

MEMORIAL CONTESTACIÓN DEMANDA ARBITRAL
OPCIÓN DE GRADO: MOOT COURT



PRESENTADO POR:

VALENTINA RIVERA ECHEVERRY
LUIS ANDRES OLIVA RENDÓN

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE HUMANIDADES Y CIENCIAS SOCIALES
MAESTRÍA EN DERECHO EMPRESARIAL
CALI - COLOMBIA

2024

TABLA DE CONTENIDO

Contenido	
INTRODUCCIÓN.....	3
ASUNTO: Contestación memorial demanda arbitral.	4
I. FRENTE A LOS HECHOS	4
II. FRENTE A LAS PRETENSIONES	8
III. EXCEPCIONES.....	10
IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO	12
SOBRE LA FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL.....	12
SOBRE EL ALCANCE DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA	16
SOBRE EL REAJUSTE DEL PRECIO POR LA ALTERACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO EN CALI Y EL CONFINAMIENTO DE LA POBLACIÓN CIVIL.....	20
SOBRE EL REAJUSTE DEL PRECIO POR LA PÉRDIDA MEDIANTE SENTENCIA JUDICIAL DEL INMUEBLE DONDE OPERABAN LAS OFICINAS ADMINISTRATIVAS DE DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S.....	27
SOBRE LA 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.....	32
V. PETICIÓN EN FORMA INDIVIDUALIZADA Y CONCRETA DE LOS MEDIOS DE PRUEBA	35
VI. ANEXOS.....	36
VII. NOTIFICACIONES	37

INTRODUCCIÓN

Como apoderados de ELECTROTECH S.A, MAGRAVI S.A.S Y HOLDING DÁVILA VÉLEZ & CÍA S. en C, nos dirigimos a este honorable tribunal de arbitramento para presentar la contestación a una demanda relacionada con un conflicto surgido de la ejecución e interpretación de un contrato de compraventa de acciones. La presente contestación así lo justificara. Para tal efecto se abordarán temas como: el reajuste del precio en los parámetros consagrados y estipulados en el contrato de compraventa de acciones y la exigibilidad en el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el contrato. Así mismo, se sustentará jurídicamente porque no da a lugar la aplicación de la cláusula compromisoria a terceros no signatarios; porque no se debe declarar la resolución del contrato, y, el no reajuste de los precios en los términos solicitados por el demandante.

La contestación de la demanda se sustenta y se respalda en pruebas legales y factuales que claramente demuestran que las pretensiones incoadas y los derechos que considera vulnerados el demandante no tienen ánimo de prosperar por cuanto las entidades que representamos no violan derechos y tampoco van en contra de los preceptos legales y constitucionales contemplados en virtud del contrato celebrado. Durante el transcurrir de la presente contestación se presentarán en detalle eventos relevantes, las bases legales que respaldan nuestros argumentos y las pruebas que apoyan nuestra postura.

Por tanto, solicitamos respetuosamente a este Honorable Tribunal de Arbitramento que razonablemente analice los argumentos presentados en esta contestación, y que, en virtud de la ley, los principios generales del derecho, la jurisprudencia y la doctrina confiemos plenamente en la idoneidad del tribunal para emitir una decisión adecuada y justa para este conflicto.

A continuación, se presentarán los hechos, argumentos, pretensiones y pruebas relevantes que respaldan nuestra defensa contra la demanda presentada por el demandante.

Santiago de Cali, Noviembre del 2023.

Señores;

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

REFERENCIA: DEMANDA ARBITRAL DE HOLDING M & B S.A CONTRA ELECTROTECH S.A, MAGRAVI S.A.S Y HOLDING DÁVILA VÉLEZ & CÍA S. en C.

ASUNTO: Contestación memorial demanda arbitral.

VALENTINA RIVERA ECHEVERRY, mayor de edad, domiciliada en Cali, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.151.965.035 y tarjeta profesional No. 392236 del Consejo Superior de la Judicatura, y **LUIS ANDRÉS OLIVA RENDÓN**, mayor de edad, domiciliado en Cali, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.143.872.987 de Cali y tarjeta profesional No. 344567, actuando en calidad de apoderados de **ELECTROTECH S.A, MAGRAVI S.A.S Y HOLDING DÁVILA VÉLEZ & CÍA S. en C.** por medio del presente escrito presentamos contestación a la **DEMANDA ARBITRAL** presentada por **HOLDING M & B S.A**, dentro del término legal y oportuno.

I. FRENTE A LOS HECHOS

Frente a los hechos enunciados como fundamento fáctico de la demanda arbitral en el proceso de referencia, nos permitimos hacer los siguientes pronunciamientos:

Respecto al **HECHO PRIMERO**; es cierto, en el año 2007 se llevó a cabo una operación de adquisición de la totalidad de las acciones de DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S (Empresa líder en el mercado en el sector de construcciones) , en donde el 72% de las acciones fueron adquiridas por ELECTROTECH S.A y el 28% de las acciones restantes fueron adquiridas por MAGRAVI S.A.S, siendo esta filial de ELECTROTECH, como subordinadas de la organización BEATRIZ DÁVILA, conglomerado propietario de HOLDING DAVILA VELEZ Y CIA.

Respecto al **HECHO SEGUNDO**; es cierto, en el año 2020, la Junta Directiva de la ORGANIZACIÓN BEATRIZ DÁVILA, recibió una oferta de compra de las acciones de DOURO CONSTRUCCIONES, por parte de la organización MEJIA BARBERI, en donde le propuso comprar a DUORO a cambio de una participación accionaria en CEMENTOS COSMOS S.A y una suma de dinero a acordar en función de los resultados del Due diligence.

Respecto al **HECHO TERCERO**; es parcialmente cierto, en el sentido que en el memorando de entendimiento se establecieron las siguientes reglas de negociación:

- a. Respecto al periodo de negociación del contrato de compraventa de las acciones de DOURO, este no excederá de 1 año, otorgando como plazo el término máximo hasta el día 23 de febrero del 2023, término en el cual, de no celebrarse la negociación, cada parte estaría facultada para terminar de manera unilateral y sin sanciones la negociación.
- b. Todo conflicto de cualquier naturaleza que surja de la negociación de DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S entre HOLDING DÁVILA VÉLEZ Y CÍA y HOLDING M&B S.A, se resolverá 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. El precio, se obtendrá de una base de negociación del estudio de Due diligence.
- d. Se establece que “nada está acordado hasta que todo esté acordado y firmado, es decir, no podría reputarse existente ningún contrato de compraventa hasta que no fuera elevado a documento escrito, fecha en la cual el MOU dejaría de tener efectos”.

Respecto al **HECHO CUARTO**, es parcialmente cierto; en los resultados del Due Diligence se advirtieron varias situaciones, las cuales fueron:

- a) Proceso de nulidad absoluta de contrato de compraventa sobre el inmueble en donde operan las oficinas administrativas de DOURO, siendo este un emblemático edificio.
- b) 38 procesos ordinarios laborales de ex- empleados de DOURO, cuyas pretensiones equivalen aproximadamente en mil novecientos millones de pesos m/cte (\$1.900.000.000) de pasivo contingente provisionado en los estados financieros de DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S
- c) 5 procesos contenciosos administrativos de impugnación de actos administrativos de la Superintendencia de Industria y Comercio por presuntas infracciones al estatuto del consumidor.
- d) Endeudamiento financiero acumulado de aproximadamente de quince mil millones de pesos m/cte (\$15.000.000.000) con distintas entidades bancarias, en donde cada una gozaba de distintas garantías.

Respecto al **HECHO QUINTO**; es cierto, el 28 de diciembre de 2022, entre ELECTROTECH S.A, MARGRAVI S.AS Y HOLDING M&B S.A, se acordó y firmó el contrato de compraventa de acciones, en donde se establece un precio definitivo por la totalidad de las acciones de un billón ochocientos mil millones de pesos m/cte (\$ 1.800.000.000.000).

Respecto al **HECHO SEXTO**; es cierto, el negocio sería pagadero mediante la entrega del 18% de las acciones de CEMENTOS COSMOS S.A equivalente a ochocientos mil millones de pesos m/cte. (\$860.000.000.000) y novecientos cuarenta mil millones de pesos m/cte (\$940.000.000.000) en efectivo. En este sentido, se acordó que las acciones de CEMENTOS COSMOS S.A serían transferidas a ELECTROTECH S.A

dentro de los 5 días siguientes a la fecha de la firma del Contrato de Compraventa de Acciones, y el saldo en dinero, debía pagarse en 3 cuotas a MARGRAVI S.A.S., de la siguiente manera:

- a. 40% en la fecha de la firma del Contrato de Compraventa de Acciones (28 de diciembre de 2022);
- b. 30% el 28 de junio de 2023; y
- c. 30% el 28 de diciembre de 2023

Respecto al **HECHO SÉPTIMO**; es cierto, se acordó que las acciones de DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S. se transferirán al comprador el mismo día en que se realizará 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 transferirán las acciones de CEMENTOS COSMOS S.A., transferencia que también se realizó con total éxito.

Respecto al **HECHO OCTAVO**; es cierto, se acordó en el Contrato de Compraventa de Acciones, un doble mecanismo de protección de las partes ante eventuales modificaciones del estado del negocio en marcha objeto de adquisición, a saber: un mecanismo de ajuste del precio (Cláusula Octava) y un capítulo de indemnidades (Cláusula Décima).

Respecto al **HECHO NOVENO**; Es parcialmente cierto, ya que en el mismo MOU se establece que “nada está acordado hasta que todo esté acordado y firmado, es decir, no podría reputarse existente ningún contrato de compraventa hasta que no fuera elevado a documento escrito, fecha en la cual el MOU dejaría de tener efectos”. Es decir, el MOU no tiene efectos jurídicos y su vinculación es irrelevante en el contrato de compraventa de acciones.

Respecto al **HECHO DÉCIMO**; Es cierto, que el día 28 de diciembre de 2022, se firmó por las partes el contrato de compraventa de acciones, y se acordó que 5 días después, **HOLDING M&B S.A.**, transferirá las acciones de **CEMENTOS COSMOS S.A** a la empresa **ELECTROTECH S.A.**

Respecto al **HECHO ONCE**; Es cierto, que el día 18 de abril del 2023, se presentaron en el Departamento del Valle del Cauca, en la ciudad de Cali, graves situaciones de inseguridad y alteración de orden público

Respecto al **HECHO DOCE**; No nos consta la afirmación realizada por la parte demandante de que el día 20 de abril del 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.

