

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
CARTAGENA DE INDIAS D.T. Y C.
SALA CIVIL – FAMILIA**

Magistrado Sustanciador:
OSWALDO HENRY ZÁRATE CORTÉS

Cartagena de Indias, treinta (30) de marzo de dos mil veintidós
(2022)

RADICACIÓN	13001-31-03-002-2019-00163-01
APELACIÓN	SENTENCIA
PROCESO	VERBAL
DEMANDANTE	POLYBAN INTERNACIONAL S.A.
DEMANDADOS	ZONA FRANCA INDUSTRIAL DE BIENES Y SERVICIOS DE CARTAGENA S.A., OPERACIONES TÉCNICAS Y MARINAS S.A.S. y CASTELLANA TECH COLOMBIA S.A.S.

Discutido y aprobado en sesión de Sala de 7 de marzo de 2022.

Se decide el recurso de apelación formulado por las sociedades demandadas contra la sentencia proferida el 20 de abril de 2021 por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cartagena, dentro del proceso verbal promovido por POLYBAN INTERNACIONAL S.A. en contra de ZONA FRANCA INDUSTRIAL DE BIENES Y SERVICIOS DE CARTAGENA S.A., OPERACIONES TÉCNICAS Y MARINAS S.A.S. y CASTELLANA TECH COLOMBIA S.A. -antes GUILLERMO SANCLEMENTE & COMPAÑÍA S.A.S.-.

I. DEMANDA

1.- En la demanda radicada el 10 de julio de 2019, en lo pertinente, se narraron los siguientes hechos:

- Mediante comunicación de 13 de septiembre de 2016, recibida en las instalaciones de POLYBAN INTERNACIONAL S.A. el 23 de septiembre del mismo año, el representante legal de ZOFRANCA, en

virtud del derecho de preferencia contemplado en los estatutos sociales, comunicó la oferta de venta realizada por GUILLERMO SANCLEMENTE Y CÍA. S. EN C. de 249 acciones que dicha sociedad tenía en el capital suscrito de ZOFRANCA; fijando como precio por cada acción la suma \$6'400.000 pagaderos de contado; asimismo, indicó a POLYBÁN que dentro de los 15 días siguientes al recibo de dicha comunicación podría *"manifestar su deseo de tomar para sí las acciones objeto de la negociación en las condiciones aquí ofrecidas"*.

- EL 14 de octubre de 2016, POLYBAN remitió comunicación por correo electrónico, cuya copia fue radicada físicamente en las instalaciones de ZOFRANCA el mismo día, manifestando lo aceptación de la oferta de venta de GUILLERMO SANCLEMENTE Y CÍA. S. EN C.
- El 18 de octubre de 2016, POLYBAN radicó en las dependencias de ZOFRANCA comunicación ratificando lo dicho en el correo electrónico del 14 de octubre de 2016.
- EL 19 de octubre de 2016, el representante legal de GUILLERMO SANCLEMENTE Y CÍA. S. EN C., (hoy CASTELLANA TECH COLOMBIA S.A.S.) envió correo electrónico a ZOFRANCA donde indicó, lo siguiente: *"El día 9 de Septiembre radiqué en ZOFRANCA S.A., oferta de venta de 249 acciones que poseo en esa entidad, con señalamiento de número de acciones, valor por acción y condiciones de pago, para que dentro de los 3 días siguientes, tal como dice en el artículo 10 de los estatutos, se pusiera en conocimiento de los demás socios, lo que solo se hizo el día 23 de Septiembre, incumpliendo lo dispuesto en los estatutos. El plazo de los 15 días para que se diera contestación de aceptación o rechazo de lo oferta, se encuentra vencido y solo he recibido noticia de aceptación de mi oferta, por parte del socio OTM S.A.S. Estando en libertad de vender, por falta de respuesta dentro del plazo contenido en los estatutos, informo a usted que he dado en venta al único oferente, OTM S.A.S. dichas acciones. Solicito a usted proceder a la cancelación de los títulos de acciones expedidos en mi nombre y proceder a la expedición de nuevos títulos a favor de OPERACIONES TÉCNICAS MARINAS S.A.S. y entregarlas a su propietario"*.
- El hecho anterior revela las siguientes situaciones fácticas: *"1. Antes de negociar las acciones con OTM, GUILLERMO SANCLEMENTE Y CÍA. S. EN C. no llevó o cabo ninguna actividad para informarse con ZOFRANCA sobre el resultado del ejercicio del derecho de*

preferencia de los restantes accionistas; 2. GUILLERMO SANCLEMENTE Y CÍA. S. EN C. pretende desconocer el papel de ZOFRANCA como la canalizadora, según los estatutos, de las ofertas de acciones y sus aceptaciones, olvidando que la intervención de ZOFRANCA es necesaria para velar por la transparencia y legalidad del proceso de negociación de acciones; 3. GUILLERMO SANCLEMENTE Y CÍA. S. EN C. conoció que el 23 de septiembre de 2016, ZOFRANCA puso en conocimiento de los accionistas la oferta de las 249 acciones, incluyendo a OTM, por lo que para esa fecha ya sabía que había que esperar a que los socios interesados en su oferta se manifestaran...; 4. Todo indica que, para el 19 de octubre de 2016, SANCLEMENTE ya había recibido el precio por la totalidad de las acciones, pues, manifestó que ya las había dado en venta a OTM y solicitó la expedición de nuevos títulos o favor de la sociedad compradora”.

