

Fol. No 2063.



1 copia -  
1 hoja

USO EXCLUSIVO  
NOTARIA CUARTA

PROTOCOLIZACION

Expediente que contiene la actuación  
cumplida por el Tribunal de Arbitra-  
mento que dirimió el conflicto entre  
IGNACIO MOLINA GIRALDO Y PREDRO JA-  
VIER MOLINA ARANGO frente a ALMACE-  
NES EXITO.

Martha.

X.X.X.X.X.X.X.X.X.X.X.X.X.X.X.X.X.X.X.

NUMERO: MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y OCHO. - - - (# 1.988).

En la ciudad de Medellín, departamento de Antioquia, Repú-  
blica de Colombia, a veinticinco (25) de mayo - - - -  
del dosmil cuatro (2004), ante mí, FRANCISCO ALONSO GARCES  
CORREA, Notario Cuarto del Circulo Notarial de Medellín,  
comparece el doctor GUILLERMO MONTOYA PEREZ, quien se  
identifica con la cédula de ciudadanía número 70.031.842  
expedida en Medellín, y manifiesta:-----

**PRIMERO:** Que es colombiano de nacionalidad y domiciliado en  
Medellín.-----

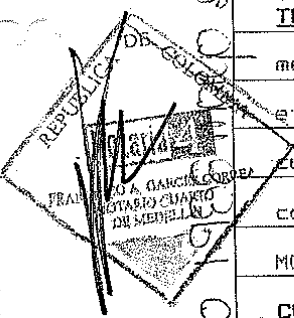
**SEGUNDO:** Que en el presente acto, obra en su propio nombre  
y representación.-----

**TERCERO:** Que obrando en la calidad indicada, viene por  
medio de este público instrumento, a protocolizar como en  
efecto lo hace, el expediente que contiene la actuación  
cumplida por el Tribunal de Arbitramiento que dirimió el  
conflicto entre IGNACIO MOLINA GIRALDO y PEDRO JAVIER  
MOLINA ARANGO frente a ALMACENES EXITO S.A.-----

**CUARTO:** Dicho expediente consta de seis (6) cuadernos así:  
1) con 384 folios; 2) con 180 folios; 3) con 224 folios; 4)  
con 151 folios; 5) con 94 folios y 6) con 65 folios.-----

**QUINTO:** El suscrito Notario Cuarto, recibe dicho expedien-  
te y lo agrega al protocolo, a continuación de la presente  
-----  
-----

1988/05/25/01  
Escritura número



*[Handwritten signature]*

*[Handwritten initials]*

escritura, con el fin de que sea consultada por los interesados y se expidan copias que se soliciten.

Hasta aquí el texto de la escritura. Leída por el compareciente, la encuentra corriente y en constancia la firma en prueba de su asentimiento, junto con el suscrito Notario Quien en esta forma la autoriza.

La presente escritura se elaboró en una hoja de papel notarial número WK-0519976.- Derechos Notariales \$ 33.390.00 Resolución número cuatro mil cuatrocientos setenta (4470) de fecha diecisiete (17) de diciembre del dosmil tres (2003). Así se firma.-

GUILLERMO MONTOYA PEREZ.

CC.#. 70.031.842 hued

PRESIDENTE DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO

FRANCISCO ALONSO GARCÉS CORREA

- Notario Cuarto -

Es Fiel y primera Copia de la Escritura  
Pública nº 1988 de mayo 25 2004  
Expedida y Acreditada en UNA Hojas Útiles  
Se destina para el caso de IGNACIO MOLINA GIRALDO Y OTRO.  
Móvil de mayo 25 de 2004

FRANCISCO ALONSO GARCÉS CORREA

- Notario Cuarto. -

## AUDIENCIA DE FALLO

Medellín, once (11) de agosto del año dos mil tres (2003).

En la ciudad y fecha, arriba indicadas, en la sede del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín, siendo las diez y seis horas y treinta minutos (16:30), se reunieron los árbitros Guillermo Hincapié Orozco, Guillermo Montoya Pérez y Carlos Aníbal Restrepo Saldarriaga y el Secretario Fernando Ossa Arbeláez con el fin de proferir el laudo que dirima el conflicto que ha dado lugar al proceso arbitral promovido por Ignacio Molina Giraldo y Pedro Javier Molina Arango contra Almacenes Éxito S.A.