Respecto al **HECHO TRECE**, no nos consta la afirmación realizada por la parte demandante de que los ingresos de DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S. se redujeron a CERO (0) durante los meses que duró el confinamiento decretado por el gobierno nacional.

Respecto al **HECHO CATORCE**; Es cierto, que el día 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 reajustará 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.

Respecto al **HECHO QUINCE** Es cierto, que se negó la solicitud de reajuste del precio presentada por **HOLDING M & B S.A.**

Respecto al **HECHO DIECISÉIS** Es cierto, que se radicó una nueva comunicación por parte de **HOLDING M & B S.A** 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.

Respecto al **HECHO DIECISIETE** Es cierto, que se envió una respuesta a la comunicación recibida informando que desde el día **VEINTINUEVE DE JUNIO DEL DOS MIL VEINTITRÉS (29/06/2023)** se generarían y contabilizarán 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.

Respecto al **HECHO DIECIOCHO** Es cierto, que el día **(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.**

Respecto al **HECHO DIECINUEVE.** Es cierto, que el día **(19/08/2023)**, el juzgado primero civil del circuito notificó la sentencia que declaraba la nulidad absoluta del contrato de compraventa del inmueble donde funcionaban las oficinas principales de **DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S.**

Respecto al **HECHO VEINTE**, no nos consta la afirmación realizada por la parte demandante.

Respecto al **HECHO VEINTIUNO** Es cierto, que el día **(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.

Respecto al **HECHO VEINTIDÓS** Es cierto, que 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.

Respecto al **HECHO VEINTITRÉS** Es cierto, que el día **(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)**.

Respecto al **HECHO VEINTICUATRO** Es cierto, que el día **(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.

Respecto al **HECHO VEINTICINCO** Es cierto.

II. FRENTE A LAS PRETENSIONES

De conformidad con los hechos expuestos, nos oponemos a las pretensiones de la siguiente manera:

FRENTE A LA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Nos oponemos a la pretensión formulada por la parte demandante de declarar el reajuste forzoso del precio pendiente del contrato de compraventa, por las razones que a continuación se exponen:

- 1. Inexistencia de causal para el reajuste forzoso del precio:** La parte demandante argumenta que la situación de alteración orden público que se vivió en la ciudad de Cali y la entrega forzosa del bien inmueble donde funcionaban las oficinas principales de **DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S** y el parque tecnológico constituyen causales para el reajuste forzoso del precio del contrato de compraventa de acciones. Sin embargo, tales eventos no se configuran como argumento para el reajuste del precio, debido a que:

- **La situación de orden público:** I) No se encuentra contemplada como una causal en virtud del contrato; II) Se ha dado cumplimiento a las

responsabilidades, obligaciones y deberes por parte de los vendedores; III) No es aplicable la teoría de la imprevisión y al artículo 868 del C. Comercio; IV) Se ha dado cumplimiento a la buena fe contractual. Por lo tanto no hay incumplimiento por parte de los vendedores al no realizar el ajuste de precio por la alteración de orden público solicitada por el demandante.

- **Entrega forzosa del bien inmueble:** I) La cláusula pactada contaba con una limitación temporal válida; II) La causal de reajuste del precio no se cumple pues DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S no ha perdido el acceso al inmueble y la titularidad la ha ostentado un tercero desde el principio del negocio; III) El cambio de las circunstancias es un riesgo asumido por parte de HOLDING M&B ,y, IV) La buena fe contractual no se ha visto afectada pues en todo momento se ha procurado concertar soluciones con la contraparte.

2. Falta de proporcionalidad en el reajuste forzoso del precio: La parte demandante pretende un reajuste forzoso del precio por un valor de QUINIENTOS VEINTICUATRO MIL MILLONES DE PESOS MCTE (COP\$524.000.000.000), lo cual resulta desproporcionado e injustificado. Dicha suma representa un porcentaje significativo del valor del contrato de compraventa de acciones, y no existe evidencia que sustente un impacto tan severo en el valor de las acciones como consecuencia de los eventos alegados.

3. Falta de prueba de los perjuicios alegados: La parte demandante no ha presentado las pruebas que acrediten los perjuicios económicos que supuestamente ha sufrido como consecuencia de la situación de orden público y la entrega forzosa del bien inmueble. Las meras afirmaciones de la parte demandante no son suficientes para sustentar una pretensión tan gravosa como el reajuste forzoso del precio.

En virtud de lo expuesto, solicitamos declarar sin lugar la pretensión de la parte demandante del reajuste forzoso del precio sobre el contrato de compraventa de acciones. Así mismo, solicitamos condenar a la parte demandante al pago de las costas procesales.

FRENTE A LA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA: Nos oponemos a la pretensión formulada por la parte demandante de resolver el contrato de compraventa, por las razones que a continuación se exponen:

1. Incumplimiento contractual inexistente: El argumento que considera la parte demandante para alegar el incumplimiento consiste en:

- **Reajuste de precio:** Se alega incumplimiento por parte de ELECTROTECH S.A y MAGRAVI S.A.S en cuanto a la negativa de reajustar el precio de compra. Sin embargo, esto no es cierto debido a que:

1. La cláusula de caducidad es válida. La autonomía de la voluntad permite a las partes establecer plazos para el ejercicio de derechos. En este caso, el plazo de un mes para solicitar el reajuste del precio no es contrario a la ley ni al orden público.
 2. La causal de reajuste de precio no se cumple. La pérdida del inmueble por parte de DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S no afecta directamente a HOLDING M&B, ya que esta última adquirió las acciones de la empresa, no el inmueble en sí. Además, la imposibilidad del uso del inmueble no se configura, ya que HOLDING M&B nunca tuvo la titularidad del mismo.
 3. La teoría de la imprevisión no es aplicable. El cambio de circunstancias no fue imprevisible, ya que era un riesgo que HOLDING M&B asume al comprar las acciones.
 4. La buena fe contractual no se ha visto afectada. Las partes actuaron de acuerdo con lo pactado en el contrato y se comunicaron para intentar resolver la situación.
- Imposibilidad de explotar el objeto social de la empresa: Se argumenta que la imposibilidad de continuar explotando el objeto social de DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S constituye un incumplimiento contractual. No obstante, dicha imposibilidad no es atribuible a ELECTROTECH S.A y MAGRAVI S.A.S, sino a factores externos a su control y al negocio jurídico celebrado.
2. **Falta de causa para la resolución:** Los supuestos de incumplimiento alegados por el comprador no configuran una causa válida para resolver el contrato de compraventa de acciones. El contrato establece claramente los requisitos para la resolución de este, y las circunstancias descritas no se ajustan a ninguno de ellos.
 3. **Perjuicios para ELECTROTECH S.A Y MAGRAVI S.A.S:** La resolución del contrato sin justa causa causaría un grave perjuicio a ELECTROTECH S.A Y MAGRAVI S.A.S, ya que se vería privada de una inversión significativa realizada de buena fe. Además, se afectará a terceros.

En virtud de lo expuesto, solicitamos que se declare improcedente la solicitud de resolución del contrato de compraventa de acciones, y, se condene al demandante a pagar a **ELECTROTECH S.A Y MAGRAVI S.A.S** los daños y perjuicios causados por la pretensión infundada de resolución.

III. EXCEPCIONES

EXCEPCIÓN PREVIA DE COMPROMISO O CLÁUSULA COMPROMISORIA

Mediante memorial de entendimiento (MOU) celebrado entre la ORGANIZACIÓN BEATRIZ DÁVILA y MEJIA BARBERI, se pactó una cláusula compromisoria en la que se estableció que las controversias que pudieran surgir entre las partes serían resueltas por un tribunal de arbitraje.

Posteriormente, se realizó contrato de compraventa de acciones entre ELECTROTECH S.A y MARGRAVI S.A.S Y HOLDING M&B S.A, en el cual se manifestó que lo firmado en el contrato desplazaba cualquier otro tipo de acuerdos escritos y verbales; además, en dicho contrato no quedó consignada cláusula compromisoria alguna.

Es de resaltar, esta cláusula compromisoria no hace parte del contrato de compraventa de acciones celebrado entre ELECTROTECH S.A y MARGRAVI S.A.S Y HOLDING M&B S.A, pues las partes referenciadas no suscribieron ni aceptaron expresamente ni tácitamente dicha cláusula ajena al contrato suscrito.

En virtud de lo anterior, este Tribunal de Arbitraje no es competente para conocer de la presente demanda, ya que la controversia entre las partes no puede ser resuelta mediante arbitraje.

Por lo expuesto, solicitamos a este Tribunal de Arbitraje que:

1. Se declare incompetente para conocer de la presente demanda y se ordene el archivo del expediente, pues al no existir un acuerdo válido de arbitraje entre las partes en el presente proceso, este Tribunal de Arbitraje carece de competencia para conocer de la demanda.
2. De manera subsidiaria, en caso de que este Tribunal de Arbitraje considere que la cláusula compromisoria del MOU sí es vinculante para las partes en el contrato de compraventa de acciones, solicitamos adicionalmente que se declare la nulidad de dicha cláusula, con fundamento en las siguientes consideraciones:
 - a) La cláusula compromisoria del MOU no cumple con los requisitos formales de validez establecidos en la ley aplicable, ya que no cumple con lo establecido en el artículo 3 y 4 de la ley 1563 de 2012 debido a que no hay identificación de partes, del objeto del contrato, de las materias arbitrables, de la institución arbitral, del mecanismo de designación, y, que las partes expresamente no renunciaron y aceptaron el mecanismo.
 - b) La cláusula compromisoria del MOU es contraria a la voluntad de las partes en el contrato de compraventa de acciones, pues no aceptaron dicha condición en el contrato suscrito.
 - c) La cláusula compromisoria del MOU atenta contra el principio de autonomía de la voluntad, ya que las partes tienen derecho a pactar libremente las condiciones de resolución de sus controversias, siempre que no sean contrarias a la ley o al orden público.

