicha posición, debe de ser desechada y no oída por el Tribunal de Arbitramento, pues de lo contrario se estaría vulnerando el principio de seguridad jurídica en los contratos y el principio de **PACTA SUNT SERVANDA**, pues se estaría contraviniendo lo pactado y signado entre las partes en su libre albedrío y respetando cada una de las normas del marco jurídico colombiano en lo que respecta al derecho civil y comercial.

Además, debemos traer a colación lo establecido por la Corte Constitucional frente al arbitramento y la competencia del tribunal que lo integra: “*El artículo 116 de la Constitución Política define el arbitramento con base en el acuerdo de las partes, que proporciona su punto de partida y la habilitación para que los árbitros puedan impartir justicia en relación con un litigio concreto. En tal medida, la autoridad de los árbitros se funda en la existencia de un acuerdo de voluntades previo y libre entre las partes enfrentadas, en el sentido de sustraer la resolución de sus disputas del sistema estatal de administración de justicia y atribuirlos a particulares. En otras palabras, el sustento de la justicia arbitral es el reconocimiento constitucional expreso de la decisión libre y voluntaria de las partes contratantes de no acudir al sistema estatal de administración de justicia sino al arbitraje para la decisión de sus disputas, la habilitación voluntaria de los árbitros es, por lo tanto, un requisito constitucional imperativo que determina la procedencia de este mecanismo de resolución de controversias*”⁴⁸. En esta sentencia de la Corte Constitucional, se reitera que

⁴⁶ Memorando de Entendimiento (MOU) suscrito entre **HOLDING DÁVILA VÉLEZ & CÍA S. en C.** y **HOLDING M&B S.A.**, 2022.

⁴⁷ Contrato de compraventa de acciones suscrito entre **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.** como la parte vendedora, y **HOLDING M&B S.A.** como la parte compradora.

⁴⁸ Corte Constitucional de Colombia, M.P. ALBERTO ROJAS RÍOS, Sentencia C-170/14 (Bogotá, relatoría de la Corte Constitucional de Colombia, 2014).

la voluntad de las partes para adherirse al Tribunal de Arbitramento debe ser expresa y libre de dudas, situación que no se cumplió en el escenario del caso en concreto, pues **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.** nunca emitieron su consentimiento expreso para dirimir los conflictos resultantes del Contrato de Compraventa de Acciones por medio del Arbitraje.

NOTIFICACIONES

ELECTROTECH S.A. y **MAGRAVI S.A.S.** reciben notificaciones en la calle 15a #100–21 de la ciudad de Cali, y en las direcciones electrónicas gerencia@electrotech.com y gerencia@magravi.com.

Los suscritos recibimos notificaciones en la calle 18 #118–250 de la ciudad de Cali, y en la dirección electrónica camilo.ocampo99@hotmail.com y parraecheverryvaleria@gmail.com.

De los señores árbitros, cordialmente,

Cristian Camilo Ocampo O.

Cristian Camilo Ocampo Ocampo
C.C. 1.088.358.759
T.P. 385780

Valeria Echeverry

Valeria Echeverry Parra
C.C. 1.088.349.723
T.P. 385781