Los árbitros informaron al Secretario que luego de varias reuniones para analizar la prueba y para acordar el fallo tomaron, por mayoría, la decisión que a continuación se presenta:

### LAUDO ARBITRAL

En la ciudad de Medellín, a los once (11) días del mes de agosto del año dos mil tres (2003), siendo las diez y seis horas y treinta minutos (16:30), en la sede del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín (Carrera 46 # 52-82, piso 7º), los suscritos en su calidad de árbitros, con el acompañamiento del Secretario del Tribunal, han decidido por mayoría el litigio entre Ignacio Molina Giraldo y Pedro Javier Molina Arango, como parte convocante, y Almacenes Éxito S.A., como parte convocada. La decisión está precedida de los antecedentes y consideraciones motivadas que a continuación se transcriben:

#### 1. Antecedentes.

1.1. Los señores Ignacio Molina Giraldo y Pedro Javier Molina Arango solicitaron, al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín, la conformación de un Tribunal de Arbitramento para dirimir las diferencias suscitadas entre ellos y la sociedad Almacenes Éxito S.A. a raíz de la fusión dada entre ésta y la sociedad Gran Cadena de Almacenes Colombianos S.A. (CADENALCO).

1.2. En el escrito de demanda, la parte convocante relacionó como hechos fundantes de las peticiones los siguientes:

1.2.1. Almacenes Éxito S.A. el diez y ocho (18) de enero del año de mil novecientos noventa y nueve (1999) obtuvo un pronunciamiento favorable de la Superintendencia de Industria y Comercio para la adquisición del control de la sociedad Gran Cadena de Almacenes Colombianos S.A. (Cadenalco).

A través de una oferta pública de Intercambio (OPI), Almacenes Éxito S.A. adquirió, en el mes de febrero del año de mil novecientos noventa y nueve (1999), la mayoría accionaria en la sociedad Gran Cadena de Almacenes Colombianos S.A. (Cadenalco). La operación de intercambio se hizo a razón de una (1) acción de Almacenes Éxito S.A. por dos punto cinco (2.5) acciones de la sociedad Gran Cadena de Almacenes Colombianos S.A. (Cadenalco).

1.2.2. A partir de la toma de la mayoría accionaria en la sociedad Gran Cadena de Almacenes Colombianos S.A. (Cadenalco), por parte de Almacenes Éxito S.A., se estableció entre las mencionadas sociedades "un proceso de integración, soportado en un acuerdo de colaboración empresarial" y se firmó un compromiso de fusión entre las mismas.

1.2.3. Las Asambleas de accionistas de las Sociedades Gran Cadena de Almacenes Colombianos S.A. (Cadenalco) y Almacenes Éxito S.A., celebradas el día treinta y uno (31) de agosto del año dos mil uno (2001) aprobaron la fusión de las dos sociedades, fusión que se protocolizó mediante escritura pública número cinco mil doce (5012) del nueve (9) de noviembre de año dos mil uno (2001) de la Notaría Veintinueve (29) del Círculo Notarial de Medellín.

1.2.4. Los señores Ignacio Molina Giraldo y Pedro Javier Molina Arango, para la fecha de la fusión entre Gran Cadena de Almacenes Colombianos S.A.

*(Cadenalco) y Almacenes Éxito S.A., eran propietarios, respectivamente, de trescientas veinticinco mil cuatrocientas siete (325.407) acciones y diez y nueve mil ochocientas cincuenta y una (19.851) acciones.*

*Los señores Molina Giraldo y Molina Arango se opusieron a la fusión de las sociedades Gran Cadena de Almacenes Colombianos S.A. (Cadenalco) y Almacenes Éxito S.A. y en la Asamblea de accionistas de la primera, celebrada el día treinta y uno (31) de agosto del año dos mil uno (2001), votaron negativamente la proposición de fusión y dejaron constancia escrita de sus razones.*

*Las razones de la oposición fueron: a) No estar de acuerdo con las valoraciones de las compañías porque se empleó el método de flujo de caja descontado cuando debió emplearse el método de comparación patrimonial por ser más lógico, equitativo y justo. B) No entender la variación en la proporción de intercambio ( $4.7 \times 1$ ) cuando con anterioridad se habían dado otras proposiciones ( $2.5 \times 1$  y  $2.84 \times 1$ ).*

- 1.2.5. Los señores Ignacio Molina Giraldo y Pedro Javier Molina Arango consideraron que la fusión de las sociedades Gran Cadena de Almacenes Colombianos S.A. (Cadenalco) y Almacenes Éxito S.A. les causó una desmejora en sus derechos patrimoniales razón por la cual le comunicaron al Presidente de la Sociedad Gran Cadena de Almacenes Colombianos S.A. (Cadenalco) su decisión de ejercer el derecho de retiro con fundamento en el artículo 12 de la ley 222 de 1995. En comunicación de fecha cinco (5) de septiembre del año dos mil uno (2001) los accionistas Molina Giraldo y Molina Arango señalaron que ellos estimaban, con fundamento en los valores intrínsecos de las acciones, que la*

fusión les ocasionaba un perjuicio patrimonial equivalente al 25.38% de sus inversiones porque al darse la relación de intercambio accionario tendrían una pérdida de ciento ochenta y seis millones ciento cuarenta y dos mil doscientos sesenta pesos (\$186.142.260). En comunicación de fecha diez y ocho (18) de septiembre del año dos mil uno (2001) el Presidente de la sociedad Gran Cadena de Almacenes Colombianos S.A. (Cadenalco) expresó la discrepancia con los planteamientos de los accionistas Molina Giraldo y Molina Arango.