Ha dicho la Corte Constitucional (2004), respecto a la excepción previa de compromiso o cláusula compromisoria que:

“La excepción de compromiso o cláusula compromisoria es una excepción que surge o se origina del pacto previo establecido entre las partes, tendiente a someter el contrato o convenio suscrito entre ellas, a la resolución de un tribunal de arbitramento, bajo un procedimiento y condiciones señaladas en el contrato. Así, resulta aparentemente claro que, si las partes voluntariamente se han sometido a este mecanismo de resolución de conflictos conocido de antemano por ellas, deba ser esa la instancia ante la cual se resuelva el debate jurídico por lo que podría considerarse infundado, que ellas mismas desconozcan la cláusula correspondiente y acudan a la jurisdicción ordinaria para la solución de su controversia”.

En la autorizada opinión del jurista Hernando Morales Molina, expresó: “...el compromiso y la cláusula compromisoria determinan la renuncia a hacer valer las pretensiones consiguientes ante los jueces, por lo cual en caso de que existiendo ellos se someta la cuestión a la jurisdicción ordinaria, el demandado puede hacer valer la excepción previa de compromiso (C. de P.C., art. 97), pero si no lo hace se entiende que las partes aceptan las operancias de los jueces ordinarios, salvo que con la demanda o durante el proceso se acredite la existencia del compromiso o de la cláusula compromisoria, pues si ello ocurre en el primer momento el juez no puede darle curso a la demanda por carencia de jurisdicción, y en el segundo debe decretar de plano la nulidad de lo actuado por igual motivo, porque dicha causal es insanable”

Los anteriores razonamientos permiten inferir que la cláusula arbitral produce falta de jurisdicción ante la justicia ordinaria para decidir un conflicto y cuando no se determine las controversias eventuales que puedan surgir en virtud de la estipulación de la cláusula compromisoria, abarca cualquier inconveniente originado de la relación contractual principal.

La cláusula compromisoria tiene su fuente jurídica en un contrato o en un documento anexo a él, el cual es celebrado previamente a cualquier conflicto que surja entre las partes, quienes manifestaron expresamente su voluntad de someter sus diferencias a la decisión de árbitros.

Conforme a lo anterior, la disposición pactada no admite interpretación alguna, es evidente que en la cláusula pactada para resolver las eventuales diferencias que puedan surgir con ocasión de este, se acordó exclusivamente frente HOLDING DAVILA VELEZ Y HOLDING M&B, no a diferencias presentadas con ELECTROTECH S.A Y MAGRAVI S.A.S.

IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO

SOBRE LA FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL.

Para comenzar a desarrollar los fundamentos de derecho de la presente demanda, se hace necesario precisar la falta de competencia del Tribunal arbitral del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cali, para

conocer de las pretensiones de la demanda presentada por los apoderados de HOLDING M&B

Al respecto, el arbitraje arriaga su naturaleza jurídica en el artículo 116 de la Constitución Política de Colombia¹ el cual le otorga a los particulares la condición transitoria para administrar justicia, en condición de árbitros habilitados, así mismo el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, en su artículo 1 establece que; el arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de controversias, el cual permite a las partes resolver las diferencias surgidas, sin necesidad de acudir a la jurisdicción ordinaria, en donde es necesario la manifestación de la voluntad clara e inequívoca de las partes, de querer someter las controversias a la justicia arbitral² y en el inciso segundo del citado artículo establece que el arbitraje se rige por los principios y las reglas de imparcialidad, idoneidad, celeridad, igualdad, oralidad, publicidad y contradicción.

La Corte Constitucional, ha venido desarrollando una línea jurisprudencial, en donde se ha definido el arbitramento como una institución procesal, “ en virtud del cual las partes en conflicto deciden someter sus diferencias a la decisión de un tercero, aceptando anticipadamente sujetarse de lo que allí se adopte”, esta definición ha permitido que la sala plena de la Corte Constitucional desarrolle jurisprudencia consistente sobre las características esenciales de este mecanismo, que resaltan su naturaleza alternativa, procesal, temporal, excepcional y voluntaria³.

En la mencionada sentencia C 466 de 2020 20 la Corte Constitucional establece que una de las características del arbitraje es;

- a. **Es un mecanismo alternativo de solución de conflictos:** por medio del cual, las partes invisten a los particulares de la función de administrar justicia.
- b. **Se rige por el principio de voluntariedad o libre habilitación:** la competencia de los árbitros se fundamenta en el acuerdo previo, libre y voluntario de las partes de no someter sus diferencias a la justicia estatal sino al arbitramento. Por ello la Corte ha entendido que la habilitación de los árbitros por decisión de las partes es una exigencia constitucional que determina la procedencia de este mecanismo alternativo de solución de conflictos.
- c. **Es un mecanismo de carácter temporal:** Su existencia se da solamente para la resolución del caso específico sometido a consideración de los árbitros. En palabras de la Corte, “no es concebible que el ejercicio de la jurisdicción, como función estatal, se desplace de manera permanente y general a los árbitros y conciliadores”.

¹ Constitución Política de la República de Colombia. N° 116 de 20 julio de 1991. Artículo 116. “Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.

² Ley 1563 de 2012. Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones. 12 de julio de 2012.

³ Corte Constitucional. Sentencia C 466-20.

- d. **Es excepcional:** pues “existen bienes jurídicos cuya disposición no puede dejarse al arbitrio de un particular, así haya sido voluntariamente designado por las partes enfrentadas”.

En distintas providencias se han identificado algunas controversias reservadas a la jurisdicción permanente del Estado. Por ejemplo, en la sentencia C-242 de 1997 la Corte señaló que no pueden someterse a decisión arbitral los temas relacionados con el estado civil de las personas. También, en la sentencia C-294 de 1995, se indicaron como ejemplos de asuntos no sujetos a transacción: las obligaciones amparadas por leyes “en cuya observancia estén interesados el orden y las buenas costumbres”, al tenor del artículo 16 del Código Civil; las cuestiones relacionadas con los derechos de los incapaces; o los litigios relacionados con derechos de los cuales la ley prohíbe a sus titulares disponer. También han sido incluidos en esta categoría, el conjunto de derechos mínimos de los trabajadores y el control de legalidad de los actos administrativos.

- e. **Es una institución de orden procesal:** lo cual significa que el arbitramento “garantiza los derechos de las partes enfrentadas disponiendo de una serie de etapas y oportunidades para la discusión de los argumentos, la valoración de las pruebas aportadas y, aún, la propia revisión de los pronunciamientos hechos por los árbitros”

En otras palabras, la Corte (2014) reitera que “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”

El sistema arbitral se sustenta en la autonomía de la voluntad de las partes. Mediante un acuerdo, las partes deciden libre y voluntariamente someter sus controversias a la jurisdicción arbitral, renunciando a acudir a la justicia ordinaria. Esta decisión abarca aspectos cruciales del proceso, como la definición de las controversias arbitrables, las características del tribunal arbitral, la designación de los árbitros e incluso el establecimiento del procedimiento arbitral, siempre dentro del marco legal vigente.

La autonomía de la voluntad se convierte así en pilar fundamental del arbitraje, garantizando la estabilidad y legitimidad de la decisión final. El acuerdo arbitral, reflejo de esa autonomía, implica la aceptación anticipada por parte de las partes de lo resuelto por el tribunal arbitral, otorgando firmeza y seguridad jurídica al proceso.

En efecto, el día 23 de febrero del año 2022, se suscribió memorando de entendimiento entre los representantes legales de las sociedades **HOLDING DÁVILA VÉLEZ & CÍA S EN C.** y **HOLDING M&B S.A.**, en donde en el literal B acordaron 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;

Igualmente, En las disposiciones finales del contrato quedó dicho que 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 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.

Por tal motivo, asiste la razón en que **ELECTROTECH S.A.** y **MAGRAVI S.A.S.**, no son signatarios del memorando de entendimiento que contiene la cláusula compromisoria pues no expresaron su voluntad inicial al quedar integrados dentro de la respectiva cláusula;

En la Sentencia C-947 de 2014 se define la voluntariedad en materia arbitral como; *“un acuerdo libre y voluntario de las partes en conflicto, de someter sus disputas a un Tribunal de arbitramento En ese sentido, al ser un instrumento jurídico que desplaza a la jurisdicción ordinaria en el conocimiento de ciertos asuntos, “tiene que partir de la base de que es la voluntad de las partes en conflicto, potencial o actual, la que habilita a los árbitros para actuar”. En ese orden de ideas,” es deber de las partes, con el propósito de dotar de eficacia a sus determinaciones, establecer con precisión los efectos que se siguen de acudir a la justicia arbitral y conocer las consecuencias jurídicas y económicas subsiguientes a su decisión; sólo así se puede hablar de un verdadero acuerdo.”*

En este sentido, la Jurisprudencia ha desarrollado el principio de voluntariedad o libre habilitación de la justicia arbitral, en donde se reconoce que, conforme a lo dispuesto en el artículo 116 de la Constitución política, la autoridad de los árbitros se fundamenta en el acuerdo, previo, libre y voluntario de las partes de no someter sus diferencias a la justicia estatal, sino al arbitramento, es allí cuando la habilitación voluntaria de los árbitros es un requisitos constitucional imperativo que determina la procedencia de este mecanismo de resolución de controversias.

En sentencia SU- 035 de 2008, la Corte Constitucional reiteró; “Por medio del acuerdo de las partes, en donde deciden libremente que no acudirán a la justicia del Estado para resolver sus diferencias, establecen cuáles diferencias someterán a arbitraje, determinan las características del tribunal, designan los árbitros e incluso fijan el procedimiento arbitral a seguir, dentro del marco general trazado por la Ley. La voluntad de las partes es, así, un elemento medular del sistema de arbitraje diseñado en nuestro ordenamiento jurídico, y se proyecta en la estabilidad de la decisión que adoptará el tribunal arbitral.

