

Señora  
**JUEZ SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA**  
 E. S. D.

<b>PROCESO:</b>	VERBAL
<b>DEMANDANTE:</b>	POLYBAN INTERNACIONAL S.A.
<b>DEMANDADO:</b>	ZONA FRANCA INDUSTRIAL DE BIENES Y SERVICIOS DE CARTAGENA S.A. Y OTROS
<b>RADICADO:</b>	13001-31-03-002-2019-00163-00
<b>ASUNTO:</b>	CONTESTACION DE LA DEMANDA Y EXCEPCIONES DE FONDO

MIGUEL DAU HURTADO, abogado en ejercicio, identificado con la cédula de ciudadanía No. 73.149.970 de Cartagena y portador de la tarjeta profesional No. 139868 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi condición de apoderado judicial de la sociedad demandada OPERACIONES TÉCNICAS MARINAS S.A.S., identificada con Nit. No. 806.005.346-1, representada por ÁLVARO FRANCISCO MARTÍNEZ BUSTAMANTE, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.154.613 de Bogotá, según poder que ya obra en el expediente, por medio del presente escrito, acudo ante Usted, Señora Juez, dentro del término legal para hacerlo, con el objeto de CONTESTAR LA DEMANDA, manifestando que **ME OPONGO A TODAS Y CADA UNA DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA, ASÍ COMO A LOS FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO INVOCADOS**, por las siguientes razones y en el mismo orden establecido en la Demanda, así:

#### I.- A LOS HECHOS DE LA DEMANDA:

Con respecto al HECHO PRIMERO.- No nos costa que la Demandante haya recibido la comunicación a que se refiere este hecho, nos atenemos a lo probado en el proceso.

Con relación al HECHO SEGUNDO.- No nos costa que la Demandante haya remitido correo electrónico y comunicación por escrito manifestando la aceptación de la oferta, nos atenemos a lo probado en el proceso. No obstante, en el caso que fuera cierto, es de resaltar que POLYBAN tan solo manifestó su intención de compra a la sociedad emisora, pero no comunicó a la enajenante como lo dispone el literal d) del artículo 10º de los estatutos sociales, ni pagó el precio de las acciones que le correspondía a pesar de contar con los medios necesarios para comunicarse con el vendedor a fin de coordinar el pago. La Demandante **no pagó**, incumpliendo su obligación de pagar el precio en la forma exigida por la vendedora.

Tocante al HECHO TERCERO.- No nos costa que la Demandante haya remitido comunicación por escrito ratificando lo dicho en el correo del 14 de octubre de 2016, nos atenemos a lo probado en el proceso. No obstante, en el caso que fuera cierto, es de resaltar que la demandante tan solo manifestó su intención de compra a la sociedad emisora, pero no comunicó a la enajenante como lo dispone el literal d) del artículo 10º de los estatutos sociales, ni pagó el precio de las acciones que le correspondía a pesar de contar con los medios necesarios para comunicarse con la enajenante a fin de coordinar el pago. Además, los terminos estatutarios para el ejercicio del derecho de preferencia se cuentan, según los estatutos, desde que el vendedor comunica su oferta de venta a la sociedad emisora.

Con respecto al HECHO CUARTO: Es cierto. Además, es importante resaltar que los terminos estatutarios para el ejercicio del derecho de preferencia se cuentan, según los estatutos, desde que el vendedor comunica su oferta de venta a la sociedad emisora.

Con relación al HECHO QUINTO: No es un hecho, se trata de apreciaciones subjetivas del apoderado. Sin embargo, es de manifestar que no es cierto las afirmaciones de este Hecho, por cuanto que la comunicación de la oferta remitida por Zofranca indicaba el correo electrónico del vendedor para que los interesados se comunicaran con el enajenante, tal como dispone el literal d)

del artículo 10º de los estatutos sociales y ha sucedido en otros procesos de venta de acciones, donde se incluía la dirección electrónica y teléfono de contacto del enajenante a fin de coordinar el pago, sin la intervención de la sociedad Zofranca que no hace parte del contrato de compraventa.

No es obligación estatutaria del enajenante de indagar sobre el resultado del ejercicio del derecho de preferencia, ni de auto declararse en libertad para vender. No es cierto que la sociedad Zofranca sea la canalizadora de las negociaciones de acciones entre vendedor e interesados por no decirlo los estatutos sociales; su función se circunscribe a velar que se cumplan los plazos y condiciones dentro de los cuales la sociedad o los accionistas podrán ejercer el derecho de preferencia (Art. 407 C.Co.) y no a las apreciaciones de la Parte Demandante.

Es de resaltar que la oferta hecha por la sociedad Guillermo Sanclemente, se ajustó a lo establecido en los estatutos, incluso, condicionó a que los interesados se comunicaran con la enajenante porque así se establece en el literal d) de los estatutos sociales.

Con relación al HECHO SEXTO: No nos costa esta comunicación, nos atenemos a lo probado en el proceso. No obstante, el caso que fuera cierto, es de resaltar que los plazos establecidos en los estatutos sociales de Zofranca dentro de los cuales la sociedad o los accionistas podrán ejercer el derecho de preferencia, comienzan a contarse desde que la sociedad emisora recibe del accionista vendedor la comunicación que avisa su intención de vender con expresión de las condiciones en que se va a efectuar la venta de las acciones. Es más, el literal d) de los estatutos indica la condición que deberán cumplir los accionistas interesados, de comunicarse directamente con el enajenante mediante carta dándole noticias de su voluntad de adquirir las acciones y no a través de la sociedad como lo sugiere equivocadamente la demandante.

Es de resaltar, que la comunicación de la oferta indicaba la condición de comunicarse con el vendedor para efectos de coordinar el pago, tal como lo hizo Zofranca en la comunicación de la oferta enviada a todos los accionistas, en cumplimiento del literal d) del reglamento social.

Con respecto al HECHO SÉPTIMO: Es cierto. Pero es de resaltar que los plazos establecidos en los estatutos sociales de Zofranca S.A. dentro de los cuales la sociedad o los accionistas podrán ejercer el derecho de preferencia, comienzan a contarse a partir de que la sociedad emisora recibe del accionista vendedor la comunicación que avisa su intención de vender con expresión de las condiciones en que se va a efectuar la venta de las acciones (Literal b de los estatutos). Es más, el literal d) ibidem indica la condición que deberán cumplir los accionistas interesados, de comunicarse directamente con el enajenante mediante carta dándole noticias de su voluntad de adquirir las acciones y no a través de la sociedad como lo sugiere equivocadamente la demandante.

Tocante al HECHO OCTAVO: No nos consta. Sin embargo, es de destacar, que los estatutos sociales, específicamente el artículo décimo, atinente a la negociación de acciones, no contempla la obligación para Zofranca S.A. de comunicar a los accionistas el resultado del ejercicio del derecho de preferencia ni qué proporción de las acciones ofertadas le corresponde a cada socio según la participación accionaria. Cada accionista es propietario de sus respectivas acciones y son ellos los que conocen su participación accionaria dentro del capital social y son ellos los que de acuerdo a su participación accionaria saben que porcentaje les corresponde en cada venta de acciones.

Al HECHO NOVENO: Es cierto sobre la negociación de las acciones citadas, que sea dicho de paso, son negociaciones que ya concluyeron. Sin embargo, es de manifestar que este Hecho no es materia del presente proceso y que nada tiene ver con el asunto de la litis.

Con relación al HECHO DÉCIMO: Es cierto sobre la negociación de las acciones donde intervino la sociedad fiduciaria, que sea dicho de paso, negociación que ya concluyó. Sin embargo, es de manifestar que este Hecho no es materia del presente proceso y que nada tiene ver con el asunto de la litis.

Tocante al HECHO DÉCIMO PRIMERO: Es cierto sobre la existencia del acta que menciona el Hecho. Pero es de aclarar que este Hecho no es materia del presente proceso y que nada tiene ver con el asunto de la litis. La negociación de las acciones de Interimex y P.A. Zeus ya concluyeron.

Con respecto al HECHO DÉCIMO SEGUNDO: No nos consta la referida comunicación, nos atenemos a lo probado en el proceso. Pero es de aclarar que este Hecho no es materia del presente proceso y que nada tiene ver con el asunto de la litis. Ahora, en el caso que fuera cierto, de conformidad al párrafo primero del artículo décimo de los estatutos sociales, es obligación de Zofranca la inscripción en libro de Registro de Acciones la enajenaciones de acciones.

Con relación al HECHO DÉCIMO TERCERO: Es cierto. Pero es de aclarar, primero, que este Hecho no es materia del presente proceso y que nada tiene ver con el asunto de la litis. Segundo, es importante resaltar que este proceso arbitral finalizó mediante laudo arbitral del 14 de agosto de 2018 absolviendo a los demandados y negando la totalidad de las pretensiones de la hoy demandante Polyban Internacional S.A.

Con respecto al HECHO DÉCIMO CUARTO: No nos consta el referido concepto. Además, es de destacar que si de conformidad al artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, la emisión un concepto sobre alguna materia por parte de una autoridad pública como respuesta a una petición o consulta, no son vinculantes ni comprometen la responsabilidad de la entidad, mucho menos un concepto proferido por un particular en respuesta a una consulta hecha por otro particular, por cuanto se trata de una apreciación meramente subjetiva del emitente que no obliga a Zofranca S.A.. además, es un concepto que desconoce el art 10 estatutos sociales de Zofranca S.A.

Es falso que no se esperó los 15 días; por el contrario, de las pruebas que se aportarán, se demostrará que la compraventa entre OTM y Guillermo Sanclemente gozó de la juridicidad indispensable para ser válida frente a los demás socios y la sociedad, tanto, que ésta última procedió a su registro, por considerarla ajusta a los estatutos.

Solo a manera de discusión, es de destacar que los estatutos sociales de Zofranca no contempla que la aceptación debe ser enviada al representante legal de la sociedad emisora; por el contrario, del literal d) del artículo 10º de dichos estatutos se desprende que el comprador interesado sí debe comunicarle al enajenante su intención de compra y su desacuerdo sobre el precio de las acciones.

Con respecto al HECHO DÉCIMO QUINTO: No nos consta este concepto de la Dra Ana María Horrillo. Sin embargo, es de anotar que no es cierto que la transferencia realizada a mi poderdante OTM no se encuentra revestida de la juridicidad indispensable, porque como se probará en el plenario, a pesar que Polyban manifestó su intención de adquirir, no se comunicó con el enajenante, teniendo los medios para hacerlo, a efectos de coordinar el pago ni canceló el precio como elemento de la esencia del contrato de compraventa; a diferencia de OTM que sí se comunicó con la enajenante y coordinó el pago y lo efectuó.

Con respecto al HECHO DÉCIMO SEXTO: Es cierto. Mi cliente en ejercicio de su derecho adquirido, y en virtud de lo establecido en el párrafo primero del artículo Décimo de los estatutos y que Guillermo Sanclemente & Cia S en C. le había solicitado previamente el 19 de octubre de 2016 a Zofranca la inscripción de la venta, solicitó la inscripción de la venta en el libro de registro de acciones.

Con respecto al HECHO DÉCIMO SÉPTIMO: Es cierto. En cumplimiento de lo establecido en el párrafo primero del artículo Décimo de los estatutos sociales y en reconocimiento que mi cliente sí cumplió con su carga estatutaria, procedió a comunicarle mediante la misiva que cita el presente Hecho la inscripción, cancelación del anterior título y la expedición y entrega del nuevo.

Con respecto al HECHO DÉCIMO OCTAVO: No es cierto que la inscripción de la venta de las acciones en el libro de registro de acciones a favor de OTM intensifique la vulneración del derecho de preferencia a Polyban, porque no existe violación al derecho de preferencia de Polyban. Por el

contrario, a la demandante se le garantizó su derecho y lo ejerció tal como se probará; otra que es que no procedió a comunicarse con la enajenante para efectos de coordinar el pago, tal como lo dispuso las condiciones de la oferta, la comunicación emitida por Zofranca a todos los accionistas, el literal d) del artículo 10º de los estatutos, y no pagó. Además, los conceptos que son meras apreciaciones subjetivas de los emitentes no son obligatorios ni vinculantes para Zofranca SA.

Con respecto al HECHO DÉCIMO NOVENO: No nos costa la comunicación. Nos atenemos a lo probado de su existencia. No obstante, de existir esta comunicación es de resaltar que, según el dicho de la demandante, desde que manifestó su intención de compra el 18 de octubre de 2016, solo volvió a manifestarse con respecto a la negociación de las acciones de Sanclemente a través de esta misiva adiada 28 de marzo de 2018, es decir, un año y siete meses después.

El representante legal de Zofranca, en cumplimiento de lo establecido en el párrafo primero del artículo Décimo de los estatutos sociales y en reconocimiento que mi cliente sí cumplió con su carga estatutaria, procedió al registrar la venta en el libro de registro de acciones.

Con respecto al HECHO VIGÉSIMO: No nos costa la comunicación. Nos atenemos a lo probado de su existencia. No obstante, es de destacar, que si mi defendida aparece con 641 acciones es porque ha cumplido con su carga estatutaria en la adquisición de acciones de conformidad a los estatutos sociales y la Ley.

Con respecto al HECHO VIGÉSIMO PRIMERO: No nos consta. Sin embargo, se debe resaltar que no es cierto lo expresado en este Hecho, porque si se adjudicó la 249 acciones de Guillermo Sanclemente a favor de OTM fue sencillamente porque OTM cumplió su carga estatutaria y pagó el precio de las acciones, a diferencia de Polyban que si bien ejerció su derecho de preferencia, no se contactó con la vendedora y no pagó el precio. Además, los estatutos sociales no contemplan la obligación del representante legal de notificarle a la Junta Directiva sobre los traspasos por ser ineficaz a la luz del artículo 407 del C.Co.

Con respecto al HECHO VIGÉSIMO SEGUNDO: No es cierto el procedimiento planteado este hecho. No es cierto que sea costumbre reiterada por los socios interesados en una oferta de comunicar su aceptación a la administración de Zofranca para que ésta vele por el cumplimiento de los requisitos legales y estatutarios, y luego de vencido el termino para el ejercicio de tal derecho lo comunique al oferente, porque primero, para que una costumbre sea fuente de derecho y vinculante, se requiere cumplir lo establecido en los artículos 3 y 86 del Código de Comercio, que no es el caso.

Además, se le olvida a la parte Demandante que de acuerdo al artículo 4º del Código Comercio, las estipulaciones de los contratos (como es el de sociedad- estatutos sociales) validamente celebrado preferirán a las normas legales supletivas y a las costumbres mercantiles. Por lo tanto, el hecho de que un accionista como es OTM se comunique directamente con el enajenante para manifestar su intención de compra y coordinar con él el pago de las acciones que le correspondía según su participación accionaria, está ajustado y de acuerdo con lo preceptuado en el literal d) del artículo 10º de los estatutos sociales de Zofranca S.A.. por lo que mal puede la parte Demandante restarle valor a lo que ordena los estatutos sociales pretendiendo crear una supuesta costumbre reiterada. Y si algunos accionistas en los distintos procesos de venta de acciones, se comunican directamente con Zofranca S.A. para manifestar su intención de compra, es más válido y más ajustado a los estatutos sociales que un accionista se dirija directamente al enajenante y le comunique su intención de adquirir tal como lo indica el literal citado. Se probará que aunque algunos accionistas enviaron su comunicación a la administración de Zofranca en las distintas negociaciones, otros accionistas se comunicaron directamente con el enajenante tal como lo predica el literal d) del artículo 10º de los estatutos sociales.