1.2.6. Conforme aparece en los estatutos, de la Compañía absorbida, las controversias suscitadas en el ejercicio del derecho de retiro deben ser sometidas a la decisión de un Tribunal de Arbitramento. Las partes en conflicto han designado los árbitros y han acordado que el Tribunal funcione en la ciudad de Medellín y que el fallo se profiera "en conciencia".

1.3. Consecuente con los hechos, la parte convocante solicitó al Tribunal que hiciera las siguientes declaraciones y condenas:

1.3.1. Que se declare que los señores Ignacio Molina Giraldo y Pedro Javier Molina Arango, en su condición de accionistas de Gran Cadena de Almacenes Colombianos S.A. (Cadenalco), sufrieron una desmejora de sus derechos patrimoniales consistente en la disminución del valor patrimonial de sus acciones, como consecuencia de la fusión de Gran Cadena de Almacenes Colombianos S.A. (Cadenalco) y Almacenes Éxito S.A., aprobada por las Asambleas Generales de Accionistas de Gran Cadena de Almacenes Colombianos S.A. (Cadenalco) y Almacenes Éxito S.A., en sus reuniones extraordinaria del 31 de agosto de 2001 y solemnizada por la escritura pública

número 5012 del 9 de noviembre del 2001, de la Notaría Veintinueve del círculo de Medellín.

1.3.2. Que se condene a Almacenes Éxito S.A., a pagar las costas del proceso arbitral.

1.4. El Centro de Conciliación de La Cámara de Comercio de Medellín admitió la solicitud y ordenó notificar a la parte contraria, conforme aparece en providencia de fecha diez y siete (17) de mayo del año dos mil dos (2002) obrante en el expediente a folios ciento cuarenta y nueve (149).

1.5. Agotados los trámites para la notificación personal la sociedad convocada dio respuesta a la demanda y se opuso a las peticiones de la demanda porque estima que no se dan los presupuestos para que ellas sean acogidas. Resalta la parte convocada, en el escrito de contestación, que no es lícito emplear el método de comparación patrimonial para valorar empresas en marcha y que por lo tanto no puede establecerse el valor de intercambio tomando los valores intrínsecos de las acciones.

Almacenes Éxito S.A. manifiesta que la actuación de la Compañía "Salomón Smith Barney" estuvo acorde con las realidades del mercado y que la real situación de la sociedad Gran Cadena de Almacenes Colombianos S.A. (Cadenalco) fue la reflejada en la relación de intercambio acordada para la fusión. Así las cosas, los convocantes no sufrieron ningún deterioro patrimonial y, por el contrario, la fusión vino a detener una grave disminución patrimonial porque el valor real de las acciones de la sociedad absorbida disminuía día a día por diversos factores ajenos al control de mayorías efectuado por la absorbente. Concluye la sociedad convocada que si no se dan los presupuestos de la pretensión, ésta está llamada a fracasar.

1.6. El Centro de Conciliación y Arbitraje de La Cámara de Comercio de Medellín citó a las partes para agotar la etapa de la conciliación, sin lograr un acuerdo directo entre ellas.

1.7. Ante el fracaso de la etapa de conciliación el Centro de

*Conciliación y Arbitraje de La Cámara de Comercio de Medellín, integró el Tribunal de Arbitramento que aquí va a proferir el fallo.*

## **2. De los hechos relacionados con el conflicto.**

*De la demanda y de su contestación se pueden sintetizar los hechos relacionados con el conflicto, así:*

*2.1. La parte convocante estima que la fusión de las sociedades Gran Cadena de Almacenes Colombianos S.A. (Cadenalco) y Almacenes Éxito S.A. le causó detrimento patrimonial y en consecuencia hay fundamento para ejercer el derecho de retiro, previa declaración del perjuicio patrimonial y por ello se depreca del Tribunal tal pronunciamiento.*

*2.2. La parte convocada opina en contrario, esto es, que la fusión no causó lesión patrimonial y que, por el contrario, ella reportó y reporta beneficios para los accionistas, razón por la cual las pretensiones de la demanda están llamadas a fracasar.*

## **3. Breve Historia del proceso.**

### **3.1. Solicitud.**

*El catorce (14) de mayo del año dos mil dos (2002) los señores Ignacio Molina Giraldo y Pedro Javier Molina Arango, representados por el abogado Rodrigo Agudelo Muñoz, presentaron ante la Secretaría del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín la demanda para incoar un proceso arbitral que permitiera dirimir el conflicto que aquellos tenían con la sociedad "Almacenes Éxito S.A." en razón de haber absorbido ésta a la sociedad Gran Cadena de Almacenes Colombianos S.A. (Cadenalco).*

### