

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.

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 **HOLDING M&B S.A**, por medio del presente escrito presentamos **DEMANDA ARBITRAL** para resolver las diferencias surgidas entre **HOLDING M & B S.A, Y, ELECTROTECH S.A, MAGRAVI S.A.S Y HOLDING DÁVILA VÉLEZ & CÍA S. en C.**

I. PARTES

PORTE CONVOCANTE: HOLDING M & B S.A, domiciliada en Cali, identificada con el NIT No. 830.093.222-8; y representada legalmente por **MARCO ANTONIO SOLIS VARGAS**, domiciliado en Cali e identificado con la cédula de ciudadanía No 1.143.871.976.

PARTES CONVOCADAS:

ELECTROTECH S.A, domiciliada en Cali, identificada con el Nit. No. 901.051.325-5; y representada legalmente por **HAROLD WILLIAM VALENCIA ORTIZ**, domiciliado en Cali e identificado con la cédula de ciudadanía No. 14.635.480

MAGRAVI S.A.S, domiciliada en Cali, identificada con el Nit. 900.543.503-8; y representada legalmente por **LUIS ALEJANDRO AGUILAR FOCACCIO**, domiciliado en Cali e identificado con la cédula de ciudadanía No. 16.703.637.

HOLDING DÁVILA VÉLEZ & CÍA S en C, domiciliada en Cali, identificada con el Nit. 901.308.678-5; y representada legalmente por **JORGE MANUEL CORREA CARABALLO**, domiciliado en Cali e identificado con cédula de ciudadanía No. 14.436.677.

II. CLÁUSULA COMPROMISORIA

La presente demanda se fundamenta en la cláusula compromisoria contenida en el memorando de entendimiento (MOU) suscrito entre los representantes legales de **HOLDING DÁVILA & CÍA S en C** y de **HOLDING M&B S.A**, el cual hace parte integra en el contrato de compraventa de acciones suscrito entre los representantes legales de **ELECTROTECH S.A, MARGRAVI S.AS Y HOLDING M&B S.A**, donde se pactó lo siguiente:

“b. Todo conflicto patrimonial, interpretativo o de cualquier otro tipo con naturaleza transigible, relacionado con la negociación de DOURO CONSTRUCCIONES S.A.S, que sugiera 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”.

III. HECHOS

PRIMERO: 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 **MARGRAVI S.A.S**, siendo esta filial de **ELECTROTECH**, como subordinadas de la organización **BEATRIZ DÁVILA**, conglomerado propietario de **HOLDING DAVILA VELEZ Y CIA**.

SEGUNDO: 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 **DOURO** 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.

TERCERO: El día 23 de febrero del año 2022, se firmó entre los Representantes legales de **HOLDING DÁVILA VÉLEZ Y CÍA S. Y HOLDING M Y B S.A** , un memorando de entendimiento denominado por sus siglas (MOU), en donde se establecieron 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 MYB 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”.

CUARTO: El día 4 de marzo del año 2022, Una vez firmado el memorando de entendimiento por las partes, el vendedor remite la información solicitada por el potencial comprador para el estudio del due diligence. Estudio que se entregó al CEO de la **ORGANIZACIÓN MEJIA BARBERI** el día 28 de septiembre del año 2022.

QUINTO: En los resultados del Due Diligence, se advirtieron algunas problemáticas, que podrían incidir en la decisión de compra, y que fueron puestas de presente a las partes; a saber, las siguientes;

1. Proceso de nulidad absoluta de contrato de compraventa sobre el inmueble en donde operan las oficinas administrativas de **DOURO**, siendo este un emblemático edificio.
2. 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**
3. 5 procesos contenciosos administrativos de impugnación de actos administrativos de la Superintendencia de Industria y Comercio por presuntas infracciones al estatuto del consumidor.
4. 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.

SEXTO: El 28 de diciembre de 2022, entre **ELECTROTECH S.A**, **MARGRAVI S.A.S** 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), 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

SÉPTIMO: Para el día 20 de abril del 2023 se tenía previsto el lanzamiento y apertura al público de una sala de realidad virtual inmersiva en el parque tecnológico, sin embargo el día 18 de abril en el Departamento del Valle de Cauca y especialmente en el Municipio de Santiago de Cali se presentaron graves situaciones de inseguridad y alteración del orden público que obligaron al Gobierno Nacional a decretar medidas de confinamiento,

inicialmente por 10 días y que posteriormente se extendió por varios meses más, Afectando el desarrollo del negocio.

Faltando 10 días para la fecha del segundo pago de las acciones, **HOLDING M&B S.A.**, envió una comunicación a los vendedores en la que solicitó el ajuste del precio del contrato, argumentando que el objeto de compra había sido un negocio de construcción y operación de un parque tecnológico y de diseño, no el negocio interrumpido en que se había tornado su objeto social desde la llegada de las situaciones de orden público, donde se tuvo que suspender el desarrollo y operación de obras y proyectos por parte de **DOURO**, lo cual implicó que los ingresos generados por **DOURO** se redujeron a cero (0).

OCTAVO: ELECTROTECH S.A. y MAGRAVI S.A.S. dieron respuesta de manera conjunta a la solicitud de ajuste de precio del contrato dentro de los 2 días siguientes a la recepción de la misma, manifestando que:

- a. la interrupción del objeto social no había sido prevista como causal de Ajuste del Precio;
- b. el cierre sería temporal y pasajero, dado que el Gobierno Nacional estaba adelantando todas las gestiones pertinentes para restablecer el orden público en la ciudad de Cali y en el Departamento del Valle del Cauca;
- c. los Vendedores solamente se habían obligado a entregar las acciones, títulos negociables, que confieren los derechos políticos y económicos sobre la sociedad, que era un negocio sometido a riesgos como cualquier otro.

NOVENO: Ante la respuesta dada por **ELECTROTECH S.A. y MAGRAVI S.A.S.** de no ajuste de precio por las razones antes mencionadas, el 28 de junio de 2023 **HOLDING M&B S.A.** radicó una nueva comunicación en la que informó que no realizaría el segundo pago de las Acciones y que, de no llegar a una renegociación del precio dentro de los próximos 30 días, acudiría a convocar el tribunal de arbitramento pactado en el MOU para solicitar el ajuste forzoso del precio y/o la resolución del Contrato de Compraventa de Acciones.

DÉCIMO: Ante la misiva informando el no pago, el 7 de julio de 2023 **ELECTROTECH S.A. y MAGRAVI S.A.S.** mediante documento escrito informaron a **HOLDING M & B S.A.** que desde el 29 de junio de 2023 se generarían y contabilizarán intereses moratorios sobre el saldo del segundo pago, reservándose el derecho de acudir a la vía ejecutiva para solicitar su pago. Así mismo, manifestaron, que la cláusula arbitral consignada en el MOU no vinculaba **ELECTROTECH S.A. y MAGRAVI S.A.S.**, puesto que esta había sido suscrita solamente por **HOLDING DÁVILA VÉLEZ & CÍA S. en C.** y **HOLDING M&B S.A.** y no había sido incluida en el Contrato de Compraventa de Acciones.

ONCE: El 14 de agosto de 2023 se realizó una mesa de conciliación para intentar llegar a un arreglo sobre el futuro del Contrato y de **DOURO**, teniendo en cuenta que todas las acciones, tanto de **DOURO** como de **CEMENTOS COSMOS S.A.** ya habían sido recíprocamente transferidas y que el pago pactado en dinero en efectivo había sido parcialmente pagado.

DOCE: El día 19 de agosto de 2023, se notificó la sentencia en donde declaraba la nulidad absoluta del contrato de compraventa demandado y ordenaba la entrega forzosa del inmueble de los herederos de Ignacio Pradere, en un término de 30 días desde la ejecutoria del fallo.

TRECE: El día 22 de agosto del 2023, reanudando la reunión privada con los representantes de las partes, el representante de **HOLDING M&B S.A** comunicó que en adición al 50% de deducción del Precio Pendiente que solicitaba como fórmula de arreglo, debían sumarse los perjuicios por la sentencia que despojaba a **DOURO** del inmueble donde operaba las oficinas administrativas y el parque tecnológico, que todavía estaban siendo cuantificados. Por lo tanto, manifestó que, como última oferta, les pagaría **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.

CATORCE: El representante de la **ORGANIZACIÓN BEATRIZ DÁVILA** anunció que demandaría el pago íntegro del precio pendiente

QUINCE: El día 23 de octubre de 2023, se recibieron en el correo electrónico notificaciones judiciales de **ELECTROTECH S.A, MAGRAVI S.A.S Y HOLDING DÁVILA VÉLEZ & CÍA S.** En C, la demanda arbitral simultánea radicada en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cali, por medio de la cual **HOLDING M & B S.A.** demandaba, de manera principal, la resolución del Contrato de Compraventa de Acciones y, subsidiariamente, el ajuste del precio, tanto por la situación de orden público, como consecuencia de la orden de entrega forzosa ordenada sobre el inmueble de **DOURO**.

IV. PRETENSIONES

PRIMERA: Que se declare que los vendedores; **ELECTROTECH S.A, MAGRAVI S.A.S, HOLDING DÁVILA VÉLEZ & CÍA S en C** incumplieron de forma parcial el contrato de compraventa de acciones celebrado el día 28 de diciembre del 2022.

SEGUNDA: Que se declare en virtud del literal B de la cláusula octava del contrato de compraventa de acciones, el reajuste del precio convenido, siendo esto deduciendo la totalidad de la contingencia materializada del precio pendiente de pago en virtud del contrato.

TERCERA: Que de no prosperar la segunda pretensión, se declare la resolución del contrato de compraventa de acciones celebrado.

CUARTA: Que como consecuencia de la declaración de incumplimiento, se condene solidariamente a los vendedores **ELECTROTECH S.A, MAGRAVI S.A.S, HOLDING DÁVILA VÉLEZ & CÍA S en C** al pago de la indemnización compensatoria y moratoria por los perjuicios causados a **HOLDING M & B S.A** al comprador, en los montos que resulten demostrados en el proceso, en la cuantía que fije el Honorable Tribunal.

V. FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. Sobre la Validez de la cláusula compromisoria

En el presente caso, las partes de un lado los vendedores **ELECTROTECH S.A, MAGRAVI S.A.S, HOLDING DÁVILA VÉLEZ & CÍA S en C** y del otro lado el comprador **HOLDING M & B S.A**, suscribieron un contrato de compraventa de acciones, en el cual se incluyó una cláusula compromisoria dentro del memorando de entendimiento (MOU) el día 23 de febrero del 2022, el cual predica de forma textual; “ 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., será 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”.

Las partes conforme al principio de autonomía de la voluntad pactaron en las disposiciones finales del contrato; *“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”.*

Esta cláusula compromisoria, es de vital importancia para la resolución del presente conflicto, ya que activa la jurisdicción arbitral para dirimir la controversia, doctrinalmente se define la cláusula como; *“ La cláusula compromisoria es aquella estipulación incluida en un contrato, ya sea como cláusula del mismo o en escrito separado, mediante la cual las partes deciden que todas o algunas de las controversias que de tal convenio puedan resultar en el futuro, sean sometidas a juicio arbitral”.*

La Ley 1563 del 2012, en su artículo 4 dispone; la cláusula compromisoria, podrá formar parte de un contrato o constar en un documento separado inequívocamente referido a él. La cláusula compromisoria que se pacte en documento separado del contrato, para producir efectos jurídicos deberá expresar el nombre de las partes e indicar en forma precisa el contrato al que se refiere.

Así mismo, en sentencia T-511-11 de la Corte Constitucional, se define a la cláusula compromisoria como un pacto contenido en un contrato o en un documento anexo a él, en virtud del cual los contratantes acuerdan someter las eventuales diferencias que puedan surgir con ocasión al mismo, a la decisión de un Tribunal Arbitral.

Lo anterior, con base al principio de acceso a la administración de justicia del artículo 229 de la Constitución política; el cual predica; *“ Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado”*, y el principio al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la mencionada Constitución, lo cual implica que el ejercicio de la Justicia arbitral debe cumplir con los postulados propios del derecho al debido proceso.

En sentencia C-538-16 el tribunal establece que; *es claro que en el arbitraje debe respetarse el derecho al debido proceso, las partes al atribuir la solución de un conflicto al arbitraje deben de actuar, dentro de los presupuestos y pautas del debido proceso con*

unos límites en el tiempo fijados, según lo dicho, por las propias partes y por la Ley a falta de lo que estas dispongan”.

Con base a una línea jurisprudencial constitucional, se ha establecido la aceptación de la validez de la justicia arbitral, en donde se debe de reconocer la vigencia de la jurisdicción pública y permanente del Estado, en donde el arbitraje no solamente guarda relación con el debido proceso, sino que además en su establecimiento debe garantizarse el acceso a la administración de justicia, razón por la cual están proscritos constitucionalmente acuerdos privados que prohíban de manera absoluta acudir a la justicia ordinaria o impongan sanciones, cargas desproporcionadas o irrealizables que constituyen una barrera para su acceso.

En la Ley 1563 de 2012 en su artículo 5, dispone de la autonomía de la cláusula compromisoria; *“la inexistencia, la ineficacia o invalidez del contrato no afecta la cláusula compromisoria, en consecuencia, podrán someterse a arbitraje las controversias en las que se debate la existencia, eficacia o validez del contrato y la decisión del Tribunal será conducente aunque el contrato sea inexistente, ineficaz o inválido.*

Se determina la importancia de la autonomía de la cláusula compromisoria, lo cual es válida y no se ve afectada, por la presunta eventualidad de nulidad o ineficacia que se pueda derivar del contrato principal de compraventa de adquisición de acciones, la Corte Constitucional en sentencia C-248 de 1999, manifestó;

“(…) Si bien tradicionalmente se ha entendido que la cláusula compromisoria es accesoria respecto del contrato que da origen a los conflictos sobre los cuales habría de fallar el tribunal de arbitramento, el legislador colombiano, siguiendo la senda de la doctrina internacional, ha decidido conferir un carácter autónomo a la cláusula compromisoria. De esta manera, una decisión del legislador varía - ciertamente, en forma válida - el entendimiento general existente acerca de la relación entre el contrato y la cláusula compromisoria. En consecuencia, por obra de la resolución legislativa, la máxima jurídica que consagra que “lo accesorio sigue la suerte de lo principal” ya no sería aplicable a la cláusula compromisoria, por cuanto ésta ya no tendría un carácter accesorio.

(…) El párrafo acusado persigue que cuando se someta al juicio de los árbitros la decisión acerca de la validez del contrato, el laudo mantenga validez, incluso en los casos en los que el tribunal declare la nulidad o inexistencia del contrato. Con ello se determina que los árbitros continúan siendo competentes para decidir - es decir, se clarifica por parte del legislador quién es el juez de la causa - y se evita dilaciones en la resolución de los conflictos, objetivos que no pueden considerarse irrazonables desde la perspectiva de la lógica de la institución arbitral y de los objetivos por ella perseguidos (...).”

Ahora bien, el Consejo de Estado ha definido el pacto arbitral como un negocio jurídico o, simplemente, como un acuerdo de voluntades con fundamento en el Decreto 1818 de 1998 (derogado por la Ley 1563 de 2014 en lo relativo al arbitraje), también se ha referido al mismo como un negocio jurídico de naturaleza contractual, en los siguientes términos: “lo

primero, porque consiste en una manifestación de voluntad directa y reflexivamente encaminada a producir efectos jurídicos, y lo segundo, por cuanto se trata de un acuerdo de voluntades de dos o más agentes encaminados a crear obligaciones, cuyo contenido y finalidad es declinar por las partes el sometimiento a la jurisdicción ordinaria o especial preestablecida en el ordenamiento jurídico, en orden a diferir la solución de una parte o la totalidad de sus conflictos, actuales o futuros, derivados de una relación contractual, a la decisión de un tercero (...)"

En ese sentido, el Consejo de Estado, en dicha providencia, concluyó que en virtud de la naturaleza contractual del pacto arbitral, a éste se le debe aplicar las normas generales de los negocios jurídicos y contratos, como son aquéllas que se refieren a la validez, a la capacidad de las partes y a la licitud de la causa y objeto, de conformidad con el artículo 1502 del Código Civil, el cual es aplicable tanto a la actividad contractual particular como estatal.

Con fundamento en lo anterior, se observa que la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado han reconocido la naturaleza negocial o contractual del pacto arbitral y, en consecuencia, han considerado que le es aplicable la teoría general del negocio jurídico y de los contratos, en cuanto a la formación, celebración, ejecución, terminación y diferentes aspectos del mismo, lo cual resulta pertinente para el presente trabajo, en tanto se pretende partir del pacto arbitral como un acuerdo de voluntades encaminado a someter una controversia a un proceso de arbitraje, en el cual participarán, en principio, quienes firmaron dicho pacto; pero bajo ciertas circunstancias sus efectos se harían extensivos a personas que no lo suscribieron de manera formal.

En virtud de lo expuesto, se concluye que la cláusula compromisoria pactada entre las partes en el contrato de adquisición de acciones, se encuentra válida y obligatoria, por lo tanto este Tribunal Arbitral es competente para conocer y resolver la controversia derivada.

2. Sobre la vinculación de terceros no signatarios de la cláusula compromisoria

En Latinoamérica, a partir de los años noventa, con la suscripción de tratados internacionales y la modernización legislativa en relación con el arbitraje, se evidenció una tendencia a la aceptación y fortalecimiento del mismo. Precisamente, uno de los indicadores del arbitraje fue la consagración del principio de competencia – competencia en las diferentes legislaciones de la región¹. En virtud de este principio, que es ampliamente aceptado en el mundo del arbitraje, tanto por autoridades nacionales como supranacionales, los árbitros son competentes para decidir sobre su propia competencia respecto de la controversia que se les plantee².

El principio de kompetenz-kompetenz presenta una doble vertiente. Por un lado, el efecto positivo implica que los tribunales arbitrales tienen la potestad de resolver sobre su propia

¹ VÉLEZ, Ricardo. La autonomía del pacto arbitral y la declaración de competencia del tribunal de arbitraje. En: Estatuto Arbitral Colombiano: Análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012. Legis. Bogotá, 2013, p. 102.

² TALERO, Santiago. Arbitraje Comercial Internacional. Instituciones básicas y derecho aplicable. Universidad de los Andes. Editorial Temis. Bogotá, 2008, p. 147.

competencia, incluso cuando las partes cuestionen la existencia, validez o alcance del convenio arbitral. Por otro lado, el efecto negativo es la contraparte lógica del primero: si se reconoce el poder inherente de los árbitros para determinar su competencia en base al convenio arbitral, se debe aceptar que los órganos jurisdiccionales estatales deben abstenerse de analizar en paralelo y con igual profundidad cuestiones relativas a la validez del convenio arbitral, al menos en la etapa inicial del proceso (Banifatemi, 2013).

En la legislación colombiana, aunque el principio de Kompetenz Kompetenz no está expresamente consagrado como principio del arbitraje, sí se encuentran varias disposiciones que hacen alusión al mismo y que son el reflejo de la regla de prioridad en favor de los árbitros. Así, el artículo 29 del Estatuto Arbitral Nacional establece que “el tribunal de arbitraje es competente para resolver sobre su propia competencia y su decisión prevalece sobre cualquier otra proferida en sentido contrario por un juez ordinario o contencioso administrativo. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el recurso de anulación”. En el artículo 30 se estipula que en la primera audiencia de trámite, el tribunal arbitral resolverá sobre su propia competencia y que dicha decisión sólo es susceptible de recurso de reposición, apartándose de esta manera la intervención de la jurisdicción estatal, la cual sólo será procedente una vez se profiera laudo o, de manera excepcional, vía acción de tutela.

Igualmente, el inciso del artículo 29 consagra que “si del asunto objeto de arbitraje estuviere conociendo la justicia ordinaria o la contencioso administrativa, y no se hubiere proferido sentencia de única o primera instancia o terminado por desistimiento, transacción o conciliación; el tribunal arbitral solicitará al respectivo despacho judicial la remisión del expediente y éste deberá proceder en consecuencia”. Con esta norma también se le está dando prioridad a la justicia arbitral sobre la estatal.

En Colombia, aunque el principio de kompetenz kompetenz ya se registraba en disposiciones normativas anteriores, en el Estatuto de Arbitraje se le dio un tratamiento positivo, otorgándole un grado de mayor favorabilidad al arbitraje, pues con dicha legislación se quiso incentivar el uso de dicho mecanismo de solución de controversias.

En ese sentido, uno de los mecanismos para lograr mayor equidad entre las partes en el arbitraje ha sido la extensión del pacto arbitral a no signatarios del mismo. Para el efecto, algunos expertos han sistematizado y consolidado una serie de teorías que recogen lo expuesto por tribunales, sobre todo de carácter internacional, para permitir la incorporación de sujetos ajenos a la suscripción formal del pacto arbitral, lo cual sólo sería procedente en casos excepcionales y con el cumplimiento de ciertos requisitos³.

Dichas teorías se encuentran sustentadas fundamentalmente en el principio de buena fe.

Ahora bien, consideramos que las teorías que respaldan la aplicación de la cláusula compromisoria a terceros no signatarios del pacto arbitral dentro del proceso son:

³ BORN, Op. Cit., p. 1405. BREKOULAKIS, Stavros. Parties in International Arbitration: Consent v. Commercial Reality. En: The Evolution and Future of International Arbitration. Kluwer Law International. 2016, p. 120. WAINCYMER, Jeffrey. Procedure and Evidence in International Arbitration. Kluwer Law International, 2012, pp. 512 y ss.

- Teoría de la representación: Según Daniella Restrepo (2012), esta teoría consiste en que el tercero tiene la capacidad de realizar algunos actos o negocios en representación de una parte, de tal forma que este tercero puede firmar el acuerdo arbitral en representación de la parte involucrada, solo si o revela a la otra parte que el pacto ha sido firmado en representación de otro.

Lo anterior quiere decir que se basa en que la parte signataria del pacto ejecutó el contrato que lo contiene en nombre y por cuenta de un tercero, de tal forma que se presupone que si tal representante tiene la autorización de concluir el contrato en nombre de tal tercero, su representado, tiene la autorización también para celebrar el pacto arbitral allí incluido en su nombre.

Para el caso en cuestión existe la representación pues el agente, en este caso la Holding Dávila Vélez & Cía S en C, actuó en representación de Electrotech S.A y Magravi S.A.S en la ejecución del negocio jurídico que contiene el pacto arbitral, en este caso el MOU, el cual se encuentra integrado en el contrato de compraventa de acciones.