- La sociedad ZOFRANCA S.A. estableció y reguló en sus estatutos, concretamente en el artículo décimo, el derecho de preferencia en la negociación de acciones y su ejercicio
- POLYBAN nunca recibió comunicación por parte de ZOFRANCA mediante la cual se le informara el resultado del ejercicio del derecho de preferencia en la oferta de acciones de SANCLEMENTE, esto es, qué accionistas habían aceptado la oferta y qué proporción de las acciones ofertadas le correspondía en la misma, según su participación accionaria.
- El 22 de febrero de 2018, el representante legal de ZOFRANCA informó a OTM S.A.S., lo siguiente: *“me permito adjuntar el título No. 334 de fecha febrero 15 de 2018 con 249 acciones emitidos por la Sociedad Operadora Zona Franca Industrial de Bienes y Servicios de Cartagena de Indias S.A. ZOFRANCA S.A. dentro de la oferta de acciones realizada por GUILLERMO SANCLEMENTE Y CÍA”.*
- Al realizar la anotación mencionada en el libro de accionistas, además de intensificar la vulneración del derecho de preferencia de POLYBAN y vulnerar el art. 416 del C. Co., desconoció los propios reglamentos sociales aceptados por todos sus miembros.

2.- Con fundamento en lo anterior, la parte demandante solicitó:

- i) Que se declare la existencia del contrato de compraventa de las acciones de ZOFRANCA que le correspondan a POLYBAN sobre lo oferta de 249 acciones de SANCLEMENTE (CASTELLANA),

aceptado oportunamente por POLYBAN INTERNACIONAL S.A., en ejercicio del derecho de preferencia.

- ii) Que se declare la nulidad absoluta y/o la invalidez del contrato de compraventa de 249 acciones de ZOFRANCA S.A., celebrado entre SANCLEMENTE y OTM, por haber transgredido el ejercicio del derecho de preferencia de la sociedad POLYBAN INTERNACIONAL S.A.
- iii) Que se declare la nulidad absoluta y/o invalidez del registro en el libro de accionistas de ZOFRANCA de la compraventa de las 249 acciones de ZOFRANCA S.A. donde aparece como vendedor GUILLERMO SANCLEMENTE & COMPAÑÍA. S.A.S., y como comprador OPERACIONES TÉCNICAS MARINAS S.A.S., por haber transgredido el ejercicio del derecho de preferencia de la sociedad POLYBAN INTERNACIONAL S.A.
- iv) Que se declare la nulidad y/o lo invalidez del reparto de dividendos que se hubiera efectuado y/o que pueda llegar a surtirse con ocasión de la venta de doscientas cuarenta y nueve (249) acciones de ZOFRANCA S.A., por porte de GUILLERMO SANCLEMENTE & COMPAÑÍA. S.A.S., como vendedor, y OPERACIONES TÉCNICAS MARINAS S.A.S. como comprador, por haber transgredido el ejercicio del derecho de preferencia de POLYBAN INTERNAICONAL S.A.
- v) Como consecuencia de lo anterior, se ordene a la parte demandada el cumplimiento del contrato de compraventa celebrado entre GUILLERMO SANCLEMENTE & COMPAÑÍA S.A.S. (HOY CASTELLANA TECH COLOMBIA S.A.S.) y POLYBAN, respecto de las acciones que le correspondan de las 249 ofrecidas, suministrando a la demandante los datos necesarios para pagar el precio de las referidas acciones.
- vi) Que se reconozcan a la demandante todos los derechos derivados de su calidad de accionista, en especial, el derecho de los dividendos dejados de percibir, con sus rendimientos financieros y/o los intereses que sean del caso, a la máximo tasa legal permitida.
- vii) Que se condene a los demandados al pago de los perjuicios que resultaren demostrados y de las costas incluidas las agencias en Derecho.

II. TRÁMITE Y EXCEPCIONES

1. Por auto de 13 de septiembre de 2019, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cartagena admitió la demanda.

2. Tras haberse notificado, el apoderado judicial de la sociedad OPERACIONES TÉCNICAS MARINAS S.A.S. se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló las siguientes excepciones de fondo:

- i) **“INEXISTENCIA DE VIOLACIÓN DEL DERECHO DE PREFERENCIA DE POLYBAN INTERNACIONAL S.A.”**, porque la demandante *“falló al callar, al no comunicarse con la enajenante como lo ordenan 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 siguió con el negocio.”*
- ii) **“INEXISTENCIA DE NULIDAD ABSOLUTA Y/O INVALIDEZ DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA ENTRE GUILLERMO SANCLEMENTE & CIA SAS (hoy CASTELLANA TECH COLOMBIA S.A.S.) Y OPERACIONES TÉCNICAS MARINAS S.A.S.”**, pues el contrato reprochado cumplió con los estatutos de ZOFRANCA S.A., sin contrariar norma imperativa alguna, ni tuvo objeto o causa ilícita.
- iii) **“EQUIVOACADA INTERPRETACIÓN DEL ART. 407 DEL CÓDIGO DE COMERCIO COMO NORMA IMPERATIVA”**, porque erró la demandante al considerar que el art. 403 y 407 del C. Co. son normas de orden público, pues su naturaleza es dispositiva. También planteó mal la pretensión una nulidad absoluta que no existe, primero porque nunca se le violó el derecho preferencial a POLIYBAN, el negocio se realizó observando los estatutos y la ley, y 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 art. 897 *ibidem*.
- iv) **“PRINCIPIO DE RESERVA LEGAL O TIPICIDAD PRETERMINADA POR EL LEGISLADOR”**, toda vez que la nulidad y/o invalidez pretendida por la demandante no existen en el art. 407 del C. Co.
- v) **“INEFICACIA COMO HIPOTÉTICA CORRECTA SANCIÓN”**, pues el art. 403 del C. Co. corresponde a norma dispositiva,

contempla que las acciones de una sociedad anónima se negocian libremente y sin sujeción a ninguna restricción.

- vi) **“NADIE PUEDE ALEGAR A SU FAVOR SU PROPIA TORPEZA”**, dado que no puede pretender la demandante que se le declare la existencia de un contrato que nunca existió y que se le ordene 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.
- vii) **“INEXISTENCIA DE CONTRATO DE COMPRAVENTA DE ACCIONES ENTRE POLYBAN INTERNACIONAL S.A. y CASTELLANA TECH COLOMBIA S.A.S. (antes GUILLERMO SANCLEMENTE”**, porque al no ocurrir el pago del precio como elemento esencial 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.
- viii) **“DESINTERÉS TÁCITO DE LA DEMANDANTE POLYBAN INTERNACIONAL S.A. EN SEGUIR CON EL NEGOCIO”** porque ante la mudez y dejadez de POLYBAN frente a su obligación de pagar el precio de las acciones, así como 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 a la enajenante de *“vender a quien quiso, porque sencillamente la vendedora no podía esperar 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”*.

3. Por su parte, la apoderada judicial de la sociedad CASTELLANA TECH COLOMBIA S.A.S. -antes GUILLEMRO SANCLEMENTE & CIA SAS- se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló excepciones de mérito:

- i) **“CUMPLIMIENTO DEL DERECHO DE PREFERENCIA”** porque *“muy a pesar de que ZOFRANCA S.A. desatendió su carga obligacional de poner en circulación la oferta de venta de las acciones a los socios en el tiempo estipulado en los Estatutos, que lo pudo haber hecho a través de correos electrónicos y en cartas por correo regular, GUILLERMO SANCLEMENTE & CÍA respetó el término de los 15 días a partir del 23 de septiembre*

2016, para cerrar y comunicar la negociación de venta de acciones a ZOFRANCA S.A. ya que estaba enterado por su hasta ese momento único Ofertante OTM S.A.S. que la carta de oferta de acciones fueron recepcionadas el día 23 de septiembre, para un vencimiento del derecho de preferencia del 14 de octubre de 2016 y es sólo hasta el 19 de octubre de 2016 cuando cierra y comunica la venta de las acciones, porque nadie más le comunicó tener interés. Los tiempos no podían quedar abiertos por la incuria de terceros”.

- ii) **“ZONA FRANCA INDUSTRIAL DE BIENES Y SERVICIOS DE CARTAGENA S.A. DE LA FIGURA DE LA INEFICACIA NEGOCIAL LLAMADA NULIDAD O NULIDAD ABSOLUTA”** dado que *“la sanción deprecada por la sociedad convocante de declarar nulo absoluto el contrato de venta de las acciones de CASTELLANA TECH, COLOMBIA S.A.S. a OTM S.A.S. no es procedente toda vez que se realizó bajo el principio de la libre autonomía de la voluntad, entre personas capaces, no contraviniendo normas de orden público y con objeto y causa lícita”*.
- iii) **“EL DERECHO DE PREFERENCIA ES UNA CLÁUSULA ACCIDENTAL DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA”** dado que el derecho de preferencia por ser un elemento accidental del contrato, *“no es una obligación en tratándose de venta de acciones nominativas. Solamente cuando está consagrado en los estatutos sociales, se hace de obligatorio agotamiento. Por tanto, no es un elemento esencial de la compraventa de acciones, ni se puede volver esencial por estar pactado en los estatutos”*.
- iv) **“LA EXCEPCIÓN GENÉRICA del art. 282 del C.G.P.”**

4. A su vez, la apoderada judicial de ZOFRANCA S.A. también se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló excepciones de mérito:

- i) **“INEXISTENCIA DEL DERECHO FRENTE A ZOFRANCA”** porque *“la oponibilidad y vinculación sólo se daba con la respectiva inscripción de las acciones, de esta manera, la sociedad ZOFRANCA S.A. actuando de buena fe y conforme al interés societario acudió a este procedimiento con el fin de que las partes pudieran ejercer sus derechos, a fin de restaurar el orden y zanjar el estado indefinido de los presuntos vicios latentes del negocio, y lograr con el pronunciamiento de la autoridad competente una solución efectiva a los conflictos presentados”*.