En cuanto a los numerales que se indican en este hecho, procedo a responderlos así:

Al numeral 22.1: Es cierto sobre la existencia de estas comunicación, pero es de resaltar que los accionistas de la sociedad Zofranca S.A. son muchos y no solo Polyban y OTM.

Al numeral 22.2: Es un sub hecho que no es materia del proceso. Sin embargo, es cierto. Incluso, con esta comunicación se prueba que los accionistas tenían libertad o la opción de comunicarse con la sociedad vendedora, tal como desprende del literal d) del artículo Décimo de los estatutos y de la comunicación de la oferta remitida por Zofranca a cada uno de los accionistas del 13 de septiembre de 2016, y que por lo tanto no había costumbre reiterada de comunicarse con Zofranca, tal como lo quiere hacer ver la parte Demandante.

Al numeral 22.3: No nos consta. Nos atenemos a lo probado. Es más, este sub hecho no es materia de la presente litis.

Al numeral 22.4: No nos consta. Nos atenemos a lo probado. Es más, este sub hecho no es materia del proceso.

Al numeral 22.5: Es cierta la comunicación. No obstante, aunque este subhecho no es materia del presente litigio, es importante descollar que mi cliente en este proceso venta también comunicó su intención de compra directamente a Fiduagraria que era la administradora de las acciones del Patrimonio Autónomo Zeus, actuación que no fue rebatida en esa ocasión, lo que demuestra que no existía costumbre reiterada por los socios de comunicarse únicamente con Zofranca cuando de interés de compra de acciones se trataba, porque del literal d) del artículo décimo se desprende claramente la obligación estatutaria de los accionistas de comunicarse con el enajenante y en el caso concreto de esta venta, la comunicación que avisaba a los accionistas sobre la venta también ofrecía el correo electrónico y el teléfono de la fiduciaria.

Al numeral 22.6: Aunque este subhecho no es materia del presente litigio, se destaca que mi cliente en este proceso venta también comunicó su intención de compra directamente a Fiduagraria, tal como lo permite el literal d) del artículo Décimo de los estatutos, actuación que no fue rebatida en esa ocasión, lo que demuestra que no existía costumbre reiterada por los socios de comunicarse únicamente con Zofranca cuando de interés de compra de acciones se trataba. Tanto es así que la comunicación que avisaba a los accionistas sobre la venta también ofrecía el correo electrónico y el teléfono de la fiduciaria.

Al numeral 22.7: Aunque este subhecho no tiene que ver con el presente proceso, si se resalta que el accionista Juan Carlos Lemaitre Vélez, al igual que mi cliente OTM, también comunicó su intención de compra directamente a Fiduagraria, tal como lo permite el literal d) del artículo Décimo de los estatutos, actuación que no fue rebatida en ese proceso arbitral, lo que demuestra que no existía costumbre reiterada por los accionistas de comunicarse únicamente con Zofranca cuando de interés de compra de acciones se trataba.

Al numeral 22.8: Al igual que los subhechos anteriores, este tampoco es materia del presente litigio. Sin embargo, no es cierta la intención de la parte demandante de hacer creer que todas las ventas se hacen a través de Zofranca cuando de los subhechos anteriores se demuestra que no existía la costumbre de los accionistas de comunicarse únicamente con Zofranca cuando de interés de compra de acciones se trataba; al contrario, del mismo subhecho y de las pruebas aportadas con la demanda se prueba que este proceso de venta tres accionistas se comunicaban con el oferente y no con Zofranca.

Al numeral 22.9: Al igual que los subhechos anteriores, este subhecho tampoco es materia del presente litigio. Sin embargo, no es cierta la intención de la parte demandante de hacer creer que todas las ventas se hacen a través de Zofranca cuando de los subhechos anteriores se prueba que algunos accionistas se comunicaban con el oferente y no con Zofranca, tal como lo permite el literal d) del artículo Décimo de los estatutos sociales. Es decir, que en las diferentes negociaciones que ha habido, algunos socios comunicaban su interés a la administración de Zofranca, pero otros lo hacían directamente al enajenante por decirlo así los estatutos sociales.

Al numeral 22.10: Se destaca que este subhecho no es materia del presente proceso. No nos consta este subhecho. Nos atenemos a lo probado.

Al numeral 22.11: Al igual que los subhechos anteriores, este subhecho tampoco es materia del presente litigio. Sin embargo, no es cierta la intención de la parte demandante de hacer creer que todas las ventas se hacen a través de Zofranca cuando de los subhechos anteriores y de las pruebas arrojadas se demuestra que algunos accionistas se comunicaban directamente con el oferente y no con Zofranca, por permitirlo el literal d) del artículo Décimo de los estatutos sociales.

Con relación al HECHO VIGÉSIMO TERCERO: No es cierto que la actuación de mi cliente sea en contradicción con los estatutos y la supuesta costumbre seguida por Zofranca y los socios en relación con el ejercicio del derecho de preferencia. De los hechos de la demanda se infiere y así se probará que en procesos de venta de acciones algunos accionistas se comunicaban con Zofranca y otros se comunicaban directamente con el vendedor por así permitirlo el literal d) del artículo Décimo de los estatutos sociales, que a su tener dice. "...d.) *Si los accionistas o la sociedad que hubieren manifestado su intención de adquirir las acciones, consideran demasiado onerosa las condiciones de la enajenación proyectada, **y así lo comunican al enajenante en la carta en que dan noticias de su voluntad de adquirir las acciones**, se procederá a establecer el precio por medio de peritos nombrados por las partes o en su defecto por la Superintendencia de Sociedades...*" Es decir, que la actuación de mi cliente de comunicarse directamente con el enajenante es la que verdaderamente se ajusta al literal d) del artículo décimo de los estatutos de Zofranca. Por lo tanto es falso que exista supuesta costumbre que los accionistas avisaban su intención de compra directamente a Zofranca, es falso. Tanto es así, que en algunos proceso de venta, la comunicación del representante legal de Zofranca que avisa la oferta a los accionistas indicaba el número de contacto y correo electrónico del vendedor para efectos de comunicación directa.

Al numeral 23.1.: Aunque este subhecho no es materia del presente litigio, es cierta la comunicación de mi cliente, pero se destaca y se probará que en los procesos de venta, algunos accionistas al manifestar su intención de compra expresaban su interés en comprar la totalidad en caso de no hubiese otros interesados, incluido Polyban (hecho que no es ilegal ni contraria los estatutos). Además, se resalta que mi cliente en este proceso venta también comunicó su intención de compra directamente a Fiduagraria, tal como lo permite el literal d) del artículo Décimo de los estatutos, actuación que no fue rebatida en esa ocasión, lo que demuestra que no existía costumbre reiterada por los socios de comunicarse únicamente con Zofranca cuando de interés de compra de acciones se trataba. Tanto es así que la comunicación que avisaba a los accionistas sobre la venta también ofrecía el correo electrónico y el teléfono de la fiduciaria.

Al numeral 23.2.: Es parcialmente cierto este subhecho, explico: Es cierta la comunicación mi poderdante a Sanclemente donde manifiesta su interés en comprar las acciones que le correspondían según su participación accionaria y por la totalidad en caso de no haber interesados. Eso si es costumbre de varios accionistas en las diferentes negociaciones al manifestar su interés, manifiestan comprar según su participación accionaria, inclusive por la totalidad de las acciones en caso de no haber interesados. La fecha de recibo mentada comunicación es la fecha que aparece en el documento, esto es, 23 de septiembre de 2016. Pero es falso que Zofranca no tuvo conocimiento de la intención de compra de OTM. Además, es Zofranca quien debe notificar al vendedor las aceptaciones de la oferta que a ella le remitieron cosa que hizo mucho después de vencido el plazo de los 15 días. Además, es falso que mi cliente y Sanclemente hayan negociado la totalidad de las acciones antes que se surtieran los plazos, porque se probará que la negociación se realizó respetando los plazos del derecho preferencial, tanto que fue solo el 19 de octubre de 2016 (mucho de después de vencido los 15 días) cuando Guillermo Sanclemente le comunica a Zofranca sobre la venta a OTM que fue el único que se comunicó con la enajenante tal como lo dice literal d) del artículo 10º de los estatutos sociales de Zofranca S.A.. Es más, el compromiso de Guillermo Sanclemente y OTM para negociar la totalidad de las 249 acciones en caso que no hubiera otro accionista interesado y que pagara sus acciones en las condiciones de la oferta quedó plasmado en un documento suscrito por ambos donde se condicionaba el negocio respetando el ejercicio del derecho de preferencia y los derechos de los demás accionistas, lo que prueba la buena fe.

Con respecto al HECHO VIGÉSIMO CUARTO: Es cierto.

Con relación al HECHO VIGÉSIMO QUINTO: Es cierto y explico: Es cierto sobre la solicitud de convocatoria de tribunal de arbitramento para dirimir la misma controversia que se surte en este proceso; es cierto también, que se celebró audiencia de conciliación el 23 de abril de 2019 que fracasó. Pero se aclara que frustró, en el caso de OTM, por se consideró que no le asiste el derecho a la Demandante habida consideración que OTM cumplió su carga estatutaria con relación al ejercicio del derecho de preferencia y porque el negocio con Sanclemente se reputa válido por cumplir todos los elementos de la esencia y requisitos legales y estatutarios para su existencia.

Con respecto al HECHO VIGÉSIMO SEXTO: Es cierto.

Con relación al HECHO VIGÉSIMO SÉPTIMO: Es cierto que el mismo día 23 de septiembre de 2016, fecha en que OTM recibe la oferta de venta, mi poderdante, de manera diligente como cualquier buen comerciante, dirigió una comunicación a la sociedad Guillermo Sanclemente & Cia S en C. manifestándole primeramente su intención de comprar las acciones que le correspondían según su participación accionaria y en segundo lugar, también le manifestó en estar en capacidad económica de comprar la totalidad de las acciones en el evento de no haber accionistas interesados que pagaran sus acciones, y lo hizo a sí directamente con el enajenante, porque la comunicación de la oferta remitida por Zofranca a todos los accionistas que avisaba la oferta de la sociedad Guillermo Sanclemente indicaba el correo electrónico para efecto de comunicarse y coordinar el pago de las acciones, tal como lo ordena el literal d) del artículo Décimo de los Estatutos y ha sucedido en otros procesos de venta de acciones. Por lo tanto es falso que mi defendida haya manifestado solo su interés de comprar la totalidad de las acciones.

Con relación al HECHO VIGÉSIMO OCTAVO: Es cierto parcialmente, explico: Es cierto que mi cliente pagó, tal como lo confiesa la Parte Demandante, confesión que constituye prueba a la luz del inciso 2 del artículo 77, y artículos 191 y 193 del C.G.P. Pero no es cierto que la aceptación de mi defendida haya sido por todas las 249 acciones, pues de la comunicación del 23 de septiembre de 2016 se extrae dos manifestaciones: primero, su intención de ejercer su derecho de preferencia lo que le implicaba sujetarse a su proporcionalidad accionaria; y segundo, estar dispuesto a comprar la totalidad en el evento de no haber otro comprador. Es mas, se probará que en otros procesos de venta, algunos accionistas, incluido la misma Polyban manifestaban su interés de comprar no solo lo que le correspondía según su proporcionalidad, sino también las demás en caso de no haber interesados.

También es falso la afirmación según la cual OTM ignoró la participación accionaria de los demás accionistas interesados en la oferta, pues se probará que la sociedad que apoderado actuó bajo los más altos cánones de la transparencia, el respeto hacia los demás accionistas y la buena fe contractual, tanto que la intención de compra de la totalidad de las acciones, quedó plasmado en un compromiso suscrito con Guillermo Sanclemente el día 30 de septiembre de 2016 (7 días después de la manifestación de OTM de comprar) donde se condicionó la negociación de la totalidad de las 249 acciones en caso que no hubiera otro accionista interesado y que pagara sus acciones en las condiciones de la oferta, respetando los plazos del ejercicio del derecho de preferencia y los derechos de los demás accionistas.

Con respecto al HECHO VIGÉSIMO NOVENO: Es cierto.

Con relación al HECHO TRIGÉSIMO: No nos consta. Sin embargo, es de puntualizar, que de acuerdo a los estatutos sociales de Polyban Internacional S.A., la autorización al representante legal para celebrar contratos iguales o superiores a mil salarios mínimos mensuales legales vigentes requerían autorización "previa" al negocio y no posterior como lo pretende hacer ver la Parte Demandante.

Tocante al HECHO TRIGÉSIMO PRIMERO: No es un hecho, son apreciaciones subjetivas del apoderado de la Demandante. No obstante, es de aclarar que, no es cierto que el supuesto contrato de compraventa entre Guillermo Sanclemente y Cia S. en C. y Polyban Internacional S.A. se repute perfecto; incluso, es inexistente a la luz del artículo 898 del C.Co., no nació a la vida

jurídica, por cuanto no se verificó el pago del precio de las acciones como elemento de la esencia como lo indica el artículo 905 del Código de Comercio. Además, no se comunicó con el enajenante tal como lo indica el literal d) del art. 10º de los estatutos sociales de Zofranca y el artículo 407 del C.Co., por lo que existió consentimiento del vendedor.

Además, es de resaltar que los plazos del trámite del ejercicio del derecho de preferencia se contabilizan, según el literal b.) del artículo Décimo de los estatutos, "*Desde la fecha de recibo*" de la oferta del vendedor, que en el caso de marras es del 9 de septiembre de 2016.

Con respecto al HECHO TRIGÉSIMO SEGUNDO: No es un hecho, se consideran apreciaciones subjetivas del estimado colega. Sin embargo, no es cierto tales apreciaciones, porque primero, la transferencia de las 249 acciones se realizó de conformidad a los estatutos sociales y segundo, los estatutos sociales no establecen la obligación para el accionista interesado en adquirir de comunicarse con Zofranca dentro del plazo previsto en los estatutos; por el contrario, con la comunicación de Zofranca que avisa la oferta a todos los accionistas, se prueba que los accionistas tenían libertad o la opción de comunicarse con la sociedad vendedora, tal como desprende del literal d) del artículo Décimo de los estatutos. Por lo tanto la transferencia de las 249 acciones a la sociedad que apodero si se ajusta a la ley y a los estatutos de Zofranca S.A.

Con relación al HECHO TRIGÉSIMO TERCERO: No es un hecho, son apreciaciones subjetivas del estimado colega. Sin embargo, es importante resaltar que no es cierto que la enajenación de las 249 acciones haya violado el derecho de preferencia de la Demandante, por el contrario, se demostrará que se le garantizó su derecho. Además, OTM cumplió con su carga estatutaria, adquirió las acciones y la Zofranca en reconocimiento de su legítimo derecho inscribe la venta en libro de registro de acciones. La venta tampoco está viciada de nulidad absoluta, por cuanto el artículo 407 del C.Co., reitera que solamente sí los estatutos prevén el derecho preferencial, se debe cumplir con dicho trámite. Es decir que la norma confirma, que el derecho preferencial corresponde a un elemento accesorio de un contrato de sociedad, lo que corrobora su carácter dispositivo y no imperativo como lo afirma la parte Demandante.

## **II.- A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA:**

A la PRETENSIÓN PRIMERA: Nos oponemos totalmente a esta pretensión porque nunca hubo contrato entre GUILLERMO SANCLEMENTE & CIA S.A.S. (hoy CASTELLANA TECH COLOMBIA S.A.S.) como vendedora y POLYBAN INTERNACIONAL S.A. como compradora, sencillamente por no existe el pago del precio de las acciones como elemento de esencia del contrato de compraventa de acciones como lo ordena la oferta de venta y el artículo 905 y 947 del C.Co. tampoco existió consentimiento del enajenante para vincular las voluntades propio de los contratos bilaterales. La Demandante solo manifestó su intención de compra a un tercero ajeno de la relación contractual, pero no pagó el precio, y sin precio no hay contrato de compraventa.

A la PRETENSIÓN SEGUNDA: Nos oponemos absolutamente a esta pretensión porque primero, el contrato de compraventa celebrado entre mi poderdante OTM y GUILLERMO SANCLEMENTE no está viciado de nulidad absoluta ni de invalidez, por el contrario, se celebró observando la ley y los estatutos de Zofranca S.A., y porque segundo, no hubo transgresión del derecho de preferencia de la Demandante, es más, se le garantizó su derecho, lo que sucedió fue que comunicó su intención a un tercero ajeno al contrato, pero en su dejadez, no pagó el precio de las acciones que le correspondía.

A la PRETENSIÓN TERCERA: Nos oponemos totalmente a esta pretensión porque primero, no hay nulidad y/o invalidez del registro de la venta de las 249 acciones en el libro de registro de acciones a favor de mi cliente, porque si el contrato de compraventa celebrado entre mi poderdante y Guillermo Sanclemente no está viciado de nulidad absoluta ni de invalidez, por ende, tampoco su registro. Segundo, nunca hubo transgresión del derecho de preferencia de la Demandante, por el contrario, se probará que se le garantizó su derecho.

A la PRETENSIÓN CUARTA: Nos oponemos íntegramente a esta pretensión porque si no esta viciado de nulidad absoluta y/o invalidez el contrato de compraventa de acciones entre OTM y Guillermo Sanclemente, tampoco hay nulidad y/o invalidez del reparto de dividendos. Nunca hubo transgresión del derecho de preferencia de la sociedad Demandante, por el contrario, se probará que se le garantizó su derecho.

A la PRETENSIÓN QUINTA: Nos oponemos completamente a esta pretensión por las mismas razones de las anteriores. Nunca hubo desconocimiento del derecho de preferencia de la sociedad Demandante, por el contrario, se probará que se le garantizó su derecho. Además, nunca hubo contrato de compraventa entre Guillermo Sanclemente como vendedora y Polyban como compradora, por no existir el pago del precio de las acciones como elemento de esencia del contrato de compraventa de acciones de conformidad a la oferta de venta del vendedor y a los artículos 905, 947 y 899 del Código de Comercio. Tampoco hubo consentimiento del enajenante.

A la PRETENSIÓN SEXTA: Nos oponemos a esta pretensión por las mismas razones anteriores: si no nació a la vida jurídica el contrato de compraventa de acciones por no existir el pago del precio de las acciones como elemento de esencia de acuerdo a los artículos 905, 947 y 899 del C.Co., tampoco le asiste el derecho de pedir supuestos derechos derivados de su calidad de accionista, como dividendos con rendimientos y/o intereses.

A la PRETENSIÓN SÉPTIMA: Nos oponemos igualmente a esta pretensión por las mismas razones expresadas en contra de las anteriores pretensiones; si nunca existió contrato de compraventa de acciones por no existir el pago del precio de las acciones como elemento de esencia de conformidad a los artículos 947 y 899 del Código de Comercio y faltó el consentimiento del enajenante, tampoco le asiste el derecho de exigir perjuicios, costas y gastos del proceso, incluido agencias en derecho.

En cuanto a los paragrafos segundo, tercero y cuarto de esta pretensión, se considera apreciaciones subjetivas del Colega. Sin embargo, nos oponemos por cuanto no es cierto que la enajenación de las 249 acciones haya violado el derecho de preferencia de la Demandante, por el contrario, se probará que se le garantizó su derecho. Además, OTM cumplió con su carga estatutaria, adquirió las acciones y la Zofranca en reconocimiento de su legítimo derecho inscribe la venta en libro de registro de acciones. La venta tampoco está viciada de nulidad absoluta como lo pretende la parte Demandante, por cuanto se celebró observando la ley y los estatutos y por el artículo 407 del C.Co., reitera que solamente sí los estatutos prevén el derecho preferencial, se debe cumplir con dicho trámite. Es decir que la norma confirma, que el derecho preferencial corresponde a un elemento accesorio de un contrato de sociedad, lo que corrobora su carácter dispositivo y no imperativo como lo afirma la parte Demandante.

Nos oponemos igualmente a la afirmación que Zofranca es el sujeto regulador de la operación de venta, cuando del artículo Décimo ateniendo a la negociación de acciones se colige que Zofranca no cumple tal función.

### **III.- ARGUMENTOS EN CONTRA A LOS FUNDAMENTOS Y RAZONES DE DERECHO INVOCADOS POR LA DEMANDANTE:**

Nos oponemos a los fundamentos y argumentos de derecho esgrimidos por la Parte demandante, sencillamente porque no hubo violación del derecho de preferencia de la sociedad Polyban Internacional S.A., tal como lo quiere hacer ver el estimado colega.

Es evidente y así se probará, que nunca se desconoció el derecho de preferencia de Polyban en el trámite de venta de las acciones de Guillermo Sanclemente ( hoy Castellana Tech Colombia S.A.S.).

Guillermo Sanclemente & CIA S.A.S. ( hoy Castellana Tech Colombia S.A.S.), comunica a Zofranca los días 7 y 9 de septiembre de 2016 su intención de venta de sus acciones y le solicita se circule y comunique la oferta a todos los accionistas, indicando el precio por acción y la condición de pago de contado. Mediante comunicación del 13 de septiembre de 2016, pero enviada y recibida el día 23 de septiembre de 2016, Zofranca le comunica a todos los accionistas, incluyendo a Polyban, la oferta, indicando precio por acción, la forma de pago de contado, el plazo de los 15 días para manifestarse y el correo electrónico [guillo.sanclemente1@gmail.com](mailto:guillo.sanclemente1@gmail.com), para efecto de comunicarse con el accionista vendedor y coordinar el pago.

OTM manifestó por escrito su intención de compra a Guillermo Sanclemente, el mismo día 23 de septiembre de 2016, y se comunica con la vendedora para coordinar el pago de las acciones que le correspondía de acuerdo a su participación accionaria; mientras que la Demandante **calla, no se comunica con el enajenante tal como lo ordena el literal d) del artículo 10º de los estatutos sociales de Zofranca S.A.** a pesar que contaba con el correo electrónico del representante legal de la sociedad vendedora a fin de coordinar el pago de las acciones, **no lo hizo y no pagó**, incumpliendo así su obligación de pagar el precio en la forma condicionada en la oferta.

OTM se comprometió de no haber otro interesado que pagara las acciones, en adquirir la totalidad de las acciones, y vencido el termino de los 15 días y al enterarse mi cliente OTM que ningún otro accionista se había comunicado con la vendedora ni había pagado, compró las 249 acciones.

Al no pagar el precio de las acciones que proporcionalmente les correspondían los que manifestaron su interés (incluido Polyban), y al haber guardado silencio ante el vendedor aun cuando tenía el correo electrónico de Guillermo Sanclemente Duarte, representante legal de la enajenante, tácitamente manifestaron su desinterés en seguir con el negocio. Pues, era necesario que el consentimiento manifestado, en ejercicio de su derecho de preferencia, se materializara con actos positivos que manifestaran la voluntad de pago de las acciones o permitieran suponer de modo inequívoco que seguía con el negocio, como por ejemplo: comunicarse con la sociedad vendedora o con Zofranca, a efectos de coordinar el pago.

Ante la ausencia de actos positivos posteriores a su manifestación de compra que mostraran su voluntad de pago, ante el silencio de Polyban y paso del tiempo, y ante la condición del pago, la vendedora quedó en libertad para venderle a quien quiso, esto es, a otra accionista, OTM. Tanto es así, que la Demandante no se manifestó sobre el tema de la venta de las acciones sino hasta el 26 de marzo de 2018, es decir, después de un año y 7 meses de su manifestación de compra del 14 de octubre de 2016.

De otro lado, es equivocado el argumento según el cual la negociación de acciones desconociendo el derecho de preferencia consagrado en los estatutos (que no es el caso sub examine), queda viciada de nulidad absoluta, por supuesta violación de norma imperativa, pues según esta errada vertiente doctrinal y jurisprudencial, cuando los estatutos contemplan tal procedimiento, este se convierte en ley para las partes, según el artículo 1602 del Código Civil. Esta desafortunada jurisprudencia y doctrina utilizada por el colega es ciertamente equivocada, pues equipara los pactos contractuales a la norma imperativa, bajo el pretexto que lo pactado se convierte en ley para las partes, según el artículo citado y por lo tanto, si estatutariamente se convino el derecho preferencial en la negociación de acciones, su omisión generaría nulidad absoluta. Nada más contrario a la realidad jurídica, pues las cláusulas de un contrato, si bien son obligatorias para las partes, cuando se transgreden producen un incumplimiento contractual que dará lugar a la ejecución o resolución del contrato, con la consiguiente indemnización de perjuicios, pero no a la declaratoria de invalidez contractual.

Algo parecido sucede con el artículo 403 del Código de Comercio esgrimido como fundamento. Parte de la jurisprudencia y de la doctrina concluye que la negociación de acciones sin cumplir el procedimiento del derecho de preferencia (que no es el caso bajo marras), origina nulidad absoluta por desconocer el art. 403 del estatuto mercantil, norma, supuestamente imperativa. De una lectura sensata y literal del mentado artículo, se concluye todo lo contrario: consagra el principio

general de la libre negociación de acciones, salvo que estatutariamente se convenga el derecho preferencial, por lo que, si se admite pacto en contrario, es claro que dicho precepto no corresponde a una norma imperativa y por lo ende, mal hace el colega hablar de nulidad absoluta.

### III.- EXCEPCIONES DE FONDO:

#### 1. EXCEPCIÓN DENOMINADA. "INEXISTENCIA DE VIOLACIÓN DEL DERECHO DE PREFERENCIA DE POLYBAN INTERNACIONAL S.A."

Exponemos la presente Excepción de Fondo de manera principal y de la siguiente forma:

Nos oponemos totalmente a los fundamentos de hecho y de derecho esgrimidos por la Parte demandante, en especial contra el argumento de hacer creer que hubo violación de su derecho de preferencia dentro del trámite de venta de las acciones de Guillermo Sanclemente & Cia S.A.S. (hoy Castellana Tech Colombia S.A.S.) cuando se probará que no hubo tal violación.

Es evidente que nunca se desconoció el derecho de preferencia de la Demandante en el citado trámite de venta de acciones, veamos:

1. Guillermo Sanclemente, comunica a Zofranca su intención de vender sus acciones mediante correo electrónico del 7 de septiembre de 2016 (lo confirma con comunicación del 9 de septiembre de 2016), y le solicita se circule y comunique la oferta de venta a todos los accionistas para que las adquieran, indicando el precio por acción y la condición de pago de contado, dice la comunicación.

2. Mediante comunicación fechada 13 de septiembre de 2016, pero recibida el día 23 del mismo mes y año, Zofranca, le comunica a todos los accionistas, **incluyendo a Polyban** la oferta, indicándoles: i) precio de cada acción, ii) la forma de pago de contado, iii) el plazo de los 15 días de que gozan los accionistas para manifestarse, y iv) **el correo electrónico guillo.sanclemente1@gmail.com, para efecto de comunicarse con el accionista vendedor y coordinar el pago.**

3. OTM manifestó por escrito su intención de compra el mismo día de su notificación, esto es, el 23 de septiembre de 2016, mientras que Polyban, según la demanda manifestó su intención de adquirir el 14 de octubre de 2016.

4. OTM se comunica con la vendedora para coordinar el pago de las acciones que le correspondía de acuerdo a su participación accionaria; mientras que Polyban **calla**, a pesar de contar con el correo electrónico del gerente de la sociedad vendedora para coordinar el pago de las acciones, **no lo hizo y no pagó**, incumpliendo así su obligación principal como comprador según el artículo 947 del Código de Comercio de pagar el precio en la forma condicionada por la vendedora.

Es de resaltar, que de conformidad al artículo 407 del Código de comercio, si en los estatutos sociales se estipula el derecho preferencial en la negociación de acciones, en ellos se indicarán los plazos y condiciones dentro de las cuales la sociedad o los accionistas podrán ejercerlo; pero, el precio y la forma de pago de las acciones serán fijados en cada caso por los interesados, **es decir que el pago, su fijación y forma de pago, como elemento esencial del contrato de compraventa de acciones, serán determinados por los interesados (vendedor y comprador) extra estatutos por ser un aspecto del resorte propio de las partes del negocio;** incluso, de la lectura del literal d) del artículo Décimo de los estatutos sociales se deduce que los accionistas interesados deben comunicarse con el enajenante sea para manifestar su interés, fijar el precio, la forma de pago o para manifestar su desacuerdo en cuanto al precio, dice el citado aparte estatutario:

*"...d.) Si los accionistas o la sociedad que hubieren manifestado su intención de adquirir las acciones, consideran demasiado onerosa las condiciones de la enajenación proyectada, **y así lo comunican al enajenante en la carta en que dan noticias de su voluntad de adquirir las acciones**, se procederá a establecer el precio por medio de peritos*

*nombrados por las partes o en su defecto por la Superintendencia de Sociedades...*" (Lo subrayado y negrillas es ajeno al texto)

Lo que quiere decir que Zofranca al indicar el correo [guillo.sanclemente1@gmail.com](mailto:guillo.sanclemente1@gmail.com) en la comunicación que da aviso a los accionsitas sobre la venta de las acciones, le dio cumplimiento al artículo 407 del C.Co. y a los estatutos, dándole a los accionsitas interesados el medio para se comunicaran con la enajenante a fin de coordinar el pago o manifestasen su desacuerdo en cuanto al precio por considerarlo oneroso. Sin embargo, Polyban no lo hizo.

5. Vencido el termino de los 15 días y al enterarse OTM S.A.S. que ningún otro accionista se había comunicado con la vendedora ni había pagado, compró la totalidad de las acciones.

Al no haber pagado el precio de las acciones que proporcionalmente les correspondían los que manifestaron su interés (incluido Polyban), al haber guardado silencio Polyban ante el vendedor aun cuando tenía el correo electrónico de Guillermo Sanclemente Duarte, representante legal de la enajenante, para efecto de comunicarse, tácitamente manifestó su desinterés en seguir con el negocio. Pues, el silencio como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia, no equivale a aceptación, pues la mudez de la persona no significa consentir la relación contractual, por lo cual era necesario que el consentimiento manifestado por Polyban, en ejercicio de su derecho de preferencia, se materializara con actos positivos que manifestaran la voluntad de pago o permitieran suponer de modo inequívoco que seguía con el negocio, como por ejemplo: comunicarse con la sociedad vendedora, a efectos de coordinar el pago.

Ante la ausencia de actos positivos posteriores a su manifestación de compra que mostraran su voluntad de pago, ante su silencio y paso del tiempo, y ante la condición del pago "de contado", la vendedora quedó en libertad para venderle a quien quiso, esto es, a otra accionista, OTM. Tanto es así, y se probará, que Polyban no se manifiesta más sobre el tema de la venta de las acciones sino hasta el 26 de marzo de 2018, es decir, después de un año y 5 meses contados desde la manifestación que hizo de adquirir las acciones el 14 de octubre de 2016.

En el mismo sentido, la Supersociedades ha dicho que:

*cualquier asociado que pretenda enajenar total o parcialmente sus partes alícuotas deberá ofrecerlas a los demás socios para que sean éstos en primer lugar quienes tengan la posibilidad de adquirirlas, de manera que sólo si éstos manifiestan expresa **o tácitamente su desinterés por todas** o algunas, **puedan ser adquiridas por terceros** (Oficio 220-182158 del 20 de septiembre de 2016.*

Finalmente, mal puede decir la Demandante que hubo violación de su derecho de preferencia, porque como se ha expuesto a lo largo de esta excepción, y es a la vez paladino, que la venta a favor de OTM observó los estatutos sociales, y a la Demandante se le garantizó su derecho de preferencia en todo el mentado trámite de venta. Se pregunta y se responde:

1. ¿Cuando Guillermo Sanclemente & cia S.A.S. comunicó su oferta de venta el día 7 de septiembre de 2016, excluyó a Polyban? **Respuesta: No**, esto se prueba con las comunicaciones del 7 y 9 de septiembre de 2016 procedente de la vendedora dirigido a Juan Lemaitre Velez, representante legal de Zofranca;
2. ¿Zofranca al comunicar y circular la oferta de venta a sus accionistas, excluyó a Polyban? **Respuesta: No**, esto se prueba con la carpeta del trámite de la venta, donde están todas las comunicaciones emitidas por la sociedad emisora donde también aparece la remisión a la Demandante y su recibo el 23 de septiembre de 2016;
3. ¿Se le impidió a Polyban ejercer su derecho de preferencia para manifestar si estaba interesada o no en adquirir las acciones de acuerdo a su participación accionaria? **Respuesta: No**, eso se prueba con el correo electrónico del 14 de octubre de 2016 y la misiva del 14 de octubre de 2016

pero recibida por Zofranca el 18 de octubre, mediante el cual Polyban le comunica a Zofranca su intención de adquirir las acciones;

4. ¿Se le negó a Polyban el derecho que como accionista tenía en el ejercicio de su derecho de preferencia, para comunicarse con el vendedor para efectos de coordinar el pago de las acciones conformidad al literal d) del artículo Décimo de los estatutos sociales y del artículo 407 del Código de Comercio? **Respuesta: No**, eso se prueba con la carpeta del trámite de venta donde están todas las comunicaciones emitidas por la sociedad emisora informando la oferta, donde también se indica el correo electrónico [guillo.sanclemente1@gmail.com](mailto:guillo.sanclemente1@gmail.com) para que los accionsitas se comunicaran con el representante legal de la vendedora y coordinar el pago de las acciones. Además, es de conocimiento que los accionsitas unos a otros se conocen y se tratan entre si por lo que nada le impedía a la Demandante realizar gestiones para comunicarse con el enajenante y pagar.

Como vemos, a la Demandante se le garantizó su derecho de preferencia durante el trámite; entonces qué falló? No queda dudas que fue la Demandante la que falló al callar, al no comunicarse con la enajenante como lo ordena los estatutos, dejar pasar el tiempo y no ser diligente en materializar su intención de compra con actos positivos que manifestaran la voluntad de pago o permitieran suponer de modo inequívoco que seguía con el negocio.

Por lo tanto, Señor Juez, como quiera que no existe transgresión del derecho de preferencia de la Demandante, acoga en su integridad esta excepción de fondo y rechace de plano todas las pretensiones de la demanda.

## **2. EXCEPCIÓN LLAMADA: "INEXISTENCIA DE NULIDAD ABSOLUTA Y/O INVALIDEZ DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA ENTRE GUILLERMO SANCLEMENTE & CIA S.A.S. (hoy CASTELLANA TECH COLOMBIA S.A.S.) Y OPERACIONES TÉCNICAS MARINAS S.A.S.":**

Formulo la presente excepción de mérito con carácter accesorio y alternativo en caso de que la anterior excepción no prospere:

Según el artículo 899 del C.Co, será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos: 1) Cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa; 2) Cuando tenga causa u objeto ilícitos, y 3) Cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz.

No es cierto, que el contrato de compraventa de acciones celebrado entre mi cliente OTM y la vendedora Castellana Tech Colombia S.A.S. (antes Guillermo Sanclemente & cia S.A.S.) sea nulo absolutamente por haber supuestamente violado el ejercicio del derecho de preferencia de la Demandante. A la luz del artículo citado, el contrato reprochado no contrarió una norma imperativa, no tuvo objeto o causa ilícita, ni fue celebrado por personas absolutamente incapaz; por el contrario, ambas sociedades vendedora y compradora respectivamente, cumplieron totalmente los estatutos sociales de Zofranca S.A. y el artículo 407 del C.Co., inclusive.

Veamos a través de lo acaecido en el trámite de venta y el presupuesto legal, que no existe nulidad absoluta el negocio celebrado entre OTM con Guillermo Sanclemente:

### **i) 1er caso: Cuando contraría una norma imperativa:**

Según la demanda, el contrato de compraventa de acciones está supuestamente viciado de nulidad absoluta por desconocer y violar el derecho de preferencia de la sociedad Demandante, cuando no es así. Dice el artículo 407 del C.Co, tocante a la negociación de acciones nominativas con derecho preferencial:

*"Si las acciones fueren nominativas y los estatutos estipularen el derecho de preferencia en la negociación, se indicarán los plazos y condiciones dentro de los cuales la sociedad o los accionistas podrán ejercerlo; pero el precio y la forma de pago de las acciones serán fijados en cada caso por los interesados y, si éstos no se pusieren de acuerdo, por peritos designados por las partes o, en su defecto, por el respectivo superintendente. No surtirá ningún efecto la estipulación que contraviniera la presente norma..."* (Lo subrayado es ajeno al texto original)

De la norma transcrita, se desprende los siguientes aspectos legales que son corroborados con hechos sucedidos en el trámite de venta, y que prueban que no se le violó ni desconoció el derecho de preferencia a Polyban ni se transgredió el artículo 407 del C.Co., veamos:

- La norma reitera que solamente sí los estatutos prevén el derecho preferencial, se debe cumplir con dicho trámite. Es decir, confirma que el derecho preferencial corresponde a un elemento accesorio de un contrato de sociedad, lo que corrobora su carácter dispositivo y no imperativo como lo afirma la parte Demandante.
- Al leer el artículo Décimo de los estatutos sociales de Zofranca, se encuentra estipulado el ejercicio del derecho de preferencia para la negociación de acciones.
- En dicho artículo, se indican los plazos y condiciones dentro de los cuales la sociedad o los accionistas podrán ejercer su derecho de preferencia.
- Mediante correo electrónico del 7 de septiembre de 2016 y confirmado mediante correo del 9 del mismo mes, la enajenante comunica a Zofranca su intención de enajenar sus 249 acciones y le solicita se circule y comunique la oferta de venta a todos los accionistas;
- Mediante comunicación del 13 de septiembre de 2016, pero recibida el 23 de septiembre de 2016, Zofranca s.a., le comunica a todos sus accionistas, incluyendo a Polyban la oferta de venta ;
- En las comunicaciones, se indican los plazos y condiciones de la negociación, el precio de cada acción, la forma de pago y el plazo de los 15 días de que gozan los accionistas para manifestarse;
- Al leer las aludidas comunicaciones, se observa que Zofranca en cumplimiento del artículo 407 ibidem y del literal d) de los estatutos, le indica a todos los accionistas el correo electrónico del representante legal de la sociedad vendedora para efecto de comunicarse y coordinar el pago de las acciones.
- Todos los accionistas, incluyendo OTM y Polyban, recibieron la comunicación de la oferta.
- Mediante misiva del mismo día 23 de septiembre de 2016, OTM le manifiesta a la sociedad Guillermo sanclemente & cia S.A.S., su intención de comprar,
- Al leer la demanda, se observa que Polyban también manifestó su intención de adquirir a un tercero, esto es, a Zofranca S.A., supuestamente el 14 de octubre de 2016;
- Mi poderdante OTM se comunica con la vendedora para efectos de coordinar el pago de las acciones que le correspondía de acuerdo a su participación accionaria y se compromete en el caso de no haber quien pagara el resto de las acciones, y respetando el derecho de preferencia de los accionistas, a adquirir el resto de las acciones;
- Polyban **calla**, a pesar de contar con el correo electrónico del representante legal de la sociedad vendedora a fin de coordinar el pago, **no lo hizo, nunca se comunicó con la**

**enajenante para obtener el consentimiento de éste y no pagó,** incumpliendo así su obligación principal de pagar el precio en la forma condicionada en la oferta.

- Zofranca recibió correo electrónico del vendedor del 19 de octubre de 2016, donde le expresa que solo OTM lo había contactado manifestando su intención de compra y en vista que se había vencido el plazo de los 15 días y no se le comunicó otro interesado, le había vendido las acciones;
- Zofranca realizó la inscripción en libro de registro de acciones la venta válida de las acciones a favor del único comprador OTM; anula y expide el nuevo título No. 334 del 15 de febrero de 2018, y así lo notificó mediante comunicación del 22 de febrero de 2018.

Como vemos de los hechos transcritos y que se probaran en el proceso, los artículos 403 y 407 del Estatuto Mercantil, así como los estatutos sociales fueron cumplidos dentro del trámite de venta de las 249 acciones de Guillermo sanclemente, tanto por OTM como por Guillermo Sanclemente. Además, como se expuso atrás, el art 407 reitera que el derecho preferencial corresponde a un elemento accesorio de un contrato de sociedad, lo que corrobora su carácter dispositivo y no imperativo como lo afirma la parte Demandante.

#### **ii) 2º caso: Cuando tenga causa ilícita:**

El contrato de compraventa de acciones reprochado por la Demandante, NO está viciado de nulidad absoluta por causa ilícita, por cuanto el móvil del negocio fue adecuado a la ley, a las buenas costumbres y al orden público.

En efecto, habrá causa ilícita cuando los móviles que induzcan a la celebración del contrato sean ilícitos, esto es, contraríen la ley, las buenas costumbres o el orden público y sean comunes o conocidos por todos los socios (Supersociedades Oficio 220-127410 Del 03 de Noviembre de 2011)

Descendiendo al caso sub examine, el contrato de compraventa de acciones entre la sociedad Guillermo Sanclemente vendedora y la sociedad OTM compradora, no fue motivado por causa ilícita sino por el interés legítimo de la primera de vender sus acciones y de la segunda de adquirir acciones en ejercicio de su derecho preferencial tal como se demuestra con su comunicación adiada 23 de septiembre de 2016.

#### **iii) 3er caso: Cuando tenga Objeto ilícito:**

Asimismo, el contrato de compraventa de acciones reprochado NO está viciado de nulidad absoluta por objeto ilícito, por cuanto, el objeto del contrato fueron las 249 acciones nominativas de propiedad de Guillermo Sanclemente & cia S.A.S., nada que contraviniera la ley. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 1519 y 1521 del Código Civil.

Descendiendo al caso de marras, las prestaciones a que se obligaron las partes como vendedora y como compradora, en desarrollo del citado contrato, estaban ajustadas a derecho, estaban en el comercio, podían transferirse y no estaban embargadas; veamos:

- La cosa lícita a vender: las 249 acciones de Guillermo sanclemente & cia S.A.S. Las 249 acciones estaban en el comercio, razón por la cual se ofrecen en venta.
- Podían transferirse, previo el agotamiento del trámite del derecho de preferencia de conformidad al artículo 10º de los Estatutos Sociales de Zofranca.
- Las 249 acciones objeto del contrato no estaban embargadas
- Por su Parte, OTM como comparadora, pagó el precio de las acciones con recursos legales propios.
- Todo el trámite se hizo ajustado a los artículos 403, 406 y 407 del Código de Comercio y los estatutos sociales.

#### **iv) 4º caso: Cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz:**

Además, el Contrato acusado, NO está viciado de nulidad absoluta por haberse celebrado por persona absolutamente incapaz. Toda vez que tanto Guillermo Sanclemente y OTM tenían plena capacidad legal y estatutaria para suscribir el tan mentado Contrato.

Según el Código de Comercio: "*La capacidad de la sociedad se circunscribirá al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto.*".<sup>1</sup>

De la lectura, del objeto social de la sociedad vendedora, consignado en el certificado de existencia y representación legal aportado en el proceso, se deduce su capacidad para vender acciones:

**"[...] (3.1) La adquisición y la enajenación, a cualquier título jurídico, de cualquier tipo de activos [...] (3.7) La adquisición de cualquier tipo de activos, en su administración y enajenación [...] podrá realizar cualquier acto mercantil lícito [...] podrá adquirir y enajenar toda clase de bienes, muebles [...]"**

Por su parte, OTM también tenía capacidad para adquirir las acciones, dice su objeto social:

**"[...] En desarrollo de sus objetivos la sociedad podrá: adquirir [...] toda clase de bienes, sean muebles [...] celebrar toda clase de contratos con títulos-valores [...] y en general, celebrar todo acto de comercio lícito que conlleve al mejor desarrollo de su objeto social. Además, la sociedad podrá realizar cualquier actividad comercial o civil, lícita [...]"**

Como vemos, tanto vendedora como compradora, eran plenamente capaces para celebrar el contrato de compraventa de las 249 acciones, tal como sucedió.

De lo expuesto en esta excepción se concluye sin ninguna duda, que el Contrato no está viciado de nulidad absoluta tal como alega la Demandante en su demanda, por el contrario, es perfectamente válido, por cuanto el Contrato no está inmerso en ninguna de los casos contemplados en el artículo 899 del Código de Comercio y artículos 1519 y 1521 del Código Civil.

Por lo tanto, Señor Juez, acoga en su integridad esta excepción de fondo y rechace de plano todas las pretensiones de la demanda.

### **3. EXCEPCIÓN DENOMINADA: "EQUIVOCADA INTERPRETACIÓN DEI ARTÍCULO 407 DEL CÓDIGO DE COMERCIO COMO NORMA IMPERATIVA".**

Formulo la presente excepción de mérito con carácter accesorio y alternativo en caso de que las anteriores excepciones no prosperen:

Señor Juez, es equivocado el argumento de la Demandante según el cual la negociación de acciones desconociendo el derecho de preferencia consagrado en los estatutos (que no es el caso sub examine), queda viciada de nulidad absoluta, por supuesta violación del artículo 407 del Código de Comercio como norma imperativa; pues según esta errada vertiente doctrinal y jurisprudencial, cuando los estatutos contemplan tal procedimiento, este se convierte en ley para las partes, según el artículo 1602 del Código Civil. Esta desafortunada jurisprudencia y doctrina utilizada por el colega es ciertamente equivocada, pues equipara los pactos contractuales a la norma imperativa, bajo el pretexto que lo pactado se convierte en ley para las partes, según el artículo citado y por lo tanto, si estatutariamente se convino el derecho preferencial en la negociación de acciones, su omisión generaría nulidad absoluta. Nada más contrario a la realidad jurídica, pues las cláusulas de un contrato, si bien son obligatorias para las partes, cuando se transgreden producen un incumplimiento contractual que dará lugar a la ejecución o resolución del contrato, con la consiguiente indemnización de perjuicios, pero no a la declaratoria de invalidez contractual.