Finalmente, bajo la teoría de la representación aparente en virtud del artículo 842 del Código de Comercio, el tercero no signatario de la cláusula arbitral dio motivo para considerar que quien suscribió el MOU era su representante, extendiéndose para tal efecto, los efectos del negocio jurídico el pacto arbitral; además la representación aparente emerge de manera razonable de las circunstancias del caso y está fundamentada en el principio de la buena fe contractual de las partes. (Quijano, 2021)

- La sucesión contractual: El término sucesión en palabras de María Monserrat (2010) hace referencia a “cuando una persona ocupa los derechos de otra, es decir, implícitamente se sustituye a la persona, por cuanto sus derechos y obligaciones serán adquiridos por este”.

Autores como Born (2014) consideraban que inicialmente los acuerdos de arbitraje no eran transferibles porque las obligaciones eran personales. Sin embargo, en la ejecución de los contratos societarios era posible la transferencia en caso de fusiones o que se configurara una coligación contractual, en el entendido que se veían involucradas obligaciones pluripersonales de las partes.

Ahora bien, la cláusula arbitral también se ve afectada cuando se produce una cesión, novación, transacción, subrogación o cualquier otra forma de transferencia del contrato que la contiene. Al ser un elemento accesorio, el pacto arbitral comparte el mismo destino que el contrato principal. En estos casos, no tendría sentido alegar la separabilidad del convenio arbitral para evitar el arbitraje, ya que su función principal es proteger la validez de la cláusula, no limitar su alcance. No obstante, los pactos arbitrales pueden establecer restricciones en este sentido. Sin embargo, la interpretación siempre debe favorecer la aplicabilidad del arbitraje.

En ese orden de ideas, de allí la extensión, validez y aplicación de la cláusula a terceros.

- **Consentimiento implícito:** De acuerdo a Restrepo (2012), se presenta cuando un tercero no signatario tiene la intención de participar en el acuerdo arbitral o cuando conociendo del convenio no se objeto al mismo; por lo tanto, no es necesario una referencia expresa o tácita a un convenio arbitral, sino que la sola voluntad de participar y la participación activa; así como la aceptación tácita a un convenio, califica a los terceros para poder intervenir en un proceso arbitral, quieran o no.

Esto lo podemos evidenciar en este caso debido a que los no signatarios ejecutaron prestaciones derivadas del memorándum (MOU) el cual contiene la cláusula arbitral. Además, las partes firmantes del MOU manifestaron su consentimiento expreso de involucrar a los no signatarios en la negociación, pues jurídica y económicamente hacen parte del perfeccionamiento del negocio jurídico y de su ejecución. Por lo tanto, implícitamente se encuentran involucrados en el litigio arbitral.

En el ámbito tanto nacional como internacional del arbitraje, se han documentado casos en los que terceros no firmantes de la cláusula compromisoria son incluidos en el proceso. Esta tendencia se observa especialmente a nivel internacional, ya que los árbitros colombianos han tendido a ser conservadores al momento de ampliar dicha cláusula. Dada la escasez de casos recientes en el arbitraje nacional que abordan la inclusión de terceros no signatarios, se ha visto la necesidad de hacer referencia a algunos laudos emitidos antes de la promulgación de la ley 1563 de 2012, como:

- a)** Organización Terpel S.A. c. Estación de servicios Los Carruajes Ltda. Laudo del 13 de julio de 2010. Tribunal de Arbitramento del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Barranquilla:

La empresa Estación de Servicio Los Carruajes Ltda. ha incurrido en el incumplimiento del contrato firmado con Terpel S.A., lo que ha llevado a la rescisión del mismo y a la obligación de Los Carruajes de indemnizar los daños ocasionados. Este contrato incluía un comodato, una concesión mercantil y una licencia de marca. Como resultado de la fusión por absorción de Terpel del Norte S.A. por parte de Organización Terpel S.A., esta última ha adquirido en su totalidad los activos y pasivos de la sociedad absorbida, lo que incluye el contrato con Los Carruajes y la cláusula de arbitraje presente en él.

Por lo tanto, Organización Terpel S.A., como sucesora contractual de Terpel del Norte S.A., tiene el derecho de iniciar un procedimiento arbitral contra Los Carruajes debido al incumplimiento contractual. En resumen, el incumplimiento por parte de Los Carruajes ha provocado la terminación del contrato y otorga a Organización Terpel S.A. la facultad de iniciar un arbitraje para obtener la compensación correspondiente.

- b)** C.I. Bulk Trading Colombia S.A. VS. Puerto de Mamonal S.A. Y OPT S.A. Laudo del 03 de mayo de 2010. Tribunal de Arbitramento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá:

Aunque el contrato en disputa fue suscrito por Bulk Trading y Puerto Mamonal, OPT cumplió obligaciones derivadas del mismo, por las cuales realizó el correspondiente cobro a Bulk Trading e incluso participó en su modificación. Por lo tanto, se observa que, a pesar de que OPT no fue parte firmante del contrato objeto de la controversia, sí llevó a cabo acciones en virtud del mismo, con el consentimiento de los otros contratantes. De esta manera, su comportamiento sugiere su intención de quedar implícitamente vinculado tanto a los efectos del contrato suscrito como al pacto arbitral contenido en él.

Las teorías mencionadas aquí se derivan del arbitraje internacional, pero sus principios fundamentales están arraigados en el ordenamiento jurídico colombiano, ya que se basan en principios generales del derecho. Es importante destacar que en Colombia se ha aceptado en ciertos casos la vinculación de no signatarios en virtud de los artículos 895 del Código de Comercio y 1964 del Código Civil. Esto se debe a que la cesión de un contrato que incluya una cláusula compromisoria implica la transferencia de todas las acciones y condiciones del contrato en su totalidad, incluida la cláusula compromisoria, a menos que se excluyan ciertas condiciones de manera expresa al momento de pactar la cesión. Por lo tanto, la cláusula compromisoria se entiende cedida sin necesidad de una mención explícita.

La Corte Constitucional en Sentencia C-170 de 2014 concluyó que el principio de voluntad consignado en el artículo 116 de la Constitución, no se vulnera con la vinculación de terceros a los efectos del pacto arbitral, incluso si estos no se adhieren a él. Lo anterior, se justifica en que no existe limitación normativa a involucrar a partes distintas a quienes realicen la presentación de la pretensión y a los destinatarios de la misma.

En ese orden, como involucrar a un tercero implica la existencia de un derecho legal o contractual, que lo vincula y lo trae al proceso como tercero, con el propósito de hacerle aplicable los efectos tanto económicos como jurídicos como resultado del pacto arbitral. Por ello, el tercero es vinculado por la decisión adoptada, con fundamento en que en virtud del contrato suscrito de las partes tiene consecuencias económicas y jurídicas propias de la decisión.

Del mismo modo, cuando una parte contratante cambia de naturaleza jurídica o es objeto de escisión, fusión o absorción por parte de otra entidad jurídica, la nueva entidad adquiere los derechos y obligaciones de la anterior, incluidos los contratos que contengan un pacto arbitral.

En virtud de lo expuesto, consideramos aplicable la cláusula compromisoria tanto a los participantes del Memorando de Entendimiento (MOU) como al contrato de compraventa de acciones, es decir, a ELECTROTECH S.A., MAGRAVI S.A.S y HOLDING DÁVILA VÉLEZ.

3. Sobre la autonomía de la voluntad y las normas de orden público; caducidad de las acciones y la exigibilidad contractual.

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, Sentencia T-338 de 1993).

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.

La caducidad es entonces un límite temporal de orden público, que no se puede renunciar y que debe ser declarada por el juez en cualquier caso, oficiosamente. En la caducidad, por consiguiente, el simple paso del tiempo sin la intervención de las partes, conlleva a la pérdida de la acción o del derecho. En el evento de la caducidad, el plazo es absolutamente inmodificable por las partes, salvo interrupción legal, sea para ampliarlos o restringirlos.