La autonomía de la voluntad es el principio en torno al que gira la institución del arbitraje, el cual se puede definir como el poder reconocido a toda persona para

conformar libremente una relación jurídica, siempre que no contrarie las Leyes, la moral ni el orden público. (Herrera, 2012) “La autonomía de la voluntad siempre ha sido entendida como el poder de autodeterminación de la persona que marca su propia independencia, libertad y que le faculta en todo lo relativo a la disposición, uso y goce de sus propios derechos y facultades, e incluso sobre la creación, modificación o extinción de los mismos” (Montes, 2001).

De lo anterior, se tiene entonces que; en palabras del doctrinante Bejarano, el arbitraje es un acto complejo que abarca un componente contractual y un componente jurisdiccional, en donde en la etapa previa al procedimiento arbitral se enmarca dentro de una órbita contractual, y en donde las partes por principio de la autonomía de la voluntad, celebran un negocio jurídico, en donde renuncian a la justicia ordinaria para someter sus controversias al arbitramento (Bejarano, 2021) así mismo, el doctrinante considera que el principio de la autonomía de la voluntad se expresa por medio de una cláusula compromisoria inmersa en un contrato o en un compromiso.

Aunado en lo anterior, cualquiera sea la modalidad del pacto arbitral, siempre se caracterizará por ser una acto jurídico bilateral o plurilateral, con obligaciones recíprocas, conforme a lo estipulado en el artículo 1496 del Código Civil⁴, en donde le es aplicable la teoría general de las obligaciones y del negocio jurídico, es decir que para la existencia del pacto arbitral, este debe contener los elementos esenciales del negocio jurídico, consentimiento de las partes, y el objeto, mientras que para su validez, se debe de identificar la capacidad, el consentimiento libre de vicios, el objeto y la causa lícita (Valencia, Ibarra, Arteta, 2022).

En virtud de lo expuesto, alegamos la falta de competencia del tribunal arbitral para conocer y resolver de la presente controversia, en donde no existe un acuerdo claro y expreso entre las compañías **ELECTROTECH S.A Y MAGRAVI S.AS**, en donde estas no manifiestan su voluntad de someterse a arbitraje, y no han expresado de manera inequívoca su autonomía para integrarse al proceso arbitral, quedando excluidos como signatarios del memorando de entendimiento que contiene la cláusula compromisoria; siendo así excluidos del proceso arbitral.

SOBRE EL ALCANCE DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA

En el presente acápite, se abordará el alcance de la cláusula compromisoria establecida en el memorando de entendimiento suscrito entre HOLDING DAVILA VELEZ S.A.S c .y, HOLDING M&B S.A, ya que ELECTROTECH S.A y MAGRAVI S.AS no son vinculantes del memorando de entendimiento, pero si celebraron el contrato de compraventa de acciones con HOLDING M&B S.A.

⁴ Congreso de la república. Ley 84 de 1973. Por medio del cual se expide el código civil de Colombia. **ARTÍCULO 1496. <CONTRATO UNILATERAL Y BILATERAL>**. El contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna; y bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente.

Ahora bien, estos últimos no deben ser involucrados en el proceso arbitral arbitral, por cuanto:

1. **Falta de consentimiento expreso:** El principio fundamental del arbitraje reside en la autonomía de la voluntad de las partes. Las partes involucradas en un contrato deciden, de manera voluntaria, someter sus controversias a un tribunal arbitral, renunciando a la jurisdicción ordinaria. La extensión del pacto arbitral a terceros que no han suscrito dicho acuerdo viola este principio, pues los signatarios no han expresado su consentimiento para ser sometidos a arbitraje.

La Corte Constitucional en Sentencia C-170 de 2014, señaló que: “el pacto arbitral es un acuerdo autónomo de las partes, en virtud del cual estas se someten a la jurisdicción arbitral para resolver las controversias que surjan del contrato que lo contiene”.

En la misma sentencia, la Corte reiteró que “la suscripción del pacto arbitral constituye un acto de disposición de los derechos procesales de las partes, por lo que solo puede ser válido si se celebra con el consentimiento expreso de las mismas”.

La Corte Constitucional ha emitido pronunciamientos en casos específicos que respaldan la postura de que la extensión del pacto arbitral a no signatarios viola el principio de autonomía de la voluntad:

1. Sentencia C-466 de 2020: La Corte protegió los derechos de un trabajador que no había firmado el pacto arbitral contenido en su contrato de trabajo. La Corte señaló que “la extensión del pacto arbitral a un trabajador que no lo ha suscrito vulnera el principio de autonomía de la voluntad y el derecho al acceso a la justicia ordinaria”.
2. Sentencia C-170 de 2014: La Corte protege los derechos de un consumidor que no había firmado el pacto arbitral contenido en un contrato de compraventa. La Corte reiteró que “la extensión del pacto arbitral a un consumidor que no lo ha suscrito viola el principio de autonomía de la voluntad y el derecho a la información”.

En el arbitraje, el consentimiento de las partes se erige como elemento medular que define la esencia misma de este mecanismo de resolución de controversias. Es la voluntad expresa de las partes la que otorga legitimidad al tribunal arbitral y lo convierte en la vía elegida para dirimir los conflictos que puedan surgir, por tanto, únicamente aquellos que suscriben dicha cláusula, independientemente de si se encontraba en un contrato o en un instrumento diferente, quedaban vinculados al arbitraje.

2. **Independencia de los contratos:** Entendiendo que la cláusula compromisoria contenida en el MOU aplica únicamente a los signatarios originales, la extensión de la cláusula a terceros como lo son

ELECTROTECH S,A y MAGRAVI S.A.S, requieren de una manifestación clara y expresa de su voluntad, la cual no existe.

No siendo procedente la extensión de la cláusula arbitral a un grupo de compañías, solo por el hecho, de que ELECTROTECH S.A Y MAGRAVI S.A.S a un grupo empresarial comprometido en el negocio jurídico, para que se configure esta extensión, debe de concurrir una serie de elementos los cuales se fundamentan en; (i) consentimiento de arbitraje derivado de un conocimiento de la existencia de un convenio arbitral, (ii) Una conducta decisiva que desarrolla los no signatarios en la etapa contractual, lo cual justifica su participación en el arbitraje, (iii) los dos elementos anteriores, tomados conjuntamente que permitan identificar a no firmantes como partes no signatarias y no como terceros ajenos al contrato (Santiestevan, 2009)

3. Principio de relatividad de los contratos:

Bajo este principio los contratos producen efectos entre las partes que lo suscriben, y en donde no se puede imponer obligaciones a terceros, en el entendido que ELECTROTECH S.A Y MAGRAVI S.A.S, no son parte del memorando de entendimiento y por tanto no se encuentran obligados por la cláusula compromisoria, En definición de la Corte Suprema de Justicia en sentencia 3201 de de 2018 “ El principio de la relatividad de los negocios jurídicos sólo significa que las partes carecen de facultad para hablar en nombre de otros o comprometer sus intereses cuando no estén investidos de ninguna delegación o poder de representación”.

4. No aplicación de la Teoría de los actos propios o el Estoppel: Esta teoría surge como una de las mayores teorías para la extensión de un convenio arbitral a no signatarios, fue planteada por el Tribunal de La Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos de América, en el caso de Thomson - CSF, S.A, V American Arbitration Association, su fundamento es el principio de contratación internacional en el cual las personas en los contratos deben ser congruentes con sus actuaciones dentro de ellos “quien mediante conducta, positiva o negativa, infunde o crea en otra persona, la confianza fundada de que aquél mantendrá su comportamiento en lo sucesivo, deberá, sí, mantenerlo efectivamente, aunque en su fuero interno hubiere abrigado otro propósito en realidad” (Alsina, 2009, Pág 819).

La teoría del comportamiento concluyente establece que, incluso cuando una persona no ha firmado un contrato formal, sus acciones durante la ejecución de este pueden generar la presunción de que es parte del acuerdo. Esta teoría se basa en el principio de la buena fe, el cual exige a las partes actuar de manera honesta y leal en sus relaciones contractuales.

Si una persona, a través de sus comportamientos, induce a sus contrapartes a creer que es parte del contrato, no puede luego negar su

participación y deslindarse de su responsabilidad. Dicha actitud se considera contraria a la buena fe y a los principios básicos de la justicia contractual.

La anterior teoría puede verse reflejada en el siguiente caso de la Corte Suprema de Justicia:

- Sentencia STC 4826-2023: La Corte manifiesta que: “De otro lado, en lo referente a la ausencia de manifestación expresa de la contratante para someterse a la jurisdicción arbitral, que dice la recurrente debe constar por escrito, cabe recordar que el juez arbitral tuvo por acreditado este requisito con fundamento en lo previsto en el artículo 69 de la reseñada ley de arbitramento que suavizó la prueba de esta formalidad, ‘al otorgar efectos jurídicos a cualquier acto inequívoco de sometimiento a este mecanismo de solución de controversias, al margen de su forma de expresión, que para el caso concreto fueron las actuaciones efectuadas por la convocada durante la etapa precontractual y la ejecución del contrato de APT. En ese sentido, queda claro que la aceptación de un acuerdo de arbitraje puede ser expresa o tácita, sin importar si es nacional o internacional, máxime cuando, como bien lo anotó el panel criticado, el legislador autorizó una especie de pacto arbitral implícito o consentido en el parágrafo del artículo 3° de la Ley 1563 de 2012”

Total, lo cierto es que no hay razones para descartar la posibilidad de que un pacto arbitral sea aceptado tácitamente a través de actos inequívocos de las partes, pues, como negocio jurídico que es, se encuentra sometido a las directrices que lo gobiernan, entre ellos, los principios de buena fe y confianza legítima, y a aquél, conforme al cual, a nadie le es lícito venir contra los actos propios (*venire contra factum proprium*), que exige, como lo ha dicho la Corte:

"(...) el deber de comportarse en forma coherente, de tal manera que una persona no puede contradecir injustificadamente sus conductas anteriores relevantes y eficaces, particularmente cuando con ellas se haya generado una confianza razonable en los otros en el sentido de que dicho comportamiento se mantendrá - expectativa legítima-, deber cuyo incumplimiento o desatención puede dar origen a consecuencias de diversa naturaleza, tales como la inadmisibilidad o rechazo de la pretensión o excepción que tenga como fundamento el comportamiento contradictorio, o, en su caso, la reparación de los daños causados por la infracción del deber jurídico en esos términos asumido y por la vulneración de los intereses legítimos de aquel cuya confianza se vio defraudada (SC10326-2014)."