- ii) **“BUENA FE”** porque actuó con la *“conciencia plena de no engañar, ni perjudicar y con la convicción de que las transacciones se cumplieron normalmente, sin abusos, sin desvirtuaciones y sin malicia, aplicando las normas que consagran esta modalidad contractual, ciñéndose a los estatutos y a la práctica observada por la sociedad en la oferta de venta de las acciones”*.
- iii) **“LEGALIDAD DE LAS ACTUACIONES DESPLEGADAS POR ZOFRANCA S.A.”** puesto que sus actuaciones estuvieron enmarcadas dentro de los preceptos de legalidad, cumplimiento de normas y estatutos previstos para el caso.
- iv) **“INEXISTENCIA DEL HECHO GENERADOR DE NULIDAD Y/O INVALIDEZ”** porque no existe ningún hecho o acto producido por la sociedad que haya sido ajeno a los estatutos y a la Ley.
- v) **“INEXISTENCIA DE LOS PERJUICIOS RECLAMADOS”** en la medida que POLYBAN INTERNACIONAL S.A. no tenía ningún contrato, sino que más bien reclama el valor de unas acciones que ni siquiera canceló.
- vi) **“EXCEPCIÓN GENÉRICA”** con base en el art. 282 del CGP.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

1.- Mediante sentencia de primera instancia de fecha 20 de abril de 2021, el *a quo* resolvió:

- i) Declarar la nulidad absoluta del contrato de compraventa de 249 acciones celebrada entre CASTELLANA TECH COLOMBIA S.A.S. (antes GUILLEMRO SANCLEMENTE & CÍA SAS) y la sociedad OPERACIONES TÉCNICAS MARINAS S.A.S.
- ii) *En consecuencia de lo anterior, retrotraer las acciones derivadas del contrato de compraventa antes descrito al estado anterior, realizando las restituciones a que haya lugar dentro de la sociedad y frente a los accionistas y entre GUILLERMO SANCLEMENTE & CIA SAS y OPERACIONES TÉCNICAS MARINAS S.A.S.”*
- iii) Negar las pretensiones 1ª, 5ª, 6ª y 7ª de la demanda.

- iv) “*Negar las excepciones*” propuestas por la parte demandada.
- v) Levantar la medida de inscripción de la demanda.
- vi) Inscribir la sentencia en el libro de accionistas.
- vii) Condenar en costas a la parte demandada. Como agencias en derecho, fijar un S.M.L.M.V.

Como fundamento de lo anterior, el *a quo* manifestó que, con el contrato de compraventa de las acciones de la sociedad ZOFRANCA S.A., celebrado entre CASTELLANA TECH COLOMBIA S.A.S. -antes GUILLERMO SANCLEMENTE & CIA SAS- y la sociedad OPERACIONES TÉCNICAS MARINAS S.A.S., se vulneró el derecho de preferencia para venta de acciones contenido en el artículo 10º del estatuto de la sociedad ZOFRANCA, de conformidad con establecido en los artículos 403 y 407 del Código de Comercio-, dado que lo convenido en los estatutos, específicamente en la cláusula adicionada al contrato social, constituía una norma imperativa que debía ser acatada por los socios, y su no observancia conduce irremediabilmente a la nulidad, conforme a lo previsto en los arts. 403 y 407 del C. de Co.; que, en efecto, el clausulado no es claro en cuanto al procedimiento a seguir para la oferta, sin embargo, lo cierto es que todas las partes decidieron hacerlo a través de ZOFRANCA, tanto la oferente como las socias que la aceptaron, y el que se hubiese hecho así no desvirtúa el negocio, y por el contrario sí ratifica que ese era el medio que debía seguirse, lo que al final no fue acatado por el oferente, el que, sin esperar las comunicaciones de ZOFRANCA procedió a la enajenación con la violación del derecho de preferencia aceptado por Polyban y Juan Carlos Lemaitre Vélez; que se imponía, después de esa aceptación de la oferta de los socios, el acuerdo para hacer la distribución de proporcional entre ellas del lote de acciones, que al no ocurrir, como no ocurrió porque la oferente negoció directamente con OPERACIONES TÉCNICAS MARINAS S.A.S. con desconocimiento de las ofertas de los otros socios, se conculcaron los derechos de éstos. Con esta misma argumentación despacha desfavorablemente las excepciones propuestas, haciendo claridad, además, en que las planteadas por ZOFRANCA no apuntan a enervar las pretensiones de la demanda sino a justificar su actuación, por lo que no se le impuso carga o sanción de algún tipo.

2. Inconforme con lo así decidido, en la misma audiencia, el apoderado judicial de OPERACIONES TÉCNICAS MARINAS S.A.S. apeló la sentencia con fundamento en que el *a quo* realizó una indebida interpretación de los artículos 403 y 407 del C. Co., pues no son una norma imperativa, por lo que no hay lugar a declarar la nulidad del contrato de compraventa de las acciones objeto de este proceso, es decir, no es “*nulidad sino ineficaz de*

pleno derecho y no nulo"; que las estipulaciones contractuales no son esenciales del contrato, de ahí que jamás puedan entenderse como vinculantes.