<sup>1</sup> Artículo 99 del Código de Comercio Colombiano.

Algo parecido sucede con el artículo 403 del Código de Comercio esgrimido también por la Demandante como fundamento. Parte de la jurisprudencia y de la doctrina concluye que la negociación de acciones sin cumplir el procedimiento del derecho de preferencia (que no es el caso bajo marras), origina nulidad absoluta por desconocer el art. 403 del estatuto mercantil, norma, supuestamente imperativa. De una lectura sensata del mentado artículo, se concluye todo lo contrario: consagra el principio general de la libre negociación de acciones, salvo que estatutariamente se convenga el derecho preferencial, por lo que, si se admite pacto en contrario, es claro que dicho precepto no corresponde a una norma imperativa y por lo ende, mal hace el colega hablar de nulidad absoluta.

Pero para entender más esta excepción, Señor Juez, me permito traer a colación la noción de una norma imperativa, una norma dispositiva y norma supletiva:

Según la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, la **norma imperativa** son<sup>2</sup>:

*"(...) las normas de observancia forzosa, obligatoria, imprescindible e ineludible, impuestas por el legislador a contrariedad de sus destinatarios al obedecer al ius cogens un orden público, intereses vitales de mayúscula significación e importancia y, por ello, no admiten en forma alguna discusión, sustitución, exclusión, alteración, modificación ni aplicación e interpretación extensiva o analógica y comportan restricciones a la autonomía privada y libertad particular, por lo cual, se comprende su efecto vinculante y la imposibilidad de extenderlas a casos análogos y próximos (...)"*

En otras palabras, se entiende por norma imperativa, toda disposición sustantiva de obligatorio cumplimiento y que no admite disposición en contrario, tanto que si se trata de un precepto de carácter general, o especial.

Por su lado, y según la misma Sentencia, las **normas dispositivas**

*"(...) disponen singulares regulaciones susceptibles de variación y sustitución por los particulares en atención a sus concretos intereses dentro del ámbito reconocido a su libertad y, en todo caso, con sujeción a las directrices legales, la función práctica o económica social y la orientación del acto (...)"* <sup>3</sup>

Y en cuanto a la **norma supletiva**, dice el citado fallo:

*"(...) son las destinadas a suplir el vacío específico de las partes actuando en caso de silencio o ausencia de pacto, en defecto de previsión o estipulación integrando la regulación intereses (...)"* <sup>4</sup>

En sentencia más reciente, la misma corporación ratificó la clasificación de las normas, y dijo:

*" (...) Las reglas legales, según una antigua clasificación, son supletorias, dispositivas o imperativas. En la primera categoría están las que rigen en defecto de específica previsión de las partes, en ausencia de estipulación alguna y, por ello, suplen el silencio de los sujetos (...)*  
**El segundo tipo obedece a la posibilidad reconocida por el ordenamiento jurídico para disponer, variar, alterar o descartar la aplicación de una norma. Trátase de preceptos susceptibles de exclusión o modificación en desarrollo de la autonomía privada, libertad contractual o de contratación. Son imperativas aquellas cuya aplicación es obligatoria y se impone a las partes sin admitir pacto en contrario (...)** De suyo esta categoría atañe a materias del ius cogens, orden público social, económico o político, moralidad, ética colectiva o buenas costumbre, restringen o cercenan la libertad en atención

<sup>2</sup> Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 1 de julio de 2008, expediente 2001-00803-01.

<sup>3</sup> Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 1 de julio de 2008, expediente 2001-00803-01.

<sup>4</sup> Ibídem

*a la importancia de la materia e intereses regulados, son t axativas, de aplicación e interpretación restrictivas y excluyen analogía legis o iuris”<sup>5</sup> (Lo sombreado es ajeno al texto)*

Luego de clasificar las norma legales, hay que anotar, que el artículo 407 del Estatuto Mercantil, solamente resulta aplicable si los estatutos sociales han consagrado el derecho preferencial en la negociación de acciones, por lo que tal estipulación (el derecho preferencial), ni si quiera corresponde a un elemento de la naturaleza del contrato de sociedad anónima, sino se refiere a un elemento accidental del contrato, al punto que en los estatutos sociales se pueden prever que no exista preferencia a favor de los socios; incluso, la asamblea de accionistas pueden disponer que la colocación [venta] se haga sin sujeción a preferencia de ninguna naturaleza.<sup>6</sup>

Efectivamente, el derecho preferencial en la negociación de acciones no est  regulado en ninguna norma mercantil de carácter imperativo y, por el contrario, corresponde a un simple elemento accidental del contrato de sociedad anónima, que admite pacto en contrario. En efecto, como ya lo manifestamos, el artículo 403 del Código de Comercio dispone el principio general de la libre negociación de acciones, principio que bien puede limitarse, cuando estatutariamente se predique el derecho preferencial. Tanto es así, que la Supersociedades mediante Oficio del 7 mayo de 2012, dijo:

*“ (...) la limitación en su negociación a través del derecho de preferencia que previó, a favor ya sea en pro de la compa a o de los mismos accionistas. Por tal razón la respuesta a su interrogante es que las normas que regulan el derecho de preferencia en la negociación de acciones no son imperativas, por lo que, de encontrarse estatutariamente incluidas cláusulas que prevean limitantes a la libre negociabilidad de las acciones, las mismas podrán ser abolidas del contrato social a través de su correspondiente reforma (...)”<sup>7</sup>*

Es la misma ley la que determina una consecuencia diferente a la sostenida por Polyban, teoría errónea consistente en que el derecho preferencial en la negociación de acciones debe siempre respetarse porque su prescripción se estableció mediante norma imperativa. Casualmente, el referido artículo 403, que corresponde a norma simplemente dispositiva, contempla el principio contrario, esto es, que las acciones de una sociedad anónima se negocian libremente y sin sujeción a ninguna restricción. La excepción, se produce cuando estatutariamente se consagre el derecho preferencial.

La mayor confusión proviene, Señor Juez, de la mala interpretación del siguiente aparte del artículo 407 del Código de Comercio: *No surtirá ningún efecto la estipulación que contraviene la presente norma.* Sea lo primero anotar, que la remisión a “La presente norma” es integral y como ya se indicó, en su parte inicial, reitera que el derecho preferencial corresponde a un simple elemento accidental del contrato social. Por lo tanto, el sentido natural del aparte normativo transcrito anteriormente, es, que si los socios deciden pactar derecho preferencial en la negociación de acciones, solo en ese evento, los socios se tendrán que sujetar al trámite previsto en el artículo 407, siendo ineficaz cualquier previsión contractual que contraría el procedimiento establecido en el referido artículo 407. Se itera, es ineficaz y no nulidad absoluta, tal como lo dispone el artículo 897 del Código de Comercio, que expresa que cuando en este Código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho y no nulo.

De manera que como bien lo dice Jorge Hernán Gil Echeverry en su obra La Nulidad Absoluta en contratación mercantil, la prohibición legal, se establece es en razón a la consagración de un procedimiento diferente al previsto en la ley, cuando quiera que los estatutos opten por incluir el derecho preferencial, disponiendo la ineficacia de la respectiva cláusula contractual y no la nulidad

<sup>5</sup> Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 6 de marzo de 2012, expediente 11001-3103-010-2001-00026-01.

<sup>6</sup> Martínez Neira, Néstor Humberto, Cátedra de derecho contractual societario, Bogotá, 2  Ed. Temis, p.547

<sup>7</sup> Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-026873 de mayo de 2012

absoluta de la misma, como equivocadamente también se considera. En efecto, cuando el artículo 407 dice que no surtirá ningún efecto la estipulación que contraviere dicho precepto, está consagrando la ineficacia de pleno derecho<sup>8</sup> del aparte contractual y estatutario que regule el derecho preferencial en la negociación de acciones en forma diferente a lo previsto en la referida norma, pero ni por semejas, está predicando nulidad absoluta, y menos, la ineficacia de los contratos de compraventa de acciones que se realicen, pretermitiendo el derecho preferencial.<sup>9</sup>

Se insiste, la ineficacia se predica es con respecto a la estipulación estatutaria y no en razón a los futuros contratos de compraventa y enajenación de acciones, lo cual significa que, si el pacto estatutario contradice en algo el procedimiento predeterminado en el artículo 407, que habla sobre plazos, condiciones, precio y la forma de pago, simplemente, tal pacto se deja sin efecto, sin necesidad de declaración judicial, y como consecuencia, la negociación de acciones debe sujetarse íntegramente al trámite del derecho preferencial establecido por el legislador en el referido precepto, pero se itera, cuando los estatutos hayan optado por establecer el trámite preferencial.

Por lo tanto, Señor Juez, erró la parte Demandante al considerar que el artículo 407 y 403 del Código de Comercio son normas de orden público, pues de lo expuesto claramente se colige su naturaleza dispositiva; y si erró, también mal planteó como pretensión una nulidad absoluta que no existe, primero porque nunca se le violó el derecho preferencial a Polyban, el negocio entre mi cliente y Guillermo Sanclemente se realizó observando los estatutos y la ley, y porque como vimos en esta excepción, si en el hipotético caso existiera una violación del artículo 407 (que no lo hay), la sanción legal no sería nulidad absoluta sino ineficacia tal como lo dispone el artículo 897 ibidem.

Por lo tanto, Señor Juez, acoga en su integridad esta excepción de fondo y rechace de plano todas las pretensiones de la demanda.

#### **4. EXCEPCIÓN DENOMINADA: "INEFICACIA COMO HIPOTÉTICA CORRECTA SANCIÓN"**

Formulo la presente excepción de fondo con carácter accesorio y alternativo en caso de que las anteriores excepciones no prosperen:

Señor Juez, esta excepción no debe considerarse una confesión ni aceptación de ninguna pretensión propuesta por la Parte Demandante. Por el contrario, como se ha expuesto a lo largo de esta contestación y excepciones, se reafirma que el contrato de compraventa de acciones celebrado entre mi cliente OTM y Castellana Tech Colombia S.A.S. (antes Guillermo Sanclemente & cia S.A.S.) goza de absoluta juridicidad a la luz de la ley y los estatutos sociales de Zofranca para su validez, por lo tanto no es nulo absolutamente como lo pretende Polyban; además se probará que no hubo violación del derecho de preferencia a la Demandante.

Lo que se pretende con esta excepción es demostrar el equivocado pedimento de la demanda. Porque sólo en el hipotético caso que haya habido una violación del artículo 407 del Código de Comercio (que no la hay), la parte demandante se equivocó al solicitar en las pretensiones de la demanda una sanción de nulidad absoluta y/o invalidez del contrato celebrado entre la sociedad que apodero y Guillermo Sanclemente, del registro de las acciones y del reparto de utilidades. Pues siendo consecuente con lo expuesto en la excepción anterior llamada "*Equivocada interpretación del artículo 407 del código de comercio como norma imperativa*", la sanción al negocio jurídico con violación a lo estipulado en el artículo 407 del Estatuto Mercantil usado como fundamento de derecho para las pretensiones 2, 3, 4 y 5 de la demanda es la ineficacia y no nulidad absoluta y/o invalidez.

<sup>8</sup> Artículo 897 del Código de Comercio: Ineficacia de pleno derecho. Cuando en este Código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial

<sup>9</sup> Jorge Hernán Gil Echeverry, La Nulidad absoluta en contratación mercantil, Ed. Legis, pag. 141

Efectivamente, se dijo que el derecho preferencial en la negociación de acciones no está regulado en ninguna norma mercantil de carácter imperativo y, por el contrario, corresponde a un simple elemento accidental del contrato de sociedad anónima, que admite pacto en contrario. El artículo 403 del Código de Comercio del cual se deriva el 407 de la misma codificación dispone el principio general de la libre negociación de acciones, principio que bien puede limitarse, cuando estatutariamente se predique el derecho preferencial.<sup>10</sup>

Por lo que es la misma ley la que determina una consecuencia diferente a la sostenida por Polyban, teoría errónea de que el artículo 407 del Estatuto Comercial es norma imperativa. Porque casualmente, el referido artículo 403 ibidem, que corresponde a norma simplemente dispositiva, contempla el principio contrario, esto es, que las acciones de una sociedad anónima se negocian libremente y sin sujeción a ninguna restricción. La excepción, se produce cuando estatutariamente se consagre el derecho preferencial.

Dice el artículo 407 del Código de Comercio:

*"Si las acciones fueren nominativas y los estatutos estipularen el derecho de preferencia en la negociación, se indicarán los plazos y condiciones dentro de los cuales la sociedad o los accionistas podrán ejercerlo; pero el precio y la forma de pago de las acciones serán fijados en cada caso por los interesados y, si éstos no se pusieren de acuerdo, por peritos designados por las partes o, en su defecto, por el respectivo superintendente. **No surtirá ningún efecto la estipulación que contraviere la presente norma (...)**" (Lo sombreado es ajeno)*

Dice el artículo 897 ibidem:

*"Cuando en este Código se exprese que un acto **no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial.**" (Lo sombreado es ajeno)*

Señor Juez, como se dijo, la confusión proviene de la mala interpretación del aparte del artículo 407 del Código de Comercio que dice: *No surtirá ningún efecto la estipulación que contraviere la presente norma.* Sea lo primero anotar, que la remisión a "La presente norma" es integral y como ya se indicó, en su parte inicial, reitera que el derecho preferencial corresponde a un simple elemento accidental del contrato social. Por lo tanto, el sentido natural del aparte normativo transcrito anteriormente, es, que si los socios deciden pactar derecho preferencial en la negociación de acciones, solo en ese evento, los socios se tendrán que sujetar al trámite previsto en el artículo 407, siendo ineficaz cualquier previsión contractual que contraría el procedimiento establecido en el referido artículo 407. Se itera, es ineficaz y no nulidad absoluta, tal como lo dispone el artículo 897 del Código de Comercio, que expresa que cuando en este Código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho y no nulo.

De manera que cuando la Parte Demandante pide la nulidad absoluta y/o invalidez del contrato celebrado entre mi apadrinada y Guillermo Sanclemente & Cia S en C., la nulidad absoluta y/o invalidez del registro de las acciones y la nulidad absoluta y/o invalidez del reparto de utilidades y dividendos, basado en el artículo 407 del Estatuto Mercantil está proponiendo una sanción equivocada, pues se repite, en el hipotético caso, debido ser ineficacia y no nulidad absoluta y/o invalidez.

Por lo tanto, Señor Juez, como quiera que la Demandante erró en sus pretensiones, solicito acoga en su integridad esta excepción de fondo y rechace de plano todas las pretensiones de la demanda.

<sup>10</sup> Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-026873 de mayo de 2012

## 5. EXCEPCIÓN DENOMINADA: "PRINCIPIO DE RESERVA LEGAL O TIPICIDAD PREDETERMINADA POR EL LEGISLADOR"

Formulo la presente excepción de fondo con carácter accesorio y alternativo en caso de que las anteriores excepciones no prosperen:

Como bien se sabe, la nulidad absoluta, como sanción tendiente a aniquilar retroactivamente los efectos de un determinado negocio jurídico, se rige por el principio de reserva legal o tipicidad predeterminada por el legislador, principio según el cual no puede existir una nulidad contractual, cuyo motivo o causa no esté previamente establecida en la ley.

Al tratar este principio, la Sección Tercera del Consejo de Estado, dijo:

*"La jurisprudencia y la doctrina han establecido que la determinación de los vicios que afectan a los actos jurídicos, como la nulidad absoluta de un contrato, por ejemplo, gozan de reserva legal, debido a que la libertad negocial hace parte de la libertad de acción, la cual solo puede ser restringida por la Constitución y la ley, de modo que no es posible que otro tipo de normas creen causales constitutivas de vicios de los actos jurídicos, pues se trata de una afectación a la libertad negocial"*<sup>11</sup>

Es más, la Corte Suprema de Justicia ha dicho que el contenido del contrato sólo puede ser creado, modificado o extinguido por la voluntad de las partes o por la propia ley de modo expreso, sin que sea procedente realizar en tal punto interpretaciones extensivas. Por ello, al juez no le está permitido desconocer el consentimiento de los contratantes dentro de los contornos de la buena fe, como tampoco las causas expresamente previstas en normas positivas para afectar la validez de los convenios o privarlos de sus efectos.<sup>12</sup>

Por eso, descendiendo al caso sub examine, es evidente que Polyban está creando del artículo 407 del Estatuto Mercantil (fundamento de sus pretensiones) causales constitutivas de nulidad absoluta y/o invalidez para pretender aniquilar los efectos del contrato celebrado válidamente entre la sociedad que represento y Guillermo Sanclemente & Cia E en C.. Pues como se ha expuesto en las dos anteriores excepciones, la sanción del negocio, en el hipotético caso que fuera irregular, sería la ineficacia según el artículo 897 C.Co. y no la nulidad absoluta. Por lo que en virtud del principio de reserva legal, Polyban no puede pretender restringir la libertad negocial de OTM y Guillermo Sanclemente vertida en el contrato de compraventa de acciones celebrado entre ellos, con el rebuscado argumento que el contrato es nulo absolutamente y/o invalido porque supuestamente violó el derecho de preferencia del artículo 407 del Código de Comercio, cuando ella sabe que la nulidad absoluta de un contrato goza de reserva legal y que solo puede ser aniquilado por motivo o causa que esté previamente establecida en la Constitución y ley, evento que no es el caso de marras.

Por lo tanto, Señor Juez, como quiera que la Demandante esta rebuscando causales de nulidad y/o invalidez que no existen en el artículo 407 del Código Mercantil, solicito acoga en su integridad esta excepción de fondo y rechace de plano todas las pretensiones de la demanda.

## 6. EXCEPCIÓN LLAMADA: "NEMO AUDITUR PROPRIAM TURPITUDINEM ALLEGANS (NADIE PUEDE ALEGAR A SU FAVOR SU PROPIA TORPEZA) "

Formulo la presente excepción de fondo con carácter accesorio y alternativo en caso de que las anteriores excepciones no prosperen:

La máxima de origen latino *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (Nadie puede alegar a su favor su propia torpeza), se emplea para significar que el juez no debe acogerse a las pretensiones de quien a sabiendas de su propia culpa o torpeza, busca enmendar el error con una providencia

<sup>11</sup> C.E., Sección Tercera, Sentencia 16 de agosto de 2007

<sup>12</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala Cas. Civil, Sent. SC-11287-2016/2007-00606, agosto 17 de 2016

proferida; y está forzada a soportar las consecuencias jurídicas de su torpeza o culpa. Aceptar lo contrario, permitiría el abuso del derecho propio de conformidad al numeral 1 del artículo 95 de la Constitución Política <sup>13</sup>

Se considera abuso del derecho propio de quien busca acceder a ventajas indebidas e incluso inmerecidas dentro del ordenamiento jurídico, invocando su propia culpa o torpeza.

El jurista francés Georges Ripper<sup>14</sup> a propósito del aforismo "Nemo auditur propriam turpitudinem allegans" manifestó que en dicha circunstancia "El demandante no será escuchado por el juez, porque no es digno de ser oído". Es decir, la parte no puede pretender la protección de un derecho invocando la presencia del bien jurídico a partir de su conducta.

En este mismo sentido, la Corte Constitucional expresó<sup>15</sup>:

*"La Corte Constitucional ha mantenido una orientación jurisprudencial, respecto de la figura que se analiza en diversas providencias, lo cual se justifica en la prohibición general de abusar del derecho propio como forma de acceder a ventajas indebidas o incluso INMERECIDAS dentro del ordenamiento jurídico. Además, guarda coherencia con **el principio de que nadie puede alegar a su favor su propia culpa, lo cual conduce a que eventualmente una acción de tutela resulte improcedente cuando los hechos desfavorables los ha generado el mismo interesado**, como cuando por ejemplo no es advertida la curia o diligencia exigible en un proceso judicial.(Lo subrayado es ajeno)*

**Es que los derechos deben ejercerse de conformidad con el designio previsto por el Legislador. Pero ese ejercicio, a más de que lleva implícita una garantía en cabeza de su titular, al mismo tiempo comporta un deber y ello, no lo exonera, por tanto, de advertir la diligencia debida para el recto ejercicio de aquél.**

**Así, de antiguo se ha aceptado, además como una regla que constituye la antítesis de la bona fides, la prohibición de pretender aprovecharse del propio error, dolo o de la culpa de quien por su desidia, incuria o abandono resulta afectado.**

*Dicha regla, materializada en el aforismo nemo auditur propriam turpitudinem allegans, ha tenido incluso, una incorporación expresa en nuestro ordenamiento sustantivo civil de acuerdo con el postulado general de la "improcedencia por aprovechamiento en culpa y en dolo propio" [...] Recordemos que, **nadie puede presentarse a la justicia para pedir protección si ella tiene como fundamento la negligencia**, mala fe o dolo que ha cometido.*

*Así, **los Tribunales deben negar toda súplica cuya fuente es la incuria**, el dolo o mala fe en que se ha incurrido, de acuerdo con la máxima nemo auditur suam turpitudinem allegans, pues ello, según advierten los autores es contrario al orden jurídico y al principio que prohíbe abusar de los propios derechos (Art. 95 C.N.)"*

Igualmente, la Corte Constitucional expresó en otra sentencia lo siguiente:

**"...si los hechos que dan origen a la acción de tutela corresponden a la actuación culposa, imprudente o negligente del actor que derivó, a la postre, en la vulneración o amenaza de sus derechos fundamentales, no es admisible que éste pretenda a**

<sup>13</sup> Numeral 1 del artículo 95 de la Constitución Política "[...] El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades. Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes. Son deberes de la persona y del ciudadano: 1.- Respetar los derechos ajenos y **no abusar de los propios.**"

<sup>14</sup> Jurista francés Georges Ripper en su libro "La Règle Morale dans les Obligations Civiles" página.

<sup>15</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-213-08 M.P. Jaime Araujo Rentería.

**través de la acción de tutela obtener el amparo de tales derechos**, y por lo tanto, **desplazar su responsabilidad en la ocurrencia de los hechos que fundamentan la solicitud de amparo a la autoridad pública o al particular accionado. Una consideración en sentido contrario, constituiría la afectación de los fundamentos del Estado de Derecho y del principio de la buena fe** consagrado en el artículo 83 de la Constitución política...<sup>16</sup> (Lo subrayado y en negrillas es ajeno)

Descendiendo al caso bajo examen, mediante comunicación fechada 13 de septiembre de 2016, Zofranca, le comunica a todos sus accionistas, incluyendo a Polyban la oferta de venta de Guillermo Sanclemente, indicándoles entre otras cosas el correo electrónico [guillo.sanclemente1@gmail.com](mailto:guillo.sanclemente1@gmail.com), para efecto de comunicarse con el accionista vendedor y coordinar el pago.

Todos los accionistas, incluyendo a OTM y Polyban recibieron la comunicación de la oferta. Mi cliente manifestó su intención de compra por escrito a la enajenante el mismo día de su notificación, esto es, el 23 de septiembre de 2016, y según la demanda, Polyban lo hizo supuestamente el 14 de octubre de 2016.

No obstante, mientras mi poderdante se comunica con la vendedora para coordinar el pago de las acciones que le correspondía de acuerdo a su participación accionaria, la Demandante **calla, guarda silencio** a pesar de contar con el correo electrónico del representante legal de la sociedad vendedora para coordinar el pago de las acciones; **no lo hizo, deja pasar el tiempo y no pagó**, incumpliendo así su obligación principal como comprador de pagar el precio de las acciones (Art. 947 C.Co.), que era la forma condicionada por la vendedora.

Es de resaltar, que de conformidad al artículo 407 del Código de comercio, **el precio y la forma de pago de las acciones serán fijados en cada caso por los interesados, es decir que el pago, su fijación y forma de pago, como elemento esencial del contrato de compraventa de acciones, serán determinados por los interesados (vendedor y comprador)**; incluso, de la lectura del literal d) del artículo Décimo de los estatutos sociales de Zofranca se deduce que los accionistas interesados deben comunicarse con el enajenante sea para fijar la forma de pago, dice el citado aparte estatutario:

*"...d.) Si los accionistas o la sociedad que hubieren manifestado su intención de adquirir las acciones, consideran demasiado onerosa las condiciones de la enajenación proyectada, **y así lo comunican al enajenante en la carta en que dan noticias de su voluntad de adquirir las acciones**, se procederá a establecer el precio por medio de peritos nombrados por las partes o en su defecto por la Superintendencia de Sociedades..."* (Lo subrayado y negrillas es ajeno al texto)

Lo que quiere decir que Zofranca s.a., al indicar el correo de Guillermo Sanclemente Duarte, representante legal de la enajenante, en la comunicación que da aviso a los accionsitas sobre la venta de las acciones, le dio así cumplimiento al artículo 407 del C.Co. y a los estatutos sociales, brindándoles a los accionsitas interesados el medio para que se contactaran con la vendedora a fin de coordinar el pago. Sin embargo, Polyban no lo hizo.

Al no haber pagado y haber guardado silencio ante el vendedor aun cuando tenía el correo electrónico de Guillermo Sanclemente, para efecto de comunicarse con él, tácitamente manifestó su desinterés en seguir con el negocio y no puede ahora con ocasión de la presente demanda, pretender recobrar una oportunidad que por su propia culpa o torpeza, o descuido o dejadez dejó pasar.

Incluso, se probará que el representante legal de la demandante después de manifestar el interés, se fue de viaje y que desde su escrito del 14 de octubre de 2016 cuando manifestó su interés, sólo

<sup>16</sup> Corte Constitucional Sentencia T-1231/08 M.P. Mauricio González Cuervo.

se volvió a comunicar en el mes de marzo de 2018, esto es, un año y 7 meses después. Pues, el silencio no equivale a aceptación, pues la mudez de la persona no significa consentir la relación contractual, por lo cual era necesario que el consentimiento manifestado por Polyban en su escrito del 14 de octubre de 2016, en ejercicio de su derecho de preferencia, se materializara con actos positivos que manifestaran la voluntad de pago de las acciones o permitieran suponer de modo inequívoco que seguía con el negocio, como por ejemplo: comunicarse con la sociedad vendedora, a efectos de coordinar el pago (Se prueba con la comunicación que Zofranca le remitió a Polyban el 13 de septiembre de 2016 informándole la venta y con la carpeta de la negociación).

Ante la ausencia de actos positivos posteriores a su manifestación de compra que mostraran su voluntad de pago, ante el silencio y paso del tiempo, y ante la condición del pago "de contado", Polyban liberó a la vendedora para venderle a quien quiso. La Demandante no pagó por su propia incuria o culpa, y ahora no puede, después de un año y 7 meses, pretender so pretexto de la demanda, que el Señor Juez le reconozca un derecho que ella misma dejó perder por su descuido y torpeza, obligando a la vendedora le acepte el pago de las acciones.

En el mismo sentido, la Supersociedades ha dicho que:

*cualquier asociado que pretenda enajenar total o parcialmente sus partes alícuotas deberá ofrecerlas a los demás socios para que sean éstos en primer lugar quienes tengan la posibilidad de adquirirlas, de manera que sólo si éstos manifiestan expresa **o tácitamente su desinterés por todas** o algunas, **puedan ser adquiridas por terceros*** (Oficio 220-182158 del 20 de septiembre de 2016).

Finalmente, mal puede pretender la Demandante que se le declare la existencia de un contrato que nunca existió y que se le orden a la sociedad vendedora le reciba el pago de las acciones, cuando es evidente, que fue por su propia dejadez y negligencia que no pagó el precio. No se puede perdonar que Polyban desde que manifestó su intención de compra el 14 de octubre de 2016 solo en el mes de marzo de 2018, un año y siete meses después, es que volvió a aparecer. Pues, a Polyban nunca se le negó el derecho de comunicarse con el vendedor para efectos de coordinar el pago precio de las acciones. Por lo tanto, La Demandante no puede alegar a su favor su propia culpa y pretender aprovecharse del su propio error para sacar provecho con la presente demanda.

Por lo tanto, Señor Juez, acoga en su integridad esta excepción de fondo y rechace de plano todas las pretensiones de la demanda.

#### **7. EXCEPCIÓN DENOMINADA: "INEXISTENCIA DE CONTRATO DE COMPRAVENTA DE ACCIONES ENTRE POLYBAN INTERNACIONAL S.A. Y CASTELLANA TECH COLOMBIA S.A.S. (antes GUILLERMO SANCLEMENTE & CIA S.A.S.)"**

Formulo la presente excepción de mérito con carácter accesorio y alternativo en caso de que las anteriores excepciones no prosperen:

El contrato de compraventa es aquel contrato bilateral en el que una de las partes (vendedora) se obliga a la entrega de una cosa determinada y la otra (compradora) **a pagar por ella un cierto precio**, en dinero o signo que lo represente. Dice el artículo 905 del Código de Comercio, que define el contrato de compraventa, así:

*"La compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a transmitir la propiedad de una cosa y la otra a pagarla en dinero. El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio..."*

De la definición legal, podemos destacar que las partes interesadas en un contrato de compraventa deben tener en cuenta dos elementos esenciales: la cosa y el precio, so pena de que el contrato no se perfeccione y sea inexistente. (art.898 C.Co.)

Ahora, con respecto al contrato de compraventa de acciones, éste responde a una oferta, que siempre que no exista disposición estatutaria en contrario o medie decisión de la asamblea respecto de la renuncia al derecho de preferencia, habrá de dirigirse en primer término a los asociados en virtud del derecho de preferencia (Art. 407 C.co).

Una vez recibida la comunicación que contiene la oferta de venta de las acciones, el accionista interesado debe en forma temporánea comunicar su aceptación con la finalidad de vincular el consentimiento del ofertante y el suyo propio para lograr la coincidencia de voluntades que requiere el contrato de compraventa de acciones.

El contrato de compraventa de acciones, señala dos extremos de las prestaciones, de una parte el comprador, sea un asociado o un tercero que presta su consentimiento que lo **obliga pagar un precio de acuerdo con las condiciones de la oferta**; y de otra, la vendedora, que se obliga a entregarle el título correspondiente de las acciones. Siendo los elementos de la esencia del contrato de compraventa de acciones en virtud los artículos 905, 920, 922 y 947 del Código de Comercio, el título correspondiente de las acciones y **el precio** de las acciones pagados al vendedor.

En cuanto al precio como elemento esencial del Contrato de compraventa, la Ley Mercantil establece que **el precio, plazo y demás condiciones** de la cesión se expresará en la oferta.<sup>17</sup> Por su parte el artículo 407 del C.Co., establece que **la forma de pago del precio, deben ser fijados en cada caso por los interesados**, y que a falta de acuerdo se requiere un peritazgo que deje a salvo la eficacia del negocio derivado de la intención concurrente de vender y comprar las acciones ofrecidas.

Descendiendo al caso objeto de este proceso, la Demandante no puede pretender que entre ella y CASTELLANA TECH COLOMBIA S.A.S. (antes GUILLERMO SANCLEMENTE & CIA S.A.S.) existe un contrato de compraventa de acciones, cuando no concurre el pago del precio como elemento de la esencia, de conformidad al artículo 898 del C.Co., el tal contrato es inexistente, veamos:

1. **La cosa:** las 249 acciones de CASTELLANA TECH COLOMBIA S.A.S. (antes GUILLERMO SANCLEMENTE & CIA S.A.S.), representada en el título de las acciones y que se obligaba a entregar. (ver oferta de venta -correo electrónico del 7 de septiembre de 2016 y comunicación de Zofranca a los accionistas)
2. **El precio:** es el establecido en la oferta de la enajenante y comunicado por la sociedad Zofranca a los accionistas y que el accionista interesado en comprar, se obliga a pagar en dinero y de acuerdo a su proporción accionaria. (ver comunicación de Zofranca a los accionistas y oferta del vendedor del 7 y 9 de septiembre de 2016)
3. **La aceptación escrita de la oferta:** como condición de la aceptación de conformidad al literal d.) Cláusula 10ª, y que los accionistas deben realizar dentro del plazo estatutario.

Si POLYBAN INTERNACIONAL manifestó su intención de adquirir el 14 de octubre de 2016, no pagó el precio de las acciones que le correspondía del paquete de 249 acciones; pues sabiendo que debía pagar de contado el precio de las acciones, no lo hace, incluso, **calla**, a pesar de contar con el correo electrónico del representante legal de la sociedad enajenante para coordinar el pago de las acciones; **no lo hizo y no pagó**, incumpliendo así su obligación principal como comprador según el artículo 947 del Código de Comercio de pagar el precio de las acciones, que era la forma condicionada por la vendedora.

**Por lo tanto, al no concurrir el pago del precio como elemento de la esencia del contrato de compraventa de acciones, de conformidad a los artículos 898 y 947 del C.Co., el contrato entre POLYBAN INTERNACIONAL S.A. y CASTELLANA TECH COLOMBIA S.A.S., es inexistente, nunca nació a la vida jurídica por culpa de la propia Demandante.**

<sup>17</sup> Artículo 363 del Código de Comercio aplicable a las sociedades por acciones.

Por lo tanto, Señor Juez, acoga en su integridad esta excepción de fondo y rechace de plano todas las pretensiones de la demanda.

### **8. EXCEPCIÓN DENOMINADA: "DESINTERÉS TÁCITO DE LA DEMANDANTE POLYBAN INTERNACIONAL S.A. EN SEGUIR CON EL NEGOCIO"**

Formulo la presente excepción de mérito con carácter accesorio y alternativo en caso de que las anteriores excepciones no prosperen.

El silencio no equivale a aceptación, pues en desarrollo de un contrato bilateral como lo es el de compraventa de acciones, es necesario que el consentimiento manifestado por el accionista que ha expresado su intención de adquirir acciones dentro del trámite del derecho de preferencia, se materialice con actos positivos que manifiesten la voluntad de pago de las acciones o permitan suponer de modo inequívoco que el accionista sigue con el negocio, como por ejemplo: comunicarse por los medios que tenga con la sociedad enajenante, a efectos de coordinar el pago, o comunicarse con la sociedad emisora en caso que no tenga el contacto del enajenante o comunicarse con el vendedor a efecto de manifestar su desacuerdo en cuanto al precio de las acciones por considerarlo oneroso.

Así lo dijo la Corte Suprema de Justicia, al indicar que:

*"(...) la ejecución del contrato comprende tanto el cumplimiento cabal de la prestación a cargo del destinatario de la oferta **como todo hecho "inequívoco" que permita concluir que comenzó a darle inicio al cumplimiento(...)**" (Corte Suprema de Justicia Sentencia SC11815-2016)*

Lo que también se recalca en sentencia de la misma corporación:

*"(...) en la época presente el contrato **no siempre se perfecciona por la confluencia simultánea de las manifestaciones de las partes interesadas en dar origen al correspondiente negocio jurídico**, como parece haber sido el ideal de las primeras codificaciones, sino que, por el contrario, ordinariamente, **el mismo es el resultado de un proceso**, en ocasiones complejo y dispendioso, **en el que aquellos que pretenden su perfeccionamiento, agotan una serie de pasos o etapas dirigidas a lograr, precisamente, el surgimiento del respectivo acto de disposición de intereses.** (...)" (Corte Suprema de Justicia Sentencia Sc del 26 feb. 2010)*

La ausencia de actos positivos posteriores a la manifestación de compra que muestren su voluntad de pago, ante el silencio de comprador y paso del tiempo, y más aún cuando la condición del pago es "de contado" que necesariamente implica la diligencia del comprador en ejecutar actos que generen el pago de las acciones que le corresponde, libera al accionista vendedor para ofrecerle y venderle a quien quiera, por mostrar tácitamente su desinterés en el negocio.

La supersociedad al respecto a dicho, que:

*"...siempre que en los estatutos de la compañía se contemple el derecho de preferencia en la negociación de acciones, éstas deben ofrecerse en primer lugar a los demás accionistas y/o a la sociedad, según se haya previsto en el contrato, **pero es el desinterés expreso o tácito de llevar a cabo el negocio, lo que le permite al oferente ofrecerlas a un tercero, es decir, por agotamiento del trámite previsto para el ejercicio del derecho de preferencia, el accionista interesado en vender total o parcialmente sus acciones, recupera la libertad para ofrecerlas libremente a un tercero.** (Art. 403 Núm. 2º y 407 del Código de Comercio).*

*Téngase en cuenta que **el ofrecimiento al tercero es consecuencia de la no aceptación o desinterés de sociedad y/o a los accionistas, según sea el caso, en adquirir las acciones ofrecidas**, luego siendo el mismo negocio jurídico, el precio y la*

*forma de pago, entre otras condiciones, no pueden variar según sea el destinatario de la oferta. (OFICIO 220- 048213) (Lo subrayado y en negrillas es ajeno)*

En el mismo sentido, esta Superintendencia expresó:

*cualquier asociado que pretenda enajenar total o parcialmente sus partes alícuotas deberá ofrecerlas a los demás socios para que sean éstos en primer lugar quienes tengan la posibilidad de adquirirlas, de manera que sólo si éstos manifiestan expresa **o tácitamente su desinterés por todas o algunas, puedan ser adquiridas por terceros** (Oficio 220-182158 del 20 de septiembre de 2016.*

También en otra oportunidad dijo la misma superintendencia:

*"(...) A su vez es claro que si en esas circunstancias los beneficiarios no hacen uso del derecho de preferencia, **el oferente queda en plena libertad de ofrecer las acciones puestas en venta a personas extrañas a la compañía**, quienes podrán adquirir las que estimen pertinentes, teniendo en cuenta que en tal caso la operación será procedente cuando así lo determinen discrecionalmente el vendedor y comprador, pues se trata de un acuerdo en el que no intervienen ni el máximo órgano social, ni la junta directiva de la compañía ya que son terceros ajenos por completo al negocio jurídico a celebrar. (OFICIO 220-180929 )*

Descendiendo al caso sub examine, Zofranca al indicar en la notificación de la oferta a los accionistas, el correo de Guillermo Sanclemente Duarte, representante legal de la enajenante les brindó a todos los accionistas interesados el medio para que se contactaran con la enajenante a fin de coordinar el pago. Sin embargo, Polyban no lo hizo.

Al no haber pagado la Demandante el valor de las acciones que proporcionalmente le correspondía del paquete de las 249 acciones, y haber guardado silencio ante el vendedor aun cuando tenía el medio para comunicarse con la enajenante, tácitamente manifestó su desinterés en seguir con el negocio y no puede ahora con ocasión de la presente demanda, un año y siete meses después, pretender recobrar una oportunidad que por su propio desinterés, o desidia, o descuido o negligencia o dejadez dejó pasar. Pues, era necesario que el consentimiento manifestado por Polyban en su escrito del 14 de octubre de 2016, en ejercicio de su derecho de preferencia, se materializara con actos positivos que manifestaran la voluntad de pago de las acciones o permitieran suponer de modo inequívoco que seguía con el negocio.

Ante la ausencia de actos positivos posteriores a su manifestación de compra que mostraran su voluntad de pago, ante el silencio de Polyban y paso del tiempo, y ante la condición del pago, la vendedora quedó en libertad para venderle no a un tercero, sino a un accionista, esto es, a OTM S.A.S.. La Demandante no pagó por su falta de diligencia, y ahora no puede, después de un año y 7 meses, pretender so pretexto de la demanda se le reconozca un derecho que ella misma dejó perder por su dejadez.

Finalmente, es evidente, que la mudez y la dejadez de Polyban frente a su obligación de pagar el precio de las acciones, y ante la ausencia de actos positivos que mostraran su intención diligente de pagar de contado el precio, es una manifestación tácita de su desinterés de seguir con el negocio, liberando por tanto, a la enajenante de vender a quien quiso, porque sencillamente la vendedora no podía esperar a *eternum* a alguien que no mostró interés en contactarse con ella, se ausenta por más de un año y medio y no paga el precio en la forma como se condicionó en la oferta.

Por lo tanto, Señor Juez, acoga en su integridad esta excepción de fondo y rechace de plano todas las pretensiones de la demanda.

## 9. EXCEPCIÓN LLAMADA: "BUENA FE DE OPERACIONES TÉCNICAS MARINAS S.A.S. EN LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA DE ACCIONES CON LA SOCIEDAD GUILLERMO SANCLEMENTE & CIA S.A.S."

Formulo la presente excepción de mérito con carácter accesorio y alternativo en caso de que las anteriores excepciones no prosperen.

Nuestro ordenamiento constitucional, el régimen civil y el comercial han desarrollado además del concepto de buena fe como mandato constitucional general, la figura de buena fe como principio y forma de conducta. Esta "equivale a obrar con lealtad, rectitud y honestidad, es la que se exige normalmente a las personas en todas sus actuaciones.

Dice Nuestra Constitución Nacional en su artículo 83:

*"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."*

Reza el artículo 835 del Código de Comercio:

*"Se presumirá la buena fe, aún la exenta de culpa. Quien alegue la mala fe o la culpa de una persona, o afirme que ésta conoció o debió conocer determinado hecho, deberá probarlo."*

Por su parte, la Corte Constitucional ha definido la buena fe, de la siguiente manera:

*"(...) La jurisprudencia constitucional ha definido el principio de buena fe como aquel que exige a los particulares y a las autoridades públicas ajustar sus comportamientos a una conducta honesta, leal y conforme con las actuaciones que podrían esperarse de una "persona correcta (vir bonus)". Así la buena fe presupone la existencia de relaciones recíprocas con trascendencia jurídica, y se refiere a la "confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada (...)"(Corte Constitucional Sentencia C-1194/08 M.P. Rodrigo Escobar Gil)*

Ahora, bien, el Código Civil, al referirse a la adquisición de la propiedad, la define en el artículo 768 como la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio.

Descendiendo al caso bajo exámen, no hay dudas que mi poderdante OTM, actuó a través de su representante legal y apoderado general de manera honesta, leal y conforme con las actuaciones que podrían esperarse de una "persona correcta (vir bonus) dentro del trámite de venta de las 249 acciones de Guillermo Sanclemente (hoy Castellana Tech Colombia).

En efecto, al revisar la actuación de OTM como comprador, aflora su prolijidad, honestidad y su correcto proceder, veamos:

1. OTM mediante comunicación de Zofranca S.A. del 13 de septiembre de 2016, pero recibida en sus oficinas el 23 de septiembre de 2016, conoce de la oferta de venta de las 249 acciones, al igual que todos los accionistas;
2. Mediante misiva del mismo día 23 de septiembre de 2016, OTM en ejercicio de su derecho de preferencia le manifiesta a la sociedad Guillermo Sanclemente su intención de comprar tal como lo ordena el literal d) de artículo 10º de los estatutos sociales;

3. Mi poderdante OTM se comunica con la enajenante para efectos de coordinar el pago de las acciones que le correspondía de acuerdo a su participación accionaria;

4. OTM suscribe compromiso con la enajenante de comprar la totalidad de las acciones previa condición de respetar el derecho de preferencia de los demás accionistas. Se entera que nadie se comunicó con la sociedad enajenante para efectos de pagar el resto de las acciones y le propone comprar de contado la totalidad de las acciones y las paga.

5. OTM, en su calidad de único comprador, le solicitó a Zofranca mediante comunicación del 24 de enero de 2018 pero recibida el 29, la inscripción de la venta en el libro de registro de acciones, coadyuvando lo que ya mediante correo electrónico del 19 de octubre de 2016 el representante legal de la sociedad vendedora, Guillermo Sanclemente le había pedido a la sociedad Zofranca.

6. Zofranca realizó la inscripción en libro de registro de acciones la venta válida de las acciones a favor del único comprador OTM; anula y expide el nuevo título No. 334 del 15 de febrero de 2018, y así lo notificó mediante comunicación del 22 de febrero de 2018.

Mi poderdante OPERACIONES TECNICAS MARINAS S.A.S. actuó dentro de los cánones de la buena fe como adquirente, con lealtad, honestidad y rectitud; conforme a la ley, los estatutos sociales, la moral y las buenas costumbres. Como accionista ejerció su derecho de preferencia para adquirir las acciones que le correspondía y aprovechó, como cualquier otro accionista lo hubiese podido hacer, la oportunidad de adquirir la totalidad de las acciones de Guillermo Sanclemente, y así lo hizo.

Por lo tanto, Señor Juez, acoga en su integridad esta excepción de fondo y rechace de plano todas las pretensiones de la demanda.