Lo anterior significa que el requisito de la voluntariedad en materia de arbitraje no solo se satisface cuando las partes expresamente, y a través

de un documento signado por ellas, plasman su deseo de someter sus conflictos a la justicia arbitral, sino también cuando la misma se materializa a través de otros medios, como la ejecución de actos inequívocos, reveladores de aquel designio».

Ahora bien, esta teoría busca extender el pacto arbitral a no signatarios que, a través de sus acciones han demostrado su intención de ser parte del acuerdo. No obstante, no es posible aplicar esta teoría al caso debido a que:

1. **Falta de actos inequívocos de adhesión al contrato:** ELECTROTECH S.A, y, MARGRAVI S.A.S no ha realizado actos inequívocos que demuestren su intención de ser parte del MOU; pues precisamente celebraron contrato de compraventa de acciones donde manifestaron su voluntad, adquirieron el compromiso obligacional y actuaron acorde a dicho acuerdo. Por lo tanto, no sería posible extender la cláusula compromisoria del MOU suscrito por HOLDING M & B ,y, HOLDING DAVILA VELEZ.
2. **Existencia de cláusulas de exclusión:** El contrato de compraventa de acciones suscrito por **ELECTROTECH S.A** , MARGRAVI S.A.S ,y, HOLDING M&B, se pactó que todo acuerdo previo, verbal o escrito, sobre la negociación, quedaba expresamente derogada con la firma del contrato de compraventa de acciones.
3. **Principio de la autonomía de la voluntad:** El principio de autonomía de la voluntad establece que las partes son libres de decidir con quiénes contratan y en qué términos lo hacen. La extensión del pacto arbitral del MOU a las partes del contrato de compraventa podría vulnerar este principio fundamental del derecho contractual.

En vista de los argumentos expuestos, la Teoría no parece ser aplicable al contrato de compraventa de acciones celebrado entre MAGRAVI, ELECTROTECH Y HOLDING M&B. La falta de actos inequívocos de adhesión al contrato, la ausencia de firma, la existencia de cláusulas de exclusión, y el principio de autonomía de la voluntad son factores que podrían impedir la extensión del pacto arbitral.

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

ELECTROTECH S.A. y MAGRAVI S.A.S. como 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”; en virtud de lo anterior el reajuste de precio propuesto por HOLDING M&B S.A no tiene justificación ni razón de prosperar como pretensión debido a que:

- a. **El contrato como ley y fuente de obligaciones:** En los contratos bilaterales, su perfeccionamiento se lleva a través de la voluntad de las partes, siempre que no transgrede normas imperativas, ni el orden público. En el artículo 1494 del C. Civil se establece que una de las fuentes de las obligaciones es aquella que nace de la voluntad de dos o más personas; esto se materializa a través del artículo 1602 del C. Civil pues todo contrato legalmente celebrado es ley para las partes.

La importancia de lo anterior radica en que voluntariamente las partes suscribientes del contrato de compraventa de acciones aceptaron unas condiciones contractuales para cumplirse. Con otras palabras, se celebran para cumplirse y, por ende, la desatención de los compromisos surgidos de ellos por sus celebrantes constituye una franca violación de la ley contractual, comportamiento que, como cuando se quebranta la ley ordinaria o general, es repelido por el derecho (Corte Suprema de Justicia, 2019⁵).

En ese sentido, en el contrato de compraventa de acciones se estipularon condiciones contractuales sobre el reajuste de precio, los cuales fueron: “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”. De lo anterior, se contempla que la causal invocada por la parte demandante de “**REAJUSTE DE PRECIO POR ALTERACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO EN CALI Y EL CONFINAMIENTO DE LA POBLACIÓN CIVIL**” no es una condición pactada como válida para el reajuste de precio del contrato de compraventa de acciones.

En ese orden de ideas, al no encontrarse como causal dentro del contrato, no debe ser tenida para realizar el reajuste de precio del contrato, pues en virtud de este no quedó contemplada la condición que obligara a ello.

⁵ Corte Suprema de Justicia, SC 3366 del 23 de agosto de 2019, Rd. 23001-31-03-001-2011-00109-01. M.P Alvaro Fernando Garcia Restrepo

- b. El contrato de compraventa de acciones:** El Consejo de Estado (2013) ha determinado que este tipo de contratos son contratos de ejecución instantánea, siempre y cuando el objeto de este sea cumplido desde su celebración; no lo serán, cuando se estipulan que las prestaciones deben ser cumplidas durante un periodo prolongado como la compraventa a plazos o desagregación por pago.

Ahora bien, los contratos de compraventa de acciones tienen naturaleza mercantil, el numeral 5 del artículo 20 del C. Comercio, considera como mercantiles a todos aquellos actos o negocios relacionados con “la intervención como asociado en la constitución de sociedades comerciales, los actos de administración de estas o la negociación a título oneroso de las partes de interés, cuotas o acciones” (Código de Comercio, 1971).

A pesar de lo anterior, la legislación mercantil se ha limitado a regular lo concerniente a la transferencia de acciones a los artículos 406 y 407 del C. Comercio, estableciendo para todos los efectos, los requisitos para su enajenación y negociación.

Sobre la naturaleza traslativa de las acciones, el artículo 406 del C. Comercio establece que las acciones nominativas podrán hacerse por el simple acuerdo de las partes, y siguiendo al artículo 754 del C. Civil, se hace exigible en ese mismo momento, sin perjuicio que las partes pacten que el mismo puede hacerse una vez se cumplan unas condiciones.

Cabe mencionar que el artículo 406 del C. Comercio, establece que para que la negociación produzca efectos respecto de la sociedad y de terceros, se debe registrar en el libro de registro de acciones.

La finalidad del contrato de compraventa de acciones consiste en el traspaso de una participación de una cuota de sociedad, y de su empresa subyacente por medio de la transferencia de sus acciones. Las partes que suscriben el contrato son los titulares de las acciones que se pretenden enajenar y quienes las adquieren. Es importante tener en cuenta, que en este tipo de negocios jurídicos se pueden otorgar declaraciones o garantías que estimen necesarios para el perfeccionamiento del contrato (ABA, 2010, P.11).

Como consecuencia de lo anterior, y tomando en consideración los derechos inherentes a las partes involucradas en las operaciones de adquisición, la autonomía privada de los intervinientes asume una posición preponderante.

En ese orden de ideas, el contrato de compraventa de acciones celebrado entre ELECTROTECH S.A. y MAGRAVI S.A.S. como la parte vendedora, y HOLDING M&B S.A, es un contrato comercial regulado por la voluntad privacidad de las partes pues no cuenta con regulación específica estricta, donde la ejecución de su objeto contractual es de forma instantánea, pues se trasladan títulos nominativos representativos de participación

accionaria al momento de celebrarse el contrato y donde su forma de pago fue pactada de forma diferida.

- c. **Sobre la aplicación del Artículo 868 del C. Comercio y la teoría de la imprevisión:** La acción consagrada en el artículo 868 del C. Comercio, faculta a cualquiera de las partes en determinados contratos, en los que con posterioridad a su celebración se hubieren presentado circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, que alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento, para que soliciten su revisión, corriendo por cuenta la insustituible obligación de demostrar, en el proceso, las nuevas circunstancias que exceden las previsiones que racionalmente podían hacerse al tiempo de contratar, y que esos acontecimientos son de tal carácter y gravedad que hacen intolerable la carga de la obligación para una de las partes (Corte Suprema de Justicia, 2017).

Es así como el artículo 868 del C. Comercio consagra la teoría de la imprevisión, conllevando a que (i) para una de las partes la prestación resulte excesivamente onerosa de la que previsiblemente podía llegar a tener; (ii) las circunstancias que causan la modificación son posteriores a la celebración del contrato y (iii) las mismas circunstancias son imprevisibles y extraordinarias, la ley permite, conforme el citado artículo que el juez intervenga para restablecer el equilibrio contractual.

El tribunal Superior de Bogotá (2004) reconoció que el “hecho” que amerite la revisión debe provocar una excesiva onerosidad en el cumplimiento de la obligación. Respecto al concepto de excesiva onerosidad la Corte Suprema de justicia (2012) determinó que “es indispensable un desequilibrio prestacional cierto, grave, esencial fundamental, mayúsculo, enorme o significativo, y no cualquiera, a punto de generar excesiva onerosidad transitoria o permanente de la prestación futura, una desproporción grande con su incremento desmesurado o sensible disminución de la contraprestación, ya una pérdida patrimonial, por reducción del activo, ora de la utilidad esperada, bien por aumento del pasivo, suscitada por los acontecimientos sobrevenidos, imprevistos e imprevisibles, con los cuales debe tener una relación indisociable de causa a efecto”

Ahora bien, Javier Andrés Franco Zárate (2012), ha determinado la excesiva onerosidad como: “aquel cambio imprevisible en las circunstancias que existían al momento de la celebración del contrato que significativamente generan un desequilibrio importante en las prestaciones de las partes, imputable a un hecho externo y que existe una relación causal de cambio”:

Ahora bien, para que la teoría sea aplicable debe probarse que se trata de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, del cual se deriven aún prestaciones de futuro cumplimiento. Así mismo, la ocurrencia de circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles,

posteriores al perfeccionamiento del referido negocio jurídico, que alteren el valor u onerosidad de esa futura o futuras prestaciones, en un grado tal, que resultan excesivamente gravosas o ruinosas para el obligado (Tribunal de Bogotá, 2005).