Por su parte, la apoderada de ZOFRANCA sustentó la alzada con base en que la compraventa de esas acciones se realizó de conformidad con la normativa que rige la materia, razón que impide que haya lugar a declarar la nulidad de esta.

Y, la apoderada de la firma CASTELLANA TECH COLOMBIA S.A.S. fundamento el recurso de apelación con base en las mismas excepciones de mérito que formuló al contestar la demanda.

IV. TRÁMITE DE LA SEGUNDA INSTANCIA

1.- Por auto de 21 de mayo de 2021 se admitió el recurso de apelación conforme prevé el artículo 14 del Decreto 806 de 2020 y, por consiguiente, se otorgó a los recurrentes el término de 5 días para que sustentaran la alzada

2. El apoderado judicial de POLYBAN INTERNACIONAL S.A. formuló apelación adhesiva, a efectos de que se revoque el numeral tercero de la parte resolutive del fallo de primer grado, para, en su lugar, como consecuencia de la nulidad declarada en el numeral segundo de ese providencia, *"se declare la existencia del contrato de compraventa de las acciones de ZOFRANCA que le correspondan a POLYBAN sobre la oferta de 249 acciones de SANCLEMENTE (CASTELLANA), aceptada oportunamente por POLYBAN INTERNACIONAL S.A., en ejercicio del derecho de preferencia"*, toda vez que *"en la primera instancia quedó probado que POLYBAN presentó en tiempo su aceptación a la oferta de venta de las 249 acciones de ZOFRANCA, formulada por CASTELLANA y circulada por ZOFRANCA ante los socios de esta misma sociedad, en el marco del derecho de preferencia consagrado en el artículo décimo (10°) de los estatutos de ZOFRANCA"*.

3. Mediante proveído de 8 de junio de 2021 se admitió la referida solicitud de apelación adhesiva interpuesta por la parte demandante.

V. CONSIDERACIONES

1. Esta Sala es competente para conocer de este recurso de apelación de conformidad con lo establecido en el numeral 1° del artículo

32 del CGP. Así mismo que no se evidencian causales de nulidad que invaliden lo actuado, circunstancia que permite decidir con sentencia de mérito.

2. De entrada, es de resaltar que de acuerdo con lo previsto en el inciso 3º del artículo 328 del CGP., la decisión se restringirá a los reparos formulados por los recurrentes.

3. El artículo 1602 del Código Civil establece: “**LOS CONTRATOS SON LEY PARA LAS PARTES.** *Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.*”

A su vez, el inciso 1º del art. 1741 ibidem prevé: “La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.”

Por su parte, el núm. 1º del art. 899 del C. Co. dice: “**NULIDAD ABSOLUTA.** *Será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos: 1) Cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa...*”

El núm. 3º del art. 379 del C. Co. Consagra: “**DERECHO DE LOS ACCIONISTAS DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA.** *El de negociar libremente las acciones, a menos que se estipule el derecho de preferencia en favor de la sociedad o de los accionistas, o de ambos*”.

El núm. 2º del art. 403 *ibídem* prevé que: “**EXCEPCIONES A LA LIBRE NEGOCIACIÓN DE ACCIONES.** *Las acciones serán libremente negociables, con las siguientes excepciones: ... 2) Las acciones comunes respecto de las cuales se haya pactado expresamente el derecho de preferencia*”.

El art. 845 establece: “**OFERTA ELEMENTOS ESENCIALES.** *La oferta o propuesta, esto es, el proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra, deberá contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario. Se entenderá que la propuesta ha sido comunicada cuando se utilice cualquier medio adecuado para hacerla conocer del destinatario*”.

El artículo 407 indica: “**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.”

Frente al tema, la Sala de Casación Civil expuso: “En línea de principio, las acciones en las sociedades anónimas, son libremente negociables, transmisibles y su negociación transmite la calidad de socio, sin necesidad del consenso de los restantes asociados, según corresponde a la preponderante relevancia de su conformación con un capital o fondo común de aportaciones (*intuitu pecuniae*), resultando de ordinario, indiferentes las calidades personales (*intuitu personae*) de sus asociados. La libre negociabilidad en las sociedades anónimas atañe al *statu socii*, entre cuyos derechos se encuentra “[e]l de negociar libremente las acciones, a menos que se estipule el derecho de preferencia en favor de la sociedad o de los accionistas, o de ambos” (artículo 379, C. de Co) o el legislador así lo disponga (artículo 403 del Código de Comercio).

“Tales restricciones, son estatutarias o legales, vinculantes mientras no excluyan en forma absoluta la transmisión, sino que la limiten, de forzosa observancia y pueden aparecer mediante la concesión de un derecho para la adquisición preferente de las acciones por la sociedad, los accionistas o ambos, respecto de terceros, en cuyo caso, después de su agotamiento, la enajenación es libre o, también referir a la autorización previa para la admisión de quienes reúnan determinadas condiciones o no se encuentren en ciertas situaciones, *verbi gratia*, calidades específicas o ausencia de colisión o conflictos de intereses.