Consciente del valor que implica la comparecencia ante la jurisdicción, el artículo 94 del C.G.P., ha regulado el papel de la presentación de la demanda como mecanismo de interrupción del término de prescripción y de inoperancia de la caducidad, al punto de establecer en esa norma, los requisitos para que se produzca el efecto señalado. De proceder, se entiende ejercitado el derecho de acción y por consiguiente interrumpida la prescripción e inoperante la caducidad; de manera tal, que se le puede dar curso libre al proceso, a fin de que se decida de fondo sobre los derechos de las partes. Como regla general, entonces, si se presenta una demanda idónea por parte del demandante, el proceso debe terminar bajo el efecto de la cosa juzgada.

Ahora bien, la Constitución de 1991 en su artículo 83 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”. La importancia de lo anterior, recae en que las obligaciones contractuales se encuentran cobijadas por este principio.

En virtud del principio de buena fe, las partes deben informar cualquier circunstancia del contrato sobre las obligaciones pactadas con el fin de remediar y mitigar las situaciones presentadas.

Además, la Corte Constitucional en Sentencia C-602 de 2019 establece que en virtud del art 13 del C.G.P la no obligatoriedad de que se agoten los requisitos de procedibilidad que pacten las partes para acceder a la administración de justicia no es contraria a la Constitución, antes bien resulta ajustada a la autonomía privada, al principio de buena fe, al acceso a la administración de justicia y a la libre configuración legislativa.

En ese orden de ideas, el término de la caducidad de las acciones nacidas en virtud del contrato, obedece a normas de carácter público y no a condiciones fijadas por la voluntad, por lo cual es inválida la condición que limita dicha temporalidad por ilicitud de la misma. La reclamación realizada es válida, pues no se puede limitar temporalmente su reclamación por voluntad de las partes. No menos importante, bajo el principio constitucional de la buena fe la parte cumplió con informar las circunstancias de riesgo en la ejecución del contrato.

4. Sobre el ajuste de precio del contrato de compraventa de acciones

El precio de la compañía inicialmente se había fijado al momento de la firma del contrato de compraventa, partiendo no sólo de su valor como negocio, sino de ciertos supuestos financieros acordados por el comprador y el vendedor. No obstante, en el contrato de compraventa de acciones se pactó un doble mecanismo de protección de las partes ante eventuales modificaciones del estado del negocio en marcha objeto de adquisición; en primer lugar, un mecanismo de ajuste de precio (cláusula octava) y un capítulo de indemnidades (cláusula décima).

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 del mismo;
- b. Que, por cualquier causa, DOURO perdiera acceso al inmueble donde operaba el joint venture con SUNPOWER y LAFARGEHOLCIM.
- c. Que se encontraran créditos u obligaciones financieras adicionales a los consignados en el Anexo de Revelaciones.

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.

En virtud de lo anterior, se cumplieron las tres condiciones necesarias pactadas en el contrato para el reajuste del precio: (i) fue antes del último desembolso de dinero; (ii) fue dentro del término pactado, 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 debe ser reajustado descontando la materialización del hecho causado.

Las declaraciones y las garantías, son consideradas como “ afirmaciones que las partes hacen respecto del estado de la compañía cuyas acciones serán enajenadas o de sus compañías subordinadas, supuestos que llevan a las partes a celebrar el contrato. Por su parte, las garantías responden a que las declaraciones hechas son verdaderamente y corresponden con exactitud a la realidad del negocio” (Ordoñez, 2013). Es así como las declaraciones y las garantías se estipulan dentro del contrato, con la finalidad en que el comprador obtenga una certeza del estado en que adquiere la compañía lo cual permite disminuir la asimetría de la información en las negociaciones.

De lo anterior, se desprende una función informativa en donde se radica una de las principales razones para estipular la cláusula de garantías y declaraciones dentro del contrato, lo que facilita que lleguen a acuerdos en situaciones de asimetría de la información, en donde la parte vendedora es quien conoce del negocio, lo justo, es entonces que ella asuma los riesgos que surjan a partir de las declaraciones y garantías, lo que equilibran los vacíos en el comprador de una empresa, pues no importa cuánto esfuerzo se invierta en hacer un due diligence, el comprador por lo general tendrá una información imperfecta (Gallozzi y Phillips, 2002)

Las declaraciones y las garantías,” facilitan al comprador la totalidad de la información de que se dispone, de forma que se limiten las posibilidades de la reclamación, puesto que el comprador gozará de todos los elementos para formar su opinión con un adecuado conocimiento de la realidad”. (Fernandez,2021)

Siendo las declaraciones, afirmaciones que hacen las partes sobre los hechos que los conducen a la celebración del negocio jurídico, y las garantías las cuales establecen promesas de que dichas afirmaciones son o serán verdaderas; dichas representaciones incluidas en un contrato son pruebas de los hechos que indujeron a las partes a celebrar el contrato, luego afectan directamente su perfeccionamiento e influyen en su voluntad para formalizarlo, cuando se incorporan este tipo de cláusulas, las partes asumen las responsabilidades por las afirmaciones manifestadas, y en caso de que estén sean

inexactas, incorrectas, o que carezcan de verdad pueden entenderse como un incumplimiento y un desconocimiento de las causas que llevaron a su celebración (Ordoñez Arias, 2013).

Algunos ejemplos de lo anterior son:

- CBS inc V.Ziff-Davis Publishing co (1990): Donde el comprador (CBS) realizó una oferta a Ziff-Davis Publishing, basada en la información financiera, y en la supuesta rentabilidad, proporcionada por el vendedor. En donde dicha oferta fue aceptada y las partes celebraron el acuerdo de compraventa, el cual incluyó expresas garantías del vendedor en cuanto a la veracidad de la información financiera, y en la supuesta rentabilidad, proporcionada por el vendedor.

Dicha oferta fue aceptada y las partes celebraron el acuerdo de compraventa, que incluyó expresas garantías del vendedor en cuanto a la veracidad de la información financiera que había entregado. En dicho acuerdo, Ziff-Davis declaró y garantizó que los ingresos auditados que se proporcionaron a CBS «habían sido preparados de acuerdo con principios de contabilidad generalmente aceptados (PCGA)»; además de garantizar que todas las «representaciones y garantías sobrevivirán al cierre, a pesar de cualquier investigación hecha por el comprador», dando con ello expresa autorización a CBS para realizarla, para lo cual se tenía acceso a los libros y registros.

CBS llevó a cabo su propio examen de debida diligencia, en el cual se percató de que Ziff-Davis no preparó la información financiera de forma clara, y manifestó sus dudas. Sin embargo, se procedió al cierre toda vez que Ziff-Davis nuevamente declaró y garantizó dicha información financiera. Posteriormente, cuando CBS comprobó la inexactitud de las declaraciones, interpuso una acción de incumplimiento alegando que el vendedor había violado las declaraciones hechas; y sobre esta base, alegó que el precio pagado estaba por encima del precio que hubiera podido establecerse si lo declarado hubiese sido una información veraz.

En este caso, el Tribunal de Apelaciones de Nueva York falló a favor del comprador, bajo el argumento de que la cuestión fundamental es determinar si el comprador creyó estar comprando lo prometido por el vendedor.⁴

- El Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá (2013), decidió las reclamaciones de la parte convocante AFC Investment Solutions, Armando Delgado Rodríguez y Cándido Rodríguez Lozada, eran válidas y procedentes de conformidad con el contrato de compraventa de acciones suscrito entre esta y la parte convocada, Fondo de Protección Social de los Depósitos Bancarios (Fogade), en el cual se pactó una garantía por la exactitud de las declaraciones, los pasivos ocultos y las contingencias allí previstas.

En un primer momento, los compradores notificaron por escrito a Fogade la reclamación de indemnidad en relación con el denominado «Crédito Unión Temporal Transvial»,

⁴ CBS v. Ziff-Davis Publ. Co. (1990). 75 N.Y. 2d 496. Recuperado de: <http://law.justia.com/cases/new-york/court-of-appeals/1990/75-n-y-2d-496-0.html>

debido a que cuando las partes suscribieron el contrato los compradores no conocían ni pudieron haber previsto el incumplimiento de la Unión Temporal Transvial durante el proceso de verificación de la información (due diligence); ni pudieron prever la cesión del contrato de obra que garantizaba la fuente de pago, porque para la época de la debida diligencia no existían estas contingencias.

Posteriormente, formularon una segunda reclamación en relación con el denominado «crédito Shatex», frente al cual igualmente se dan las condiciones pactadas contractualmente para hacer efectivas las indemnidades.

En las pretensiones principales, la parte convocante solicita que el tribunal determine si las reclamaciones formuladas con relación a los pasivos ocultos fueron válidas y procedentes, y que, en consecuencia, se proceda a proferir las condenas correspondientes. Como pretensiones subsidiarias, solicita que se declare que la parte demandada incumplió el contrato por haber realizado conductas contrarias a la buena fe, y que, como consecuencia de ello, se le condene al pago de indemnización de perjuicios.

En sus consideraciones el tribunal tuvo en cuenta «la real intención de las partes» para cotejarla con su declaración material, que alude a los móviles o causa del contrato; de lo cual concluyen que, según todos los antecedentes, el móvil perseguido por la parte convocante fue adquirir las acciones por un precio que refleja su valor comercial con fundamento en la situación de la compañía; esto con base en la información suministrada en el cuarto de datos y con referencia a los estados financieros del último corte de ejercicio disponible, y, a través de las declaraciones y garantías, compensar las limitaciones para el comprador de acceder al cabal conocimiento de la situación patrimonial.

Finalmente, después del debate probatorio, el tribunal de arbitramento consideró que la reclamación cumplía con los requisitos contractuales y, en consecuencia, constituía una reclamación válida de conformidad con las declaraciones y garantías hechas en el contrato de compraventa de acciones.⁵

5. Sobre la resolución del contrato de compraventa de acciones

De acuerdo a Fabricio Mantilla Espinosa (2005) por tratarse de un contrato bilateral, la compraventa lleva implícita la condición resolutoria tácita, por lo que el incumplimiento por una de las partes de las obligaciones a su cargo, coloca a la otra en la posición de poder solicitar su resolución, para lo cual se requiere la concurrencia de los siguientes presupuestos: a) que se trate de un contrato bilateral válido; b) que quien promueva la acción haya cumplido con sus obligaciones o haya estado dispuesto a cumplirlas, y c) que el otro contratante haya incumplido las obligaciones que le corresponden.⁶

⁵ Tribunal arbitral de AFC Investment Solutions S.L., Armando Delgado Rodríguez y Cándido Rodríguez Losada vs. Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria (Fogade) (15 de mayo de 2013).

⁶ Mantilla Espinosa, Fabricio; Ternera Barrios, Francisco. LA RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS EN EL DERECHO COLOMBIANO. Revista Chilena de Derecho Privado, núm. 5, diciembre, 2005, pp. 43-71. Universidad Diego Portales. Santiago, Chile

La resolución del contrato parte del hecho de que se trata de un contrato válido, legal, eficaz, y seguidamente, que se ha incumplido por una de las partes, y en tal caso, la parte cumplida puede exigir la resolución del contrato, o si lo prefiere, exigir su cumplimiento, prerrogativa que no tiene quien ha incumplido.

Respecto de tal tema, la Corte Suprema de Justicia ha hecho las siguientes precisiones:

- Sentencia SC1662-2019 del 5 de julio de 2019: La Corte considera que cuando dos partes de un contrato incumplen su obligación, cualquiera de las partes puede solicitar la resolución del mismo basándose en el incumplimiento de su contraparte.
- Sentencia SC7748- 2004 del 4 de junio de 2004: Se estableció que debido al impago del precio, la normativa aplicable a las restituciones entre las partes involucradas no sería la que generalmente regula el cumplimiento de la condición resolutoria (artículos 1544 y 1545 del Código Civil), sino el artículo 1932 del mismo ordenamiento, mediante una interpretación extensiva. Esto se debe a que la situación fáctica se ajusta plenamente a las disposiciones de este último precepto.

Es ampliamente conocido que la resolución del contrato implica la extinción de todas las obligaciones derivadas del mismo, con efectos desde ese momento en adelante (ex nunc), pero también con efectos retroactivos (ex tunc) en ciertos casos donde no se trata de negocios continuados y se han llevado a cabo actos de cumplimiento entre las partes. El objetivo es restaurar, en la medida de lo posible, la posición en la que se encontraban los contratantes antes de celebrar el contrato. Así, el artículo 1544 establece el principio general de que "una vez cumplida la condición resolutoria, lo recibido bajo esa condición debe ser restituido".

El efecto de la declaración de resolución del contrato es regresar las cosas a su estado anterior, lo cual se cumple a través de las restituciones mutuas que en términos generales surgen para los contratantes en virtud del conjunto de normas que regulan las prestaciones en materia de reivindicación. Y, para el caso específico de la condición resolutoria tácita del contrato de compraventa, las contempladas en los artículos pertinentes que rigen tal materia.

El primero de los efectos derivados de la resolución del contrato es el que contempla el artículo 1544 del Código Civil, a cuyo tenor, "cumplida la condición resolutoria, deberá restituirse lo que se hubiere recibido bajo tal condición, a menos que ésta haya sido puesta en favor del acreedor exclusivamente, en cuyo caso podrá éste, si quiere, renunciarla; pero será obligado a declarar su determinación, si el deudor lo exigiere". La resolución de un contrato, y sus efectos retroactivos, en principio afectan también a terceros.

El objeto de la acción resolutoria –explica ALESSANDRI – es deshacer el contrato, desligar al vendedor del comprador, destruir un vínculo jurídico. Resolver es deshacer; de manera que acción resolutoria es la que va tras la destrucción. Allí termina su misión. Pero como el efecto de la resolución es dejar las cosas en su estado anterior, o sea obtener la devolución de lo que se ha dado, es claro que pronunciada ella debe restituirse la cosa vendida. Para obtener esta restitución nace una nueva acción, una acción real que ya no va contra el comprador, sino contra todos los que poseen la cosa vendida, acción que

impropiamente se denomina reivindicatoria y que yo llamaría de restitución". (De la compraventa y de la promesa de venta. Tomo II, Vol. I. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2003. P. 527)

Para el caso en cuestión, la resolución del contrato se da precisamente por incumplimiento, y por ello, el artículo 1546 del Código Civil señala que sólo la parte cumplida podrá elegir entre la resolución del contrato o el cumplimiento del contrato. Es así que los vendedores están incumpliendo con las cláusulas pactadas en el contrato, específicamente la cláusula octava (ajuste del precio) habiéndose cumplido las condiciones para su exigibilidad, es decir, ajustar el precio antes del desembolso de los pagos restantes del precio exigido en el contrato de compraventa de acciones por la pérdida del acceso al inmueble donde operaba el joint venture con SUNPOWER y LAFARGEHOLCIM. Además, que para aplicar el mecanismo debía superar un umbral de materialidad cuantitativa, fijado en mil millones de pesos m/cte (\$1.000.000.000)., que los vendedores asumirán la totalidad de la contingencia antes del tercer pago y que dicha solicitud debía realizarse dentro del mes siguiente a la fecha en que se conociera su materialización.