Ahora bien, en el caso litigioso del contrato de compraventa de acciones realizado por ELECTROTECH S.A. y MAGRAVI S.A.S. como parte vendedora, y HOLDING M&B S.A, como parte compradora, que el contrato de compraventa de acciones celebrado por las partes, es de ejecución instantánea, por cuanto la prestación a cargo del vendedor que es la transferencia de los títulos nominativos de participación accionaria fue realizado al momento de celebración del contrato, encontrando que dichas acciones ya se encontraban a nombre de HOLDING M&B S.A, dejando pendiente el pago como obligación posterior, es así que, alegar la revisión del contrato basados en la teoría de la imprevisión no es conveniente por cuanto el comprador recibió los títulos nominativos de acciones al momento de celebración del contrato, no los ha recibido de forma progresiva lo cual justifica una variación en la justificación del valor de la acción, sino al momento de celebración del negocio, es así que la obligación de pago a cargo de HOLDING M&B S.A no puede ser desconocida alegando situaciones imprevistas en el valor del precio, cuando dicho precio fue fijado, transferido y registrado al momento de celebrarse el contrato. Si bien puede existir una variación del título nominativo de acción por la situación de orden pública presentada en la ciudad, no es un hecho atribuible y que encuentre causal en el negocio jurídico celebrado, puesto que esa variación de precio que él considera inapropiadamente atribuible a ELECTROTECH S.A. y MAGRAVI S.A.S es propia de HOLDING M&B S.A, en razón de que es quien ostenta la titularidad de las acciones y quien despliega el desarrollo del objeto social de la sociedad adquirida.

- d. Sobre la buena fe contractual:** El principio de la buena fe de acuerdo con el artículo 83 de la Constitución Política de Colombia establece que "Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas"

Adicionalmente, la buena fe se erige como un principio rector en diversas ramas del ordenamiento jurídico colombiano. En el ámbito civil, el artículo 1603 del Código Civil dispone que "Los contratantes deben obrar de buena fe, guardando entre sí lealtad y rectitud". En el ámbito comercial, el artículo 863 del Código de Comercio lo consagra como principio rector de la etapa precontractual, mientras que el artículo 871 del Código de Comercio lo extiende a la suscripción y ejecución del contrato.

Como manifestación del principio de buena fe, las partes en un negocio jurídico tienen el deber de aportar información verdadera, precisa y completa durante todo el proceso contractual. Esto implica no solo evitar

omisiones o falsedades, sino también proporcionar de manera proactiva toda la información relevante para la toma de decisiones informadas.

El objetivo de este deber es garantizar la transparencia en las relaciones contractuales y evitar que el negocio se celebre con base en información errónea o una falsa noción de confianza. La buena fe exige que las partes actúen con la diligencia necesaria para verificar la información que comparten y para asegurarse de que ésta sea verdadera.

En consonancia con lo anterior, autores como Velásquez (2010) sostienen que el principio de buena fe, en su triple vertiente de deber, principio y obligación legal, exige transparencia informativa tanto en la fase precontractual como en la etapa posterior a la celebración del negocio jurídico.

En ese orden de ideas, ELECTROTECH S.A. y MAGRAVI S.A.S, no han violado la buena fe contractual, por cuanto desde la etapa precontractual se cumplió con las cargas obligacionales necesarias para la celebración del contrato, además, se realizó la transferencia de los títulos nominativos de acciones a favor del comprador y en estricto sentido se ha realizado el cobro de los dineros pendientes de pagar y del cumplimiento de las condiciones pactadas en el contrato, las cuales las partes de forma voluntaria suscribieron, siendo estas el reajuste de precio del contrato de compraventa de acciones bajo las circunstancias taxativas establecidas y que hacían parte de las acciones que se están trasladando. Por el contrario, HOLDING M&B de forma arbitraria nos acusa de violar la buena fe contractual por no querer aceptar de forma injustificada el reajuste de precio por una condición ajena al negocio y que no se estableció como procedente de la misma en el contrato. Siendo evidente que, de aceptar esta situación estaríamos contrariando las condiciones propias aceptadas por las partes y sus efectos. Por lo tanto, ELECTROTECH S.A. y MAGRAVI S.A.S han acatado, dado cumplimiento y defendido la buena fe contractual en su triple vertiente, como deber, como principio y como obligación, sin desconocer las condiciones contractuales y derechos de las partes.

- e. Responsabilidad del vendedor y del comprador:** En el ámbito de la compraventa de acciones, la jurisprudencia arbitral ha adoptado una postura diferenciada en lo que respecta a la obligación de actuar de buena fe. Se ha establecido que esta obligación no se cumple únicamente con el suministro por parte del vendedor de toda la información que pueda considerarse relevante. De igual manera, se considera que la obligación se cumple cuando el vendedor identifica los factores o aspectos que podrían influir en la formulación de su oferta o en la celebración del contrato, y solicita al comprador que se informe específicamente sobre ellos. Al realizar esta advertencia, el vendedor incorpora el tema en lo que Henri Capitant denomina el "campo contractual", previniendo que el

comprador tenga una percepción errónea de los factores que debería considerar antes de contratar (Laudo Arbitral, 25 de agosto de 2003).

En ese orden de ideas, ELECTROTECH S.A. y MAGRAVI S.A.S revelaron la información requerida por HOLDING M & B, con el fin de que él aceptara la celebración del de forma informada y objetiva.

Ahora bien, HOLDING M & B, tiene una responsabilidad como comprador, la cual consiste en informarse, conocer de la información y cuestionar la misma a fin de no tener duda sobre la misma (Pérez Vives, 1968). Esta responsabilidad conlleva a que no tenga lugar para alegar ausencia de conocimiento frente a las condiciones del objeto de compraventa o una falsa apreciación de las mismas con el fin de obtener la indemnización correspondiente por parte del vendedor.

Según Alfredo Bullard González, la figura del dolo omisivo, definida por Guillermo Llohan como "el silencio intencional que induce a otro a error al no informarle de hechos o circunstancias que desconoce" (Bullard González, 2000, p. 294), debe ser aplicada con cautela y limitarse a casos excepcionales (Bullard González, 2000).

Para Bullard (2000), ante situaciones de asimetría informativa, donde una parte posee información crucial que la otra desconoce y la utiliza en su beneficio, la solución radica en el empleo de cláusulas de manifestaciones y garantías. Estas cláusulas permiten asignar la responsabilidad por revelaciones o defectos no conocidos antes de la firma del contrato.

Por un lado, se puede acudir a una obligación de informar derivada del principio de buena fe y por el otro, se puede hacer responsable a una de las partes por ciertos hechos, sin perjuicio de si esos hechos eran o no conocidos.

En consecuencia, ELECTROTECH S.A. y MAGRAVI S.A.S, dieron cumplimiento a sus obligaciones y deberes como vendedores, de forma tal, que la estructuración del negocio jurídico celebrado, contempló las condiciones sobre las cuales había incertidumbre para el reajuste de precio del contrato de compraventa de acciones, siendo esta materializadas a través del clausulado contenido en el contrato y que HOLDING M & B, pretende desconocer y modificar unilateralmente, incluso en contravía de su responsabilidad como comprador.

En ese orden de ideas, solicitamos desestimar la petición de reajuste forzoso del precio, ya que la causal invocada por el demandante carece de fundamento. El demandante argumenta que la alteración del orden público en Cali justifica un ajuste forzoso del precio en el contrato de compraventa de acciones. Sin embargo, esta situación no constituye un argumento válido para tal reajuste por las siguientes razones:

- I. **Ausencia de estipulación contractual:** El contrato no contempla la alteración del orden público como una causal para el reajuste del precio.

- II. Cumplimiento de obligaciones:** Los vendedores han cumplido cabalmente con todas sus responsabilidades, obligaciones y deberes establecidos en el contrato.
- III. Inaplicabilidad de la teoría de la imprevisión y el artículo 868 del Código de Comercio:** La teoría de la imprevisión y el artículo 868 del Código de Comercio no son aplicables en este caso, ya que la naturaleza del negocio jurídico celebrado se encuentra excluido de la aplicación de dicha norma. Además, la variación del precio del título nominativo de acción con ocasión a esta situación no es atribuible al vendedor. Finalmente, no se ha generado un desequilibrio económico sustancial en el contrato.
- IV. Buena fe contractual:** Los vendedores han actuado de buena fe durante todo el proceso contractual.

En consecuencia, no existe incumplimiento por parte de los vendedores al no realizar el ajuste de precio solicitado por el demandante debido a la alteración del orden público.

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

ELECTROTECH S.A. y MAGRAVI S.A.S. como 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.

Adicionalmente, 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 MIL MILLONES DE PESOS M/CTE (\$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 asumirán la totalidad de la contingencia en caso de que esta se materializa 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.

Ahora bien, dicha solicitud de ajuste no tiene justificación ni razón de prosperar como pretensión debido a que:

- a. **Sobre la nulidad de la cláusula de caducidad:** Los contratos de compraventa de acciones tienen naturaleza mercantil, el numeral 5 del artículo 20 del C. Comercio, considera como mercantiles a todos aquellos actos o negocios relacionados con “la intervención como asociado en la constitución de sociedades comerciales, los actos de administración de estas o la negociación a título oneroso de las partes de interés, cuotas o acciones” (Código de Comercio, 1971).

A pesar de lo anterior, la legislación mercantil se ha limitado a regular lo concerniente a la transferencia de acciones a los artículos 406 y 407 del C. Comercio, estableciendo para todos los efectos, los requisitos para su enajenación y negociación.

Sobre la naturaleza traslativa de las acciones, el artículo 406 del C. Comercio establece que las acciones nominativas podrán hacerse por el simple acuerdo de las partes, y siguiendo al artículo 754 del C. Civil, se hace exigible en ese mismo momento, sin perjuicio que las partes pacten que el mismo puede hacerse una vez se cumplan unas condiciones.

Ahora bien, la autonomía de la voluntad es una facultad que tienen las partes en un negocio jurídico para crear obligaciones y derechos con los límites del orden público y las buenas costumbres, esto es según la Corte Constitucional (2013) “un principio para la libre contratación y negociación”.

Este principio ha sido definido por el alto tribunal como: “La delegación que hace el legislador para que particulares regulen relaciones mediante actos o negocios jurídicos, definiendo su contenido, el alcance, las modalidades. Para proceder deben hacerlo observando la protección de las partes, de los terceros y del interés general de la sociedad” (Corte Constitucional, 1993).

Por otra parte, 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”, lo que nos reafirma la libertad contractual, tanto para la creación, la interpretación, la ejecución o la posible extinción contractual.