“Cumple anotar que el derecho de preferencia en la negociación de acciones no es elemento esencial del contrato, exige consagración legal o estipulación estatutaria expresa y limita la libre negociabilidad de las acciones consagrado el derecho de la sociedad, el accionista o una y otro, para adquirirlas preferentemente frente a extraños en proporción a su participación de capital en la oportunidad correspondiente”.¹

4. En tal sentido, el derecho de preferencia tiene un carácter contractual, definido por el Consejo de Estado como: “...un privilegio de tipo

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia 2006-00046-01 de 14 de julio de 2010. ID 251182.

patrimonial que deviene del contrato societario, concedido a la sociedad o a los accionistas para que se les prefiera, antes que a terceros, en la negociación de acciones, cuya obligatoriedad y eficacia deviene de la autonomía de la voluntad para la celebración de negocios jurídicos...”², que debe estar regulado de manera completa, para que un accionista que pretenda negociar sus acciones, deberá ofertarlas preferencialmente en los términos del art. 845 del C. Co.

5. En lo que respecta al presente asunto, la escritura pública No. 1975 del 9 de agosto de 2008 de la Notaría Quinta del Círculo de Cartagena, por la que se realizó una reforma estatutaria de la Sociedad ZOFRANCA S.A. en su artículo 10^o estableció: *“las acciones son negociables conforme a la ley, con la limitación del derecho de preferencia establecido en estos estatutos. Los accionistas podrán enajenar libremente sus acciones, pero para la validez de cualquier transferencia es necesario el previo lleno de los siguientes requisitos:*

“a) el socio proyecta enajenar sus acciones o parte de ellas a los accionista (sic) o la sociedad, dirigirá a la sociedad, con expresión de las condiciones en que se va a efectuar la venta de las acciones. La cual tendrá que estar aceptada por el presunto adquirente, quien firmará la referida comunicación y quien deberá someterse a la aprobación de la Junta Directiva o de la Asamblea General.

*“b) Desde la fecha de recibo de la comunicación indicada, la sociedad comunicará a todos los accionistas dentro de los 3 días siguientes la operación proyectada y las condiciones de ellas, **para que manifiesten si están interesados o no en ejercer su derecho de preferencia dentro de los 15 días siguientes a la fecha de la comunicación.***

“c) Si dentro de los plazos señalados, la sociedad y alguno o algunos de los accionantes manifiestan su intención de adquirir las acciones, se preferirá en primer término a los accionantes interesados en la negociación distribuyéndose las acciones en proporción al número que cada uno de ellos posea. Lo mismo aplicará cuando la sociedad manifieste interés en adquirir solo una parte de las acciones que ofrecen.

6.. Establecido lo anterior, desde ya anuncia la Sala que la sentencia de primera instancia será confirmada, conforme pasa a verse:

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia 11001-03-27-000-2009-00025-00 (17700) (24 de mayo de 2012).

En efecto, obsérvese que el representante legal de la sociedad GUILLERMO SANCLEMENTE Y CÍA. S. EN C., mediante comunicación enviada vía electrónica el 7 de septiembre de 2016 al representante legal de ZOFRANCA S.A., “*cumpliendo con los estatutos de la sociedad*”, ofertó la venta de las 249 acciones que posee en dicha sociedad, asignándole un valor a cada una de estas la suma de \$6'400.000, para que “*todos los socios actuales*” hicieran “*uso del privilegio legal de la preferencia*”.

ZOFRANCA S.A., transmitió la oferta a todos los socios, entre ellos, POLYBAN INTERNACIONAL S.A., y a JUAN CARLOS LEMAITRE VÉLEZ, mediante comunicación de 13 de septiembre de 2016.

Para el caso en concreto, tales comunicaciones fueron recibidas de manera efectiva por JUAN CARLOS LEMAITRE VÉLEZ, POLYBAN INTERNACIONAL S.A.S. y OPERACIONES TÉCNICAS MARINAS LTDA. el 23 de septiembre de 2016, luego el término de los 15 días que tenía dichas sociedades para hacer uso del derecho de preferencia establecido en el literal b) del art. 10º contenido en la reforma estatutaria de la Sociedad ZOFRANCA S.A., vencía el 15 de octubre de 2016³; y, los dos primeros radicaron sendos oficios el 23 de septiembre y 14 de octubre de 2016, respectivamente, ante ZOFRANCA y la tercera ante el mismo oferente⁴, informando que harían uso del derecho de preferencia para adquirir las referidas acciones ofertadas, es evidente que estos accionistas hicieron uso de ese derecho de preferencia dentro del término establecido para tal efecto, por lo que, de conformidad con lo establecido en ese mismo estatuto, las acciones en venta debían ser distribuidas “*en proporción al número que cada uno de ellos posea*” en la sociedad ZOFRANCA S.A.

Ahora, si bien la defensa de GUILLERMO SANCLEMENTE Y CÍA. S. EN C. sostiene que vendió las 249 acciones ofertadas a OTM S.A.S, toda vez que los demás accionistas de ZOFRANCA S.A. no hicieron el uso de preferencia dentro del término de los 15 días previsto para el caso, el cual, éste considera debía contarse después de los tres (3) días de que informó de dicha oferta al representante legal de ZOFRANCA S.A., esto es, entre 13 de septiembre al 4 de octubre de 2016, tales aserciones no se encuentran ajustadas a la realidad procesal, pues, aunque la sociedad receptora de esa oferta no informó de la misma a los demás socios dentro de los 3 días siguientes a su recepción, lo cierto es que, de conformidad con lo establecido en el literal b) del art. 10º mencionado, dicho término de 15 días, iniciaba después de que los accionantes recibieran de manera efectiva la respectiva comunicación, que, para el caso en concreto, frente a la sociedad demandante, fue el 23 de septiembre del mismo año.

³ Para estos efectos, los términos en días se cuentan hábiles -parágrafo del art. 829 del C. Co.-

⁴ Cuaderno principal, folios 175, y 642, respectivamente.

Y es que la mora en que pudo incurrir la misma ZOFRANCA S.A., en la trasmisión de la oferta a los socios, es decir, hacerla después de los tres días dispuestos en el estatuto, no podría afectar los intereses de los integrantes de la sociedad. Debe tenerse en cuenta, como hecho indicador de la conformidad con la comunicación, que ninguna de las socias expresó su oposición a tal procedimiento.

Así mismo, el hecho de que JUAN CARLOS LEMAITRE VÉLEZ y los representantes de OPERACIONES TÉCNICAS MARINAS LTDA y POLYBAN S.A.S. radicaron las comunicaciones ante la primera, acogándose al derecho de preferencia para adquirir las acciones ofertadas por GUILLERMO SANCLEMENTE Y CÍA. S, EN C., tal circunstancia no es óbice para que el representante legal de esta última, actuando con diligencia y lealtad frente a sus consocios, indagara ante ZOFRANCA por otros interesados en comprar esas acciones, pues, además de ser la sociedad mediante la que informó a los demás accionistas sobre esa venta, según se desprende de los interrogatorios de parte que ante el *a quo* absolvieron todos los representantes legales de las sociedades litigantes y de la declaración que rindió la apoderada judicial de ZOFRANCA S.A., abogada ANA MARÍA HORNILLO, todos ellos indicaron al unísono cuál era el procedimiento.

Y es que a falta de un protocolo que se debiera seguir para la oferta hasta llegar a la venta, luego de que cualquier accionista pusiera en venta acciones de esa sociedad, se consolidó una práctica inveterada consistente en que los interesados radicaran la oferta ante ZOFRACA S.A., que esta la informaba a los socios para que manifestaran oportunamente si hacían uso del derecho de preferencia, y luego la materialización de la transacción, lo cual, valga destacar, resulta concordante con la información contenida en el abundante acervo probatorio que se incorporó con la demanda y que da muestra de que ese era el histórico proceder en circunstancias semejantes, luego no puede alegarse, por ninguna de ellas, que lo desconocían -fls-113-178-.

Consecuente con lo anterior, era deber de la oferente descartar ante ZOFRANCA la existencia de otros consocios interesados en adquirir las acciones por ésta ofertadas, máxime que, sin haber vencido el término de 15 días para tal efecto, esto es, el 15 de octubre de 2016, GUILLERMO SANCLEMENTE Y CÍA S. EN C. ya tenía comprometidas esas acciones con OTM LTDA, dado que, conforme se desprende de la “*CARTA COMPROMISO DE CESIÓN DE ACCIONES*” suscrita por estas accionistas el 30 de septiembre del mismo año, OTM S.A.S. entregó por dicha negociación a GUILLERMO SANCLEMENTE Y CÍA la suma de

\$678'525.000,00⁵, lo que, a su vez estaba supeditado a devolver en la proporción a que hubiera lugar, en el caso de que otros accionistas ejercieran el uso de preferencia, lo cual no fue indagado ante el administrador y/o representante legal de ZOFRANCA S.A.

Así mismo, pese a que JUAN CARLOS LEMAITRE VÉLEZ fue reiterativo en afirmar que desistió del uso derecho de preferencia que ejerció para adquirir las 249 acciones ofertadas de marras, lo cierto es que, revisado el expediente, aquél no aportó prueba alguna con la que acredite tal circunstancia.

Por tanto, ante la omisión de las sociedades demandadas del requisito o formalidad contenido en el artículo 10º del contrato social, es evidente que con el contrato de compraventa de las 249 acciones de ZOFRANCA S.A., celebrado el 30 de septiembre de 2016 entre GUILLERMO SANCLEMENTE Y CÍA y OPERACIONES TÉCNICAS MARINAS LTDA, se configuró una nulidad absoluta, como bien lo sostuvo el *a quo*, pues las disposiciones contenidas en el contrato social, concretamente las referidas al derecho de preferencia para la venta de acciones de sociedad anónima, adquieren la misma dimensión de normativa legal, de acuerdo con lo previsto por los arts. 403 y 407 del C. de Co.

En efecto, tal circunstancia las eleva a esa condición vinculante, que las convierte en obligatorias para los socios, tanto que de no cumplirse afectan la validez del contrato que pueda celebrarse sin su cumplimiento. No se trata de estipulaciones convencionales accidentales, como equivocadamente lo plantea la parte demandada, sino definitivas, y se reitera, vinculantes, por tanto, esenciales de cualquier contrato derivado de ellas.

Se trata entonces, del ejercicio de la libertad contractual del que gozan los asociados, quienes pueden convenir o no sobre el derecho de preferencia, pero que una vez estatuido por ellos, afecta la libertad negocial de las acciones (art. 403) y obliga someterse a la normativa que regula su transacción (art. 407).

Como consecuencia de lo discurrido, se puede inferir que se da respuesta a los reparos formulados por los apoderados judiciales de las sociedades demandadas, los que están ineluctablemente llamados al fracaso.

De otro lado, en relación a la apelación adhesiva interpuesta por el apoderado judicial de POLYBAN INTERNACIONAL S.A., en el sentido de

⁵ Folio 644 cdno. ppal.

que se revoque el ordinal 3º del fallo de primer grado, a efectos de que “se declare la existencia del contrato de compraventa de las acciones de ZOFRANCA que le correspondan a POLYBAN sobre la oferta de 249 acciones de SANCLEMENTE (CASTELLANA), aceptada oportunamente por POLYBAN INTERNACIONAL S.A., en ejercicio del derecho de preferencia”; tal pretensión resulta a todos luces improcedente, pues la misma conllevaría a desconocer el derecho de preferencia que otros societarios que al igual que la sociedad impugnante, también hicieron el uso de preferencia para adquirir las 249 acciones ofertadas por GUILLERMO SANCLEMENTE Y CÍA.

Ahora, en lo atinente a si la figura que desencadenaba el irregular proceder de omisión del derecho preferencial que les asistía a las demás socias, era el de nulidad o ineficacia no es trascendente ante las resultas expuestas, pues los efectos de una y otra invariablemente conducen a lo mismo, esto es, retrotraer toda la gestión al estado de la aceptación de la oferta, lo que haría vano su análisis. La Sala de Casación Civil ha expuesto sobre este tópico: “Una vez declarada la ineficacia jurídica del contrato de venta de acciones, la consecuencia que hay que imponer es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto o negocio no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre).

“Lo anterior es así por cuanto el Código de Comercio no prescribe los efectos específicos para cada una de las formas de invalidez en él mencionadas; lo que hace necesario acudir a las reglas que rigen esa materia en el campo civil, en aplicación del principio de remisión previsto en el artículo 822 de la codificación mercantil, según el cual «los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa».

“Luego, por aplicación extensiva del artículo 1746 del Código Civil, es preciso aplicar a los casos de ineficacia comercial los efectos que la ley consagró para la nulidad:

«La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre objeto o causa ilícita.

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y

del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo».

“Cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz (como el artículo 897 del Código de Comercio), la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás; lo cual tiene la aptitud de producir acción contra terceros poseedores. Así lo consagra expresamente el artículo 1748: «La nulidad judicialmente pronunciada da acción reivindicatoria contra terceros poseedores, sin perjuicio de las excepciones legales».

“Como el vicio invalidante se produce en el origen o conformación del negocio, es natural que la invalidez se retrotraiga a ese instante, desapareciendo todos los efectos que pudo haber producido desde entonces. Esta retroactividad se da en las relaciones de los contratantes entre sí, o bien respecto de terceros, siempre que hayan sido parte en el proceso.”⁶

Así las cosas, aún si en gracia de discusión se diera por establecido que en este caso hubo una ineficacia y no una nulidad, resultaba del todo procedente que la parte actora pidiera dicha declaración en sede judicial para que, subsecuentemente, se surtieran los efectos propios de esa irregularidad, los cuales, según se anotó, estaban dirigidos a retrotraer y dejar sin efectos los actos desarrollados en cumplimiento del contrato viciado. Corolario de lo anterior es que ambas figuras confluyen en el fenómeno de la invalidez.

De esta manera, como viene expresado, ante la improsperidad de los reparos formulados por los apoderados judiciales de las partes, se confirmará la sentencia de primer grado y no habrá condena en costas, por no aparecer causadas.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cartagena de Indias, Sala Civil Familia, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia SC3201-2018.

RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR sentencia proferida el 20 de abril de 2021, por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cartagena, en el asunto de la referencia, por las razones plasmadas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO. No hay lugar a condenación en costas por no aparecer causadas.

TERCERO. Devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE⁷

Firmado Por:

**Oswaldo Henry Zárate Cortés
Magistrado
Sala Civil Familia
Tribunal Superior De Bolivar**

**Marcos Roman Guio Fonseca
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Civil Familia
Tribunal Superior De Cartagena - Bolivar**

**Giovanni Diaz Villarreal
Magistrado
Sala 002 Civil Familia
Tribunal Superior De Cartagena - Bolivar**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

194a8ea7bfb93f495fa7b286d18634fe4c5d91713e07f45156fea6aebc490078

⁷ El contenido de esta providencia y el estado en el cual aparece notificada, pueden ser consultados en el link <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunalsuperior-de-cartagena-sala-civil>.

Rad: 13001-03-002-2019-00163-01
VERBAL de POLYBAN INTERNACIONAL S.A. Vs.
ZONA FRANCA INDUSTRIAL DE BIENES Y SERVICIOS DE CARTAGENA y Otros

Documento generado en 30/03/2022 03:44:52 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente
URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**