Las anteriores condiciones fueron cumplidas por el comprador; en primer lugar la pérdida del inmueble fue notificada el día 19 de agosto de 2023, lo cual se contempló como causal de reajuste del precio. En segundo lugar, se solicitó el 22 de agosto ajustar el valor del pago pendiente; es decir, se cumplió la condición del término pactado para la reclamación. En tercer lugar, se estimó como umbral de materialidad cuantitativo en cuarenta mil millones de pesos m/cte (\$40.000.000.000), los cuales en estudio financiero posteriormente se determinó en la suma de quinientos mil millones de pesos m/cte (\$500.000.000.000); lo cual excedió el umbral fijado por las partes.

En consecuencia, en virtud de los deberes legales y contractuales pactados por las partes, los vendedores debían reajustar el precio debido al evento presentado, asumiendo la totalidad de la contingencia de forma que deducirán del pago pendiente dicha suma; circunstancias que no fueron al caso y actuaron en contra, generando el incumplimiento del contrato ,y, así su resolución.

6. Sobre la indemnización de perjuicios por incumplimiento contractual

De acuerdo al autor Velasquez (2010) la indemnización de perjuicios surge del incumplimiento parcial o total de las obligaciones adquiridas o del cumplimiento tardío. En tales circunstancias una de las partes se ve afectada por no obtener el provecho que pretendía con la celebración del contrato o por sufrir una pérdida patrimonial o extrapatrimonial y por ello reclama los perjuicios a la parte incumplida.

En la normatividad nacional no hay un concepto sobre la indemnización de perjuicios, aunque en el artículo 1613 del Código Civil señala dos elementos que componen la indemnización por perjuicios, los cuales son el lucro cesante y el daño emergente. Por su parte, el Código General del Proceso utiliza la expresión indemnización al referirse al juramento estimatorio como medio probatorio en el artículo 206.

Por una parte, el daño emergente (Art. 1614 del C. Civil) se presenta cuando un bien sale del patrimonio de la víctima, es decir, es un egreso pasado o futuro del patrimonio de la

víctima, así como la deuda contraída para subsanar el daño. De otra parte, el lucro cesante en el mismo artículo señala que es la pérdida de incremento patrimonial neto, dejado de obtener como consecuencia del incumplimiento contractual.

La indemnización de perjuicios se sustenta en la responsabilidad del deudor, es decir, el deudor está obligado a indemnizar porque es responsable. De este modo la indemnización es la medida para satisfacer al acreedor por el incumplimiento del deudor.

Aunque no exista norma como tal en la legislación colombiana que determine la indemnización de perjuicios, esta se debe cuantificar y pagar en dinero. Esto, porque no existe norma específica que permita su pago en especie y además, porque de las disposiciones del Código General del Proceso se puede inferir esto.

Morales (2010) considera que la indemnización tiene el propósito de reparar el daño producido por el incumplimiento.

Es así que, la indemnización se trata de una obligación económica que consiste en una deuda de valor, pues permite cuantificar el perjuicio causado. De esta forma la parte afectada recibe una suma de dinero por el perjuicio causado.

Henao (1998) menciona que la indemnización debe ser plena, es decir, reparar el daño y dejar indemne a la persona afectada, como si la circunstancia no hubiera existido o la situación más próxima a este estado.

Ahora bien, dentro de la clasificación de indemnizaciones consideramos importante para el caso que nos atañe, los conceptos de indemnización de perjuicios compensatorios y moratorios; esto es reemplazar la prestación incumplida por el deudor, de manera total o parcial.

Por una parte, la indemnización compensatoria por perjuicios tiene como función que el acreedor en su situación patrimonial no sea afectado por la conducta del deudor incumplido. Tapias (2007) denomina a esto como “la modalidad de reparación del daño sufrido por el acreedor y generado por el incumplimiento total o la ejecución defectuosa de la prestación, por parte del deudor, por ausencia total parcial del objeto debido”

Esta indemnización reemplaza la prestación incumplida, por lo que el acreedor queda imposibilitado para obtener el cumplimiento de la prestación contractual misma, pero posibilitado para su compensación. No menos importante, es preciso que la prestación incumplida sea susceptible de evaluarse en dinero.

Por otra parte, la indemnización moratoria de perjuicios consiste en “el pago que debe realizarse por haber lesionado los intereses o por haber ejecutado tardíamente la prestación del acreedor” (Ramírez, 2013). Esta indemnización tiene como fin que la parte quede en idéntica condición como hubiese quedado si la ejecución se hubiera realizado oportunamente.

Según Tapias (2007) es la reparación causada por la mora, esta no podría comprender el valor de la cosa debida, por cuanto esta obligación fue cumplida, pero con posterioridad.

La indemnización moratoria complementa la prestación principal, como lo establecen los artículos 1610 y 1617 del Código Civil. El primero de ellos permite al acreedor de obligaciones de hacer solicitar, además de la indemnización moratoria, tres opciones adicionales: exigir al deudor que cumpla con la obligación pactada de manera inmediata, autorizar al acreedor para que un tercero realice la ejecución a expensas del deudor, o solicitar al deudor una compensación por los daños sufridos debido al incumplimiento contractual. Por otro lado, el artículo 1617 establece el mecanismo de la indemnización de perjuicios moratorios a través del pago de intereses y otros aspectos, según lo explica Velásquez (2010).

De acuerdo con estas normas, se deduce que es factible acumular tanto la indemnización compensatoria como la moratoria. Esto se debe a que si el acreedor no queda satisfecho con la compensación recibida, no puede considerarse que el perjuicio haya sido completamente reparado. Por lo tanto, el retraso en el pago genera una compensación adicional por la mora. En esta situación, el acreedor recibe no solo la prestación a la que tiene derecho según el contrato, que constituye su fuente principal, sino también la reparación por los daños sufridos durante el período de demora en el cumplimiento, como señala Ramírez (2013, p. 551).

La indemnización moratoria se debe desde que el deudor incurre en mora. Por ello, el inciso segundo del artículo 1604 del Código Civil dispone que el deudor que se encuentre en mora es responsable, exceptuando la regla general de que el caso fortuito es causal de exoneración de responsabilidad (Velásquez, 2010, p. 849).

Ahora bien, existe la posibilidad de acumular tanto la indemnización compensatoria como la moratoria, porque si el deudor incurrió en incumplimiento imperfecto (parcial) y tardío, sí es factible la acumulación de indemnizaciones compensatoria y moratoria, por cuanto la primera situará el patrimonio del acreedor en el estado cuantitativo en que debió estar si hubiese ejecutado la prestación sin defecto alguno, en tanto que la moratoria resarcirá al acreedor el daño causado por la tardanza en el cumplimiento.

El artículo 428 del Código General del Proceso establece el mecanismo legal para reclamar, a través de un proceso judicial ejecutivo, la indemnización por perjuicios compensatorios y moratorios derivados del incumplimiento de obligaciones de dar, hacer o no hacer.

En este artículo se consagra la regla general de que los perjuicios deben ser estimados y especificados bajo juramento, si no constan en el título ejecutivo. Se deben presentar dos valores: uno como indemnización compensatoria (cantidad principal) y otro como indemnización moratoria (tasa de interés mensual). Esta información es necesaria para poder ejecutar la sentencia por una suma líquida de dinero.

En ese sentido, el acreedor desde un principio puede reclamar los perjuicios compensatorios y moratorios que ha sufrido, siendo los primeros la cantidad que se considera afectado por la no ejecución de la obligación y los segundos a los intereses que generaría dicha suma mensualmente.

El acreedor que demanda el cumplimiento de una obligación también puede solicitar al juez que se le indemnice por los perjuicios causados por el incumplimiento, tanto compensatorios como moratorios. Esta solicitud se hace de forma subsidiaria, es decir, solo si el deudor no cumple con la orden del juez de cumplir con la obligación original.

De esta manera, el acreedor tiene la seguridad de que, incluso si el deudor se niega a cumplir voluntariamente, el juez no dará por terminado el proceso y lo condenará a pagar la indemnización correspondiente.

El autor Lopez (2017), considera que el acreedor que desee buscar el cumplimiento contractual tiene tres opciones: (i) reclamar el cumplimiento más los perjuicios moratorios; (ii) demandar el cumplimiento y como pretensión subsidiaria que en caso de no cumplirse la obligación dentro del plazo, se prosiga la ejecución de los perjuicios compensatorios y moratorios; y (iii) reclamar desde el inicio los perjuicios compensatorios y moratorios.

La pretensión de cumplimiento por obligaciones de hacer, igualmente se puede pedir indemnización compensatoria y moratoria, siguiendo las directrices de los artículos 433 y 434 del Código General del Proceso.

Es importante que cuando se pretende la resolución del contrato por incumplimiento, la parte demandante no puede reclamar perjuicios compensatorios equivalentes a la prestación, por cuanto la figura de la resolución implica la devolución de lo que se había dado (Velasquez, 2010).

Ahora bien, la doctrina nacional e internacional sostiene que la indemnización por perjuicios compensatorios y moratorios comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, como modalidades de perjuicios patrimoniales, por lo tanto la reparación debe ser integral.

Lo anterior se desprende del contenido del artículo 1613 del Código Civil, el cual impone estos tipos de indemnización para el caso de no haberse cumplido la obligación, haberse cumplido imperfectamente o haberse retardado su cumplimiento, de allí que las dos buscan reparar la totalidad del daño (Ramírez, 2013; Velásquez, 2010).

Esto quiere decir que al momento de cuantificar los perjuicios derivados de la responsabilidad contractual, los árbitros deben tener en cuenta estos dos rubros.

El daño emergente se caracteriza por la disminución del patrimonio de la víctima a causa del incumplimiento, mientras que el lucro cesante se refiere a la pérdida de ganancias que la víctima esperaba obtener. En ambos casos, se produce un perjuicio económico que debe ser reparado. El objetivo de la reparación es restablecer la situación patrimonial de la víctima a la que se encontraba antes del incumplimiento (Ternera y Ternera, 2008).

Sobre el daño emergente la Corte Suprema de Justicia (2016) ha dicho que corresponde según el artículo 1614 del Código Civil a “ la pérdida o disminución económica realmente sufrida por la víctima o por quienes tienen legitimación para reclamar como secuela del hecho dañoso (el cual se bifurca en pasado y futuro, es decir, al ya consolidado al momento de definir el litigio y el otro, al aún no producido, pero esperado, con fundamento en un alto grado de probabilidad objetiva)”.

Los lucros derivados de la celebración del contrato pueden obtenerse a través de dos mecanismos, por un lado a través de la acción de cumplimiento y por el otro por la indemnización.

Ahora bien, el lucro cesante ha sido definido como la ganancia dejada de percibir y que razonablemente se podía obtener (Velásquez, 2010). En la Sentencia SC-3951 de 2018 y la sentencia C-055 de 2008, la Corte Suprema de Justicia, señala que las características del lucro cesante son: (i) debe ser cierto; (ii) debe ser tangible; no hipotético; (iii) debe tener relación de causa y efecto.

La indemnización por lucro cesante sólo procede cuando se demuestra una situación real y concreta de pérdidas económicas derivadas del evento dañoso. Estas condiciones permiten inferir, de manera razonable, que las ganancias o beneficios que se percibían o se esperaba obtener de forma legítima dejarán de ingresar al patrimonio de la persona afectada, ya sea de forma definitiva o con alta probabilidad.

En el caso en cuestión, se considera viable jurídicamente solicitar la indemnización compensatoria por el daño emergente y lucro cesante derivado de la pérdida del inmueble donde funciona la empresa. Esta indemnización busca reparar el valor del bien perdido, incluyendo tanto los gastos incurridos para reubicarse como las ganancias dejadas de percibir a causa del cierre del negocio.

Adicionalmente, se puede solicitar la indemnización moratoria por el retraso en el cumplimiento de las obligaciones de reajustar el precio de pago de la compraventa de las acciones. Esta indemnización busca compensar por los perjuicios causados por el retraso de ajustar la suma adeudada, lo que incluye el lucro cesante derivado de la no actualización del precio de compra.

La cuantificación de los perjuicios ocasionados se estima en la suma de quinientos mil millones de pesos colombianos (\$500.000.000.000). Esta cifra se basa en una evaluación detallada de los gastos incurridos, las ganancias dejadas de percibir y el valor del inmueble perdido.

Es importante destacar que la carga de la prueba recae sobre el acreedor, quien debe demostrar la existencia y cuantía de los perjuicios sufridos. Para ello, se podrán aportar diversos medios probatorios, como facturas, estados financieros, peritajes y declaraciones de testigos.

En conclusión, la indemnización compensatoria y la indemnización moratoria constituyen mecanismos jurídicos idóneos para reparar los perjuicios sufridos como consecuencia del incumplimiento contractual. En el caso concreto, se considera que existen las condiciones necesarias para solicitar ambas indemnizaciones, por lo que consideramos hacer valer estos derechos.

VI. JURAMENTO ESTIMATORIO

De conformidad con lo establecido en el artículo 206 del Código General del Proceso, se presenta estimación razonada de la cuantía por la suma de COP \$500.000.000.000 aproximadamente, soportados en el estudio financiero de los perjuicios causados por la sentencia que despojaba a **DOURO** del inmueble donde operaba las oficinas administrativas y el parque tecnológico.

VII. PROCEDIMIENTO Y CUANTÍA

De conformidad con la cláusula compromisoria contenida en el memorando de entendimiento (MOU) suscrito entre los representantes legales de **HOLDING DÁVILA & CÍA S en C** y de **HOLDING M&B S.A**, el cual hace parte integra en el contrato de compraventa de acciones suscrito entre los representantes legales de **ELECTROTECH S.A, MARGRAVI S.AS Y HOLDING M&B S.A**, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cali es competente para administrar el presente arbitraje, que se regirá por la ley 1563 de 2012 / el Reglamento del Centro, según el pacto arbitral.

Igualmente, comoquiera que las pretensiones de carácter pecuniarias ascienden a \$500.000.000.000 COP, de conformidad con el artículo 2 de la Ley 1563 de 2012, el presente proceso arbitral es de mayor cuantía.

VIII. PRUEBAS

Solicito que se tengan como pruebas las siguientes:

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.

IX. 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 **MAGRAVI 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. Documento donde consta el pacto arbitral invocado (compromiso)
8. Fuentes bibliográficas que sustentan los fundamentos del derecho.

X. 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

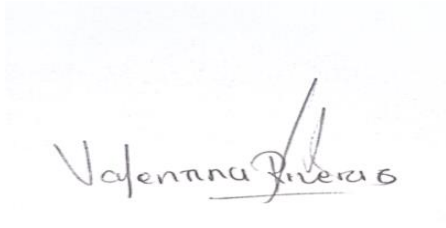
MAGRAVI S.A.S, como parte demandada recibe notificaciones en la Cra 98 # 16 - 200 en la ciudad de Cali, y en la dirección electrónica notificacionesjudiciales@magravi.com.co

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,



A handwritten signature in dark ink, appearing to read "Valentina Rivera", is centered within a light gray rectangular box. The signature is fluid and cursive, with a prominent vertical stroke at the end.

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