Además, las normas de orden público otorgan a las personas la autonomía de la voluntad, permitiéndoles determinar su propio destino. Esta facultad se traduce en la libertad contractual, la cual les permite

celebrar contratos, determinar su contenido y alcance. Sin embargo, es erróneo considerar la autonomía privada como un derecho absoluto sin una función social implícita. Tal concepción avalaría las relaciones contractuales injustas y profundizará la asimetría entre las partes contratantes. En Colombia, la autonomía privada se encuentra limitada por las normas de orden público y las buenas costumbres.

Ahora bien, la figura procesal de la caducidad ha sido entendida por la Corte Suprema de Justicia (2020) como el plazo perentorio y de orden público fijado por la ley, para el ejercicio de una acción o un derecho, que transcurre sin necesidad de alguna actividad por parte del juez o de las partes en un proceso jurídico.

Es así que, por acción o derecho se entienden aquellas que en virtud de la ley se consideren; no obstante, cuando hablamos de condiciones contractuales y prestaciones pactadas, estamos determinando una situación distinta, puesto que las partes dentro del contrato pactaron un término para revisar una circunstancia específica en la ejecución del contrato la cual tendría como consecuencia un ajuste en el precio.

Aunado a lo anterior, si bien el artículo 868 del C. Comercio y el artículo 164 del C.P.A.C.A hablan sobre la revisión y el término de caducidad, ambas no son aplicables al caso, en primer lugar, el primero porque es ajeno a la naturaleza del contrato celebrado y el segundo por inaplicabilidad de la norma en el ámbito mercantil para este tipo de situaciones. Además, el plazo establecido para el reajuste del contrato no se encuentra sometida a normatividad específica, por lo tanto, las partes de mutuo acuerdo pueden determinar las condiciones para hacerla exigible.

En ese orden de ideas, no es nula la cláusula pactada sobre el límite temporal para solicitar el ajuste de precio del contrato de compraventa de acciones por la pérdida del inmueble, por cuanto dicha condición no viola los principios constitucionales y no va en contra de la ley aplicable a este tipo de negocios.

b. Sobre la causal de reajuste de precio: Ahora bien, en la cláusula octava se pactó que hay lugar al ajuste de precio siempre y cuando, antes del desembolso de los pagos diferidos, ocurriera cualquiera de los eventos señalados en la cláusula 8.1, 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 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 mil millones de pesos m/cte (\$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 asumirán la totalidad de la contingencia en caso de que esta se materializa en una pérdida o erogación ocurrida antes de la fecha del Tercer Pago (28 de diciembre de 2023).

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. La misma regla de notificación y reclamación se pactó como aplicable al caso de las eventuales falsedades o inexactitudes a las Declaraciones y Garantías de la Cláusula Sexta.

En el caso en cuestión, el 19 de agosto de 2023, fecha posterior al segundo pago y anterior al último pago, se notificó por estado del juzgado primero civil del circuito la sentencia que declaraba la nulidad absoluta del contrato de compraventa del demandado y ordenaba la entrega forzosa del inmueble a los herederos de ignacio pradere, en un término de 30 días desde la ejecutoria del fallo. El 22 de agosto de 2023, Holding M&B S.A notificó de la circunstancia a los vendedores y solicitó reajuste de precio, sobre lo cual no pudo llegarse a un acuerdo.

Es así que, 45 días después de la reunión, HOLDING M & B recibió comunicación digital CD donde contenía copia digital del expediente del radicado del juzgado primero civil del circuito de Cali y un estudio financiero de \$500.000.000.000 aproximadamente. Sin embargo, la contingencia contemplada en el contrato se refiere a la imposibilidad del uso del inmueble por parte del comprador, lo cual no se configura en este caso, ya que HOLDING M & B no era titular del dominio del inmueble y por lo tanto no podía ser eviccionado del mismo. Además, la pérdida del inmueble por parte de DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S no afecta directamente a HOLDING M & B, ya que esta última adquirió las acciones de la empresa, no el inmueble en sí.

Finalmente, se cumplieron las dos de las tres condiciones necesarias pactadas en el contrato para el reajuste del precio: (i) fue antes del último desembolso de dinero; (ii) no se realizó la reclamación y el cumplimiento del umbral de materialización dentro del término pactado del mes contado a partir del hecho ,y, (iii) estaba contemplado como un evento señalado en el clausulado del contrato suscrito. Por lo tanto, el precio contemplado inicialmente en el contrato de compraventa de acciones no debe ser reajustado descontando la materialización del hecho causado, por no cumplirse las condiciones contractuales pactadas.

- c. Sobre la teoría de la imprevisión:** El artículo 868 del C. Comercio consagra la teoría de la imprevisión, conllevando a que (i) para una de las partes la prestación resulte excesivamente onerosa de la que previsiblemente podía llegar a tener; (ii) las circunstancias que causan la modificación son posteriores a la celebración del contrato y (iii) las mismas circunstancias son imprevisibles y extraordinarias, la ley permite, conforme el citado artículo que el juez intervenga para restablecer el equilibrio contractual.

Ahora bien, Javier Andrés Franco Zárate (2012), ha determinado la excesiva onerosidad como: "aquel cambio imprevisible en las circunstancias que existían al momento de la celebración del contrato que significativamente generan un desequilibrio importante en las prestaciones de las partes, imputable a un hecho externo y que existe una relación causal de cambio":

Ahora bien, para que la teoría sea aplicable debe probarse que se trata de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, del cual se deriven aún prestaciones de futuro cumplimiento. Así mismo, la ocurrencia de circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores al perfeccionamiento del referido negocio jurídico, que alteren el valor u onerosidad de esa futura o futuras prestaciones, en un grado tal, que resultan excesivamente gravosas o ruinosas para el obligado (Tribunal de Bogotá, 2005).

La teoría de la imprevisión sólo es aplicable cuando se cumplen ciertos requisitos, como que el cambio de circunstancias sea imprevisible y que haya causado un desequilibrio económico en el contrato de compraventa de acciones. Además, que la naturaleza del contrato sea de ejecución diferida. No obstante, en este caso, la nulidad del contrato de compraventa del inmueble no parece ser un evento imprevisible, ya que era un riesgo que HOLDING M & B asumía al comprar las acciones, de ahí que se contemplarán mecanismos para disminuir los riesgos y las condiciones para aplicarlas. Así mismo, la naturaleza del contrato celebrado no permite aplicar la teoría de la imprevisión planteada por cuanto no es propia de la naturaleza del negocio jurídico celebrado.

- d. Sobre la buena fe contractual:** El principio de la buena fe de acuerdo con el artículo 83 de la Constitución Política de Colombia establece que "Las actuaciones de los particulares y de las autoridades deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas"

Adicionalmente, la buena fe se erige como un principio rector en diversas ramas del ordenamiento jurídico colombiano. En el ámbito civil, el artículo 1603 del Código Civil dispone que "Los contratantes deben obrar de buena fe, guardando entre sí lealtad y rectitud". En el ámbito comercial, el artículo 863 del Código de Comercio lo consagra como principio rector de

la etapa precontractual, mientras que el artículo 871 del Código de Comercio lo extiende a la suscripción y ejecución del contrato.

La buena fe se puede encontrar materializada a través de ciertos aspectos que pueden ser definidos como: I). El deber de cooperar y actuar en beneficio de ambas partes; II). El cumplimiento de la voluntad materializada en el acuerdo, respetando las condiciones allí establecidas; III) Evitando el abuso de derechos, basado en lagunas o tecnicismos para perjudicar a la otra parte (Adrián Schopf Olea, 2018).

Ahora bien, la negativa de ELECTROTECH S.A. y MAGRAVI S.A.S a reconocer el reajuste del precio, no viola el principio de la buena fe contractual, por cuanto las partes de buena fe pactaron las condiciones sobre las cuales harían aplicables los mecanismos de ajuste, adicionalmente, se realizó comunicación entre las partes con el fin de resolver la situación de mora sobre los pagos y las circunstancias acontecidas. Por ende, ELECTROTECH S.A. y MAGRAVI S.A.S han demostrado sin dudas actuar consecuente con la voluntad materializada por las partes en el contrato celebrado.

En este caso, la solicitud de ajuste de precio por parte de HOLDING M&B S.A. no tiene fundamento jurídico, porque:

- La cláusula de limitación temporal es válida. La autonomía de la voluntad permite a las partes establecer plazos para el ejercicio de derechos. En este caso, el plazo de un mes para solicitar el reajuste del precio no es contrario a la ley ni al orden público.
- La causal de reajuste de precio no se cumple. La pérdida del inmueble por parte de DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S no afecta directamente a HOLDING M&B, ya que esta última adquirió las acciones de la empresa, no el inmueble en sí. Además, la imposibilidad del uso del inmueble no se configura, ya que HOLDING M&B nunca tuvo la titularidad del mismo.
- La teoría de la imprevisión no es aplicable. El cambio de circunstancias no fue imprevisible, ya que era un riesgo que HOLDING M&B asume al comprar las acciones.
- La buena fe contractual no se ha visto afectada. Las partes actuaron de acuerdo a lo pactado en el contrato y se comunicaron para intentar resolver la situación.

En definitiva, ELECTROTECH S.A. y MAGRAVI S.A.S no están obligados a realizar el reajuste del precio solicitado por HOLDING M&B S.A.

SOBRE LA 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

a. Sobre la validez de la cláusula penal:

El argumento es correcto al señalar que la cláusula penal del contrato de compraventa de acciones, la cual establece una pena del 120% del valor del perjuicio ocasionado en caso de incumplimiento de las declaraciones y garantías, podría ser considerada inválida si el valor del perjuicio es igual al valor total del contrato.

Esto se debe a lo establecido en el artículo 867 del Código de Comercio de Colombia, que limita la pena a un máximo del 100% del valor de la prestación principal cuando ésta es determinada o determinable en una suma cierta de dinero.

Sin embargo, el argumento no es del todo preciso al afirmar que la cláusula penal pierde validez automáticamente en este caso.

La Corte Suprema de Justicia ha establecido que la limitación del 100% es una presunción legal que puede ser rebatida por las partes en el caso concreto, siempre que se demuestre que el perjuicio ocasionado por el incumplimiento efectivamente supera el valor del contrato.