#### **10. EXCEPCIÓN DE FONDO LLAMADA: "CARENCIA DE AUTORIZACIÓN PARA NEGOCIAR LAS ACCIONES DE GUILLERMO SANCLEMENTE & CIA S.A.S."**

Formulo la presente excepción de mérito con carácter accesorio y alternativo en caso de que las anteriores excepciones no prosperen:

Dentro de las facultades del representante legal de la sociedad Demandante, se encuentran:

*"15. Celebrar los actos y contratos comprendidos en el objeto social de la compañía y necesarios para que esta desarrolle plenamente sus fines, **pero sometiendo de manera previa a la aprobación de la asamblea General o la Junta Directiva, los negocios sujetos a esta exigencia por norma legal o estipulación estatutaria**" (Ver Certificado de existencia y representación legal aportado por la Demanda) (Sombreado es ajeno)*

En este orden, corresponde a la asamblea general de accionistas o la Junta Directiva de la Demandante conceder su aprobación previa a los siguientes actos, entre otros:

*"...b) Negocios, operaciones o contratos cuyo valor exceda de mil (1.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes..." (Ver Certificado de existencia y representación legal aportado por la Demanda)*

Lo anterior quiere decir, que negocios, operaciones y contratos que excedieran la suma mil (1.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes que para septiembre de 2016 equivalía a \$689.455.000 (salario mínimo \$689.455,00 x 1.000), debían ser aprobados previamente por la asamblea general o Junta directiva de la Demandante. El precio por cada acción de Guillermo Sanclemente era la suma \$6.400.000, que multiplicado por las 249 acciones que fueron ofrecidas, daba un total del negocio de \$1.593.600.000. Lo que quiere decir que para que el representante

legal de la sociedad pudiera manifestarse y negociar las acciones debía contar con la autorización previa de la asamblea general o junta directiva de la sociedad Demandante. E independientemente de la proporción accionaria que le hubiese tocado en el hipotético caso de haber cumplido a cabalidad lo ordenado por la oferta (porque no lo hizo), igual, requería de autorización del órgano social, porque la oferta de venta no era fraccionada sino por la totalidad de las 249 acciones que su valor excedía el límite su capacidad. Es evidente que la actuación del representante legal de la Demandante, carecía igual de aprobación de su junta directiva.

Se pregunta: ¿Qué hubiese pasado si ninguno de los accionistas hubiesen manifestado su intención de adquirir y solo la Demandante lo hubiese hecho? Por lo tanto, al no contar el representante legal de la Demandante con la aprobación de su junta directiva o de la asamblea general de accionistas, no tenía capacidad para negociar en virtud de su propia limitación estatutaria.

Tan cierto es lo que se expone en esta excepción, que ahora la Demandante intenta subsanar su error, aportando con la demanda un documento llamado acta de junta directiva (acta No. 145) donde supuestamente ratifican la autorización al representante legal de Polyban por la aceptación de la oferta de las acciones Guillermo Sanclemente & Cia S.a.s., cuando es palmario que dicha acta de fecha 2 de mayo de 2019, es contraria a sus propios estatutos cuando en el acapite tocante a las facultades del representante legal, claramente dispone que la autorización para celebrar contratos es previa y no posterior, y mucho menos una supuesta ratificación dos años y siete meses después de haber manifestado su interés en comprar las acciones.

Su Señoría, acoga en su integridad esta excepción de fondo y rechace de plano todas las pretensiones de la demanda.

#### **IV. PRUEBAS**

Solicito, muy respetuosamente, se tengan como tales las siguientes:

##### **Documentales:**

- Copia simple del correo electrónico del 7 de septiembre de 2016 de Guillermo Sanclemente Duarte, representante legal de Guillermo Sanclemente & Cia S.A.S., remitido a Zofranca S.A. por intermedio del correo de Juan Lemaitre Velez, representante legal de Zofranca S.A, entre otros destinatarios, mediante el cual le comunica sobre la oferta de venta de sus acciones y le indica las condiciones de la oferta en cuanto precio por acción y forma de pago y le solicita el inicio del trámite comunicándole a los accionistas.
- Copia simple de la comunicación del 13 de septiembre de 2016 de Zofranca S.A. dirigida a OTM S.A.S. y que fue recibida el 23 de septiembre de 2016, mediante la cual le informa la oferta de venta de las 249 acciones de propiedad del Guillermo Sanclemente & Cia S en C. (luego S.A.S.), le indica el plazo de los 15 días para manifestarse, el precio por acción y el correo [guillo.sanclemente1@gmail.com](mailto:guillo.sanclemente1@gmail.com), para efecto de comunicarse con el vendedor.
- Copia simple de la comunicación del 23 de septiembre de 2016 del señor Jorge Alfonso Martínez Pardo, representante legal de OTM S.A.S. dirigida a Guillermo Sanclemente representante legal de la sociedad Guillermo Sanclemente y Cia S en C., mediante la cual le manifiesta que hace uso del derecho de preferencia sobre la oferta de venta de las 249 acciones.
- Copia simple del correo electrónico del 19 de octubre de 2016 de Guillermo Sanclemente Duarte, representante legal de Guillermo Sanclemente & Cia S.A.S., remitido a Zofranca S.A. a través de los correos electrónico de Juan Carlos Lemaitre Vélez, su representante legal, entre otros destinatarios, mediante el cual le hace recuento de la oferta, fecha de presentación, el trámite surtido, el vencimiento del plazo y que el único accionista que se comunicó en él, fue OTM S.A.S. a quien le vendió las acciones y solicita la cancelación de los títulos y la expedición de los nuevos a favor de OTM S.A.S.

- Copia simple del correo electrónico del 20 de octubre de 2016 de Guillermo Sanclemente Duarte, representante legal de Guillermo Sanclemente & Cia S.A.S., remitido a la Dra Ana Maria Horillo, asesora jurídica de Zofranca S.A., mediante el cual le recuerda que según la oferta y su comunicación a todos los socios, las ofertas debían mandarse a su correo electrónico [guillo.sanclemente1@gmail.com](mailto:guillo.sanclemente1@gmail.com) y le confirma que a la fecha no había recibido noticia alguna de interesados.
- Copia simple del correo electrónico del 21 de octubre de 2016 de Guillermo Sanclemente Duarte, representante legal de Guillermo Sanclemente & Cia S.A.S., remitido a la Dra Ana Maria Horillo, asesora jurídica de Zofranca S.A., mediante el cual le transcribe apartes del artículo decimo de los estatutos y le informa que OTM fue la única se comunicó y pago en la forma exigida y propuso pagar el resto de las acciones.
- Copia simple del correo electrónico del 25 de octubre de 2016 de Guillermo Sanclemente Duarte, representante legal de Guillermo Sanclemente & Cia S.A.S., remitido a Juan Lemaitre velez, representante legal de Zofranca S.A., mediante el cual le ratifica la venta de las acciones a OTM S.A.S., unica aceptante.
- Copia simple de la comunicación fechada 8 de noviembre de 2016 pero recibida el 9 del mismo mes y año, de OTM S.A.S., dirigida a Juan Carlos Lemaitre, Representante legal de Zofranca S.A., mediante la cual coadyuva la solicitud de la sociedad vendedora del 19 de octubre de 2016, solicitándole la cancelación de los títulos y la expedición de los nuevos a favor de OTM S.A.S. y su entrega a la mayor brevedad.
- Copia simple de la comunicación del 20 de febrero de 2017 de Guillermo Sanclemente Duarte, representante legal de Guillermo Sanclemente & Cia S.A.S., remitido a Juan Carlos Lemaitre Velez, representante legal de Zofranca S.A., mediante el cual le solicita nuevamente la cancelación de los títulos # 242, 232, 257, 325 y la expedición de los nuevos a favor de la adquirente OTM S.A.S.
- Copia simple de la comunicación del 23 de febrero 2017 de OTM S.A.S., dirigida a Juan Carlos Lemaitre representante legal y/o Anabella Lemaitre de Zofranca S.A., mediante la cual le solicita la cancelación de los títulos # 242, 232, 257, 325 y la expedición de un solo título a favor de OTM S.A.S.
- Copia simple de la comunicación fechada 24 de enero de 2018 pero recibida el 29 del mismo mes y año, de OTM S.A.S., dirigida a Juan Carlos Lemaitre, Representante legal de Zofranca S.A., mediante la cual le solicita la inscripción de la venta de las acciones de Guillermo Sanclemente & Cia S. en C. en libro de registro de acciones de la sociedad vendedora del 19 de octubre de 2016, la cancelación de los títulos y la expedición de los nuevos a favor de OTM S.A.S..
- Copia simple de la comunicación del 22 de febrero de 2018, de Juan Carlos Lemaitre Vélez, representante legal de Zofranca S.A. dirigida a Operaciones Técnicas Marinas S.A.S. (OTM S.A.S.), mediante la cual le informa que ha sido inscrito en libro de registro de acciones la venta de las 249 a nombre de OTM S.A.S. y adjunta el título 334 del 15 de febrero de 2018.
- Copia simple del título 334 del 15 de febrero de 2018, contenido de las 249 a nombre de Operaciones Técnicas Marinas S.A.S. (OTM S.A.S.).
- Copia simple del certificado de existencia y representación legal de la Demandante para probar la limitación estatutaria para el representante para celebrar contratos cuyo valor exceda de mil (1.000) salarios minimos mensuales legales vigentes y que la autorización de la junta directiva debe ser previa y no posterior.
- Copia simple de la parte pertinente de los estatutos sociales de la sociedad Zofranca S.A., donde se encuentra consignado el artículo Décimo que habla sobre la negociación de acciones, para

probar que Operaciones Técnicas Marinas S.A.S. como la enajenante cumplieron totalmente lo dispuesto en mencionado artículo.

- Copia simple del certificado de existencia y representación legal de Operaciones Técnicas Marinas S.A.S., para probar la capacidad para comprar acciones (**YA ESTA APORTADO**)

- Copia simple del certificado de existencia y representación legal de Castellana Tech Colombia S.A.S. (antes Guillermo Sanclemente & Cia S.A.S.), para probar la capacidad para vender acciones. (**YA ESTA APORTADO**)

- Carta de compromiso de cesión de acciones celebrado entre Guillermo Sanclemente Duarte & Cia S. en C. y OTM S.A.S. el día 30 de septiembre de 2016, sobre las 249 acciones de propiedad de Guillermo Sanclemente Duarte & cia S. en C. sobre la que versó en negocio de compra de acciones. Para demostrar la buena fe de mi cliente y el respeto al derecho de preferencia de los demás accionistas.

- Copia del extracto de la consignación del 30 de septiembre de 2016 en la cuenta del fondo de inversión colectiva de la sociedad Guillermo Sanclemente Duarte & Cia S. en C., donde consta la consignación de cheque girado por mi poderdante por valor de \$678.525.000, para probar la buena fe de mi cliente OTM y el cumplimiento del compromiso de cesión.

#### **Testimoniales:**

Se decreten y se recepcionen los testimonios de los señores:

- DANIEL BORGES SANCLEMENTE, mayor y vecino de esta ciudad, quien puede ser citada en la dirección de la demandada CASTELLANA TECH COLOMBIA S.A.S., para que en su calidad de representante legal de dicha sociedad, deponga sobre los hechos de esta contestación y las excepciones de fondo.

- ANA MARIA HORILLO CARABALLO, mayor y vecina de esta ciudad, quien pueden ser citados en la siguiente dirección: barrio Manga, Calle, 29 No. 27- 05 de Cartagena, para que en su calidad de asesora jurídica de ZOFRANCA S.A., declare sobre los hechos de esta contestación de demanda y las excepciones de fondo propuestas.

- JUAN CARLOS LEMAITRE VÉLEZ, mayor y vecino de esta ciudad, quien pueden ser citados en la siguiente dirección: barrio Manga, Calle, 29 No. 27- 05 de Cartagena, para que en su calidad de representante legal de la sociedad Zofranca S.A. y como persona natural, declare sobre los hechos de esta contestación de demanda y las excepciones de fondo propuestas.

#### **Prueba de oficio:**

- Ruego se oficie a la sociedad Zona Franca Industrial de Bienes y Servicios de Cartagena S.A.- Zofranca S.A. para que para remita con destino a este proceso copia de la carpeta contentiva de la negociación de las acciones de CASTELLANA TECH COLOMBIA S.A.S. (antes GUILLERMO SANCLEMENTE & CIA S.A.S.) para probar las condiciones de la oferta especialmente lo relativo al pago, la indicación del correo electrónico de Guillermo Sanclemente Duarte para efecto de comunicarse con la vendedora y el resto del trámite de venta.

- Ruego se oficie a la sociedad Zona Franca Industrial de Bienes y Servicios de Cartagena S.A.- Zofranca S.A. para que para remita con destino a este proceso copia de la carpeta contentiva de la negociación de las acciones de i) Invermar Ltda., ii) Colec Investment Corp., iii) Ignacio Navas Meisel, iv) Interimex Ltda. y v) Patrimonio Autónomo Zeus aportados por Zofranca SA, para probar que en estas negociaciones, al igual que en la negociación de Guillermo Sanclemente & Cia S en C., también se indicó a los accionistas el correo electrónico para efecto de comunicarse con el vendedor.

- Ruego se oficie a la sociedad Zona Franca Industrial de Bienes y Servicios de Cartagena S.A. - Zofranca S.A. para que remita con destino a este proceso certificación donde se sirva certificar si Guillermo Sanclemente Duarte, representante legal de Guillermo Sanclemente & Cia S. en C. (hoy Cartagena Tech Colombia S.A.S.) y Jaime Restrepo Carvajal, representante legal de Polyban Internacional S.A. eran miembros principales de la Junta Directiva de Zofranca S.A. para los mismos periodos; en caso afirmativo, certifique para qué periodos y aporte copia de la plantilla de miembros de dichas juntas. Lo anterior, para probar que el señor Jaime Restrepo Carvajal conocía suficientemente a Guillermo Sanclemente Duarte y tenía todos los medios además del correo electrónico [guillo.sanclemente1@gmail.com](mailto:guillo.sanclemente1@gmail.com) para comunicarse con él a efectos de coordinar el pago de las acciones.

- Como quiera que el documento está en su poder, ruego se oficie a la Cámara de Comercio de Cartagena para que remita con destino a este proceso copia de sus estatutos sociales de la sociedad Polyban Internacional S.A. con Nit No. 800.048.191-8, para probar la limitación del representante legal para celebrar contratos cuyo valor exceda de 1.000 salarios mínimos mensuales legales vigentes y que la aprobación para ello debe ser previa y no posterior como lo pretende hacer creer la Parte Demandante.

#### **Interrogatorio de Parte:**

Solicito se decrete la declaración de parte del señor Jaime Restrepo Carvajal en su calidad de representante legal de la Demandante Polyban Internacional S.A., para que en audiencia fijada para tal fin absuelva el interrogatorio que le formularé verbalmente o en sobre cerrado presentado previo al interrogatorio.

#### **V.- FUNDAMENTOS DE DERECHO:**

Artículos 96 Código General del Proceso, 403, 407, 897, 898, 899, 905, 920, 922, 947 Código de Comercio, y demás normas concordantes.

#### **VI.- ANEXOS**

Las pruebas documentales enunciadas en el acápite de pruebas.

#### **VII.- NOTIFICACIONES:**

Las recibo en la Secretaría de ese Despacho o, en mi Oficina de Abogados, ubicada en el Centro de la ciudad, Calle 1ª de Badillo No. 35-41 piso 2; correo electrónico: [miguel\\_dau@hotmail.com](mailto:miguel_dau@hotmail.com).

Mi cliente, la sociedad OPERACIONES TÉCNICAS MARINAS S.A.S. recibirá notificaciones a través de su representante legal o apoderado general en el correo electrónico [contabilidad@otm.com.co](mailto:contabilidad@otm.com.co)

Del Señor Juez, Cordialmente,



**MIGUEL MOISES DAU HURTADO**  
C.C. No. 73.149.970 de Cartagena  
T.P. No. 139.868 del C.S.J.