En este caso, HOLDING M&B S.A. debería presentar pruebas que sustenten su afirmación de que el perjuicio causado por los incumplimientos de ELECTROTECH S.A. y MAGRAVI S.A.S. es superior al valor total del contrato de compraventa de acciones.

b. Sobre los incumplimientos

- 1. Sobre la aceptación del pacto arbitral:** El demandante afirma que el incumplimiento se genera por desconocer el pacto arbitral consignado en el memorando de entendimiento suscrito por el HOLDING DÁVILA VÉLEZ & CÍA S en C , el cual posteriormente hizo parte integral y dejó sin efectos estipulaciones ajenas y contrarias al contrato de compraventa de acciones. No obstante, no aporta evidencia que sustente el desconocimiento del pacto arbitral por parte de ELECTROTECH S.A Y MAGRAVI S.A.S, a parte de que en la única situación que se está planteando dicha aplicación del pacto es en la demanda instaurada por el HOLDING M & B S.A.

Ahora bien, consideramos que no existe incumplimiento por cuanto la cláusula compromisoria celebrada en el MOU no aplica para ELECTROTECH S.A Y MAGRAVI S.A.S, pues no aceptaron su aplicación al negocio celebrado.

- 2. Negativa a ajustar el precio por problemas de orden público:** No existe tal incumplimiento por cuanto hay ausencia de estipulación contractual que contempla como causal de reajuste de

precio; por otra parte, ELECTROTECH Y MAGRAVI S.A.S, han cumplido cabalmente con todas sus responsabilidades, obligaciones y deberes establecidos en el contrato. Así como que la situación presentada no hace parte del negocio jurídico, pues es un riesgo inherente a la actividad comercial a desarrollarse en el mundo de los negocios y que dicho riesgo no es imprevisible.

3. Negativa a ajustar el precio tras la devolución del inmueble:

HOLDING M & B S.A.S manifiesta que la negativa a realizar un ajuste de precio tras la declaratoria de nulidad absoluta del contrato de compraventa sobre el bien inmueble donde operaban las oficinas de DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S. constituye un incumplimiento. Sin embargo, la cláusula de limitación temporal para el reajuste de precio es válida, por lo cual dicha reclamación extemporánea vulnera las condiciones pactadas en el contrato. Siendo de esta forma que ELECTROTECH S.A Y MAGRAVI S.A.S no han incumplido el contrato suscrito.

c. Sobre la hipótesis del negocio en marcha: HOLDING M & B S.A sostiene que DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S al momento de presentarse la situación de orden público y sus ingresos estar aparentemente en cero pesos m/cte (\$0) ya no era un negocio en marcha. No obstante, al momento de la celebración del contrato se negocian los títulos nominativos de participación accionaria otorgando declaraciones y garantías en favor de HOLDING M & B S.A, es decir al momento de la celebración y perfeccionamiento del contrato si era un negocio en marcha.

Ahora bien, la hipótesis de negocio en marcha es un principio contable que establece que una empresa se presume en funcionamiento y que continuará sus operaciones en el futuro previsible. Ahora bien, esta teoría no es aplicable al caso en cuestión debido a que, si bien la adquisición de la participación accionaria fue realizada por parte de HOLDING M & B S.A en el momento que el negocio se encontraba en marcha, ya era HOLDING M & B S.A el propietario de DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S, y quien posterior a la celebración del contrato debe asumir los riesgos propios de la actividad empresarial, esto es, las pérdidas y utilidades del objeto social de la compañía adquirida.

Ya que en virtud de la teoría de negocio en marcha, si se comprueba que DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S al momento del perfeccionamiento del contrato y del traslado de los títulos nominativos de participación accionaria, no era un negocio en marcha, podría constituir una falsa declaración o garantía por parte de ELECTROTECH Y MAGRAVI S.A.S, lo que daría lugar a la aplicación de las cláusulas y consecuencias legales pertinentes.

La anterior situación no es posible y por lo tanto dicho argumento incoado por el demandante no tiene ánimos de prosperar por cuanto, se realizó due

diligence y se suministró toda la información requerida por la parte para la suscripción del contrato y el posterior traslado de las acciones. Por lo tanto, imputar responsabilidad a ELECTROTECH S.A Y MAGRAVI S.A.S. sobre el despliegue de la actividad comercial no tiene razón de ser, por cuanto su obligación y deber legal fue cumplido y agotado al momento de celebrar y realizar el traslado de las participaciones accionarias.

En este caso, la resolución del contrato de compraventa de acciones solicitada por HOLDING M&B S.A. no tiene fundamento jurídico, debido a que:

- **La cláusula penal podría ser inválida, pero no automáticamente.** La limitación del 100% del artículo 867 del Código de Comercio es una presunción legal que puede ser rebatida si se demuestra que el perjuicio supera el valor del contrato. HOLDING M&B S.A. debe presentar pruebas que lo sustenten.
- **No se ha demostrado el incumplimiento del pacto arbitral.** HOLDING M&B S.A. no ha aportado evidencia que sustente su afirmación. Además, la cláusula compromisoria del MOU no aplica a ELECTROTECH S.A. Y MAGRAVI S.A.S, ya que no aceptaron su aplicación.
- **No ha habido incumplimiento en la negativa a ajustar el precio.** No existe una estipulación contractual que lo contemple y ELECTROTECH Y MAGRAVI S.A.S han cumplido con sus obligaciones. La situación de orden público era un riesgo inherente al negocio.
- **La negativa a ajustar el precio tras la devolución del inmueble es válida.** La cláusula de limitación temporal para el reajuste de precio es válida y la reclamación de HOLDING M&B S.A. fue extemporánea.
- **La teoría de negocio en marcha no es aplicable.** HOLDING M&B S.A. era el propietario de DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S al momento de la compra y debía asumir los riesgos del negocio.
- **No se ha demostrado falsa declaración o garantía.** HOLDING M&B S.A. tuvo acceso a la información necesaria para realizar la due diligence antes de la compra.

En definitiva, ELECTROTECH S.A. y MAGRAVI S.A.S no han incumplido el contrato de compraventa de acciones y la resolución solicitada por HOLDING M&B S.A. no debería prosperar.

V. PETICIÓN EN FORMA INDIVIDUALIZADA Y CONCRETA DE LOS MEDIOS DE PRUEBA

Solicitamos, sean decretadas, practicadas y tenidas en cuenta las siguientes pruebas:

DOCUMENTALES

- Memorando de Entendimiento (MOU) del 23 de febrero del 2022 suscrito entre HOLDING DÁVILA VÉLEZ Y CÍA S. Y HOLDING M Y B S.A
- Informe de Due Diligence del 28 de septiembre del 2022
- Contrato de compraventa de acciones del 28 de diciembre del 2022, suscrito entre ELECTROTECH S.A, MARGRAVI S.AS Y HOLDING M&B S.A
- Oficio enviado por Holding M & B S.A a los vendedores en fecha del 18 de junio del 2023, solicitando el reajuste de precio.
- Oficio enviado por Electrotech S.A y Magravi S.A.S del 20 de junio del 2023, negando el reajuste del precio.
- Oficio del 28 de junio de Holding M & B S.A a los vendedores comunicando el no pago de la segunda cuota y solicitando la renegociación del precio de las acciones.
- Oficio del 7 de julio del 2023 suscrito por Electrotech S.A y Magravi S.A.S, que informa sobre los intereses moratorios del saldo del segundo pago.
- Acta de mesa de conciliación del 14 de agosto del 2023, entre las sociedades suscribientes del contrato de compraventa de acciones
- Sentencia emitida por el Juzgado Primero Civil del Circuito, notificada el 19 de agosto de 2023.
- Acta de reanudación de reunión privada del 22 de agosto del 2023
- Oficio suscrito por Holding M & B S.A del 6 de octubre de 2023, junto a CD que contiene copia digital del expediente del Rad. No. 2011-0023 del Juzgado Primero Civil del Circuito de Cali, más el estudio financiero que denota una pérdida de \$500.000.000.000 COP.
- Oficio del 15 de octubre del 2023 suscrito por Electrotech S.A y Magravi S.A.S
- Oficio del 22 de octubre del 2023 suscrito por Holding M & B S.A.

VI. ANEXOS

1. Poder especial debidamente otorgado por representante legal
2. Certificado de existencia y representación legal de HOLDING M & B S.A, domiciliada en Cali, identificada con el NIT No. 830.093.222-8
3. Certificado de existencia y representación legal de ELECTROTECH S.A, domiciliada en Cali, identificada con el Nit. No. 901.051.325-5
4. Certificado de existencia y representación legal de MARGRAVI S.A.S, domiciliada en Cali, identificada con el Nit. 900.543.503-8
5. Certificado de existencia y representación legal de HOLDING DÁVILA VÉLEZ & CÍA S en C, domiciliada en Cali, identificada con el Nit. 901.308.678-5
6. Documentos indicados en el acápite de pruebas.
7. Fuentes bibliográficas que sustentan los fundamentos del derecho.

VII. NOTIFICACIONES

HOLDING M & B S.A, como parte demandante recibe notificaciones en la Cra 83c # 26 - 05 en la ciudad de Cali, y en la dirección electrónica gerencia@holdingmb.com .

ELECTROTECH S.A, como parte demandada recibe notificaciones en la Calle 48 # 85 - 54 en la ciudad de Cali, y en la dirección electrónica contactenos@electrotech.com

MAGRAVI S.A.S, como parte demandada recibe notificaciones en la Cra 98 # 16 - 200 en la ciudad de Cali, y en la dirección electrónica notificacionesjudiciales@magravi.com.co

HOLDING DÁVILA VÉLEZ & CÍA S en C, como parte demandada recibe notificaciones en la Calle 9 # 49 - 21 en la ciudad de Cali, y en la dirección electrónica njudiciales@hdvc.com.co

El suscrito recibe notificaciones en la cra 85a # 37 - 100 en la ciudad de Cali, y en la dirección electrónica andrewsrendon@gmail.com.

De los señores árbitros, cordialmente

VALENTINA RIVERA ECHEVERRY
CC. 1.151.965.035
T.P 392236 del CSJ

LUIS ANDRÉS OLIVA RENDÓN
CC. 1.143.872.987
T.P 344567 del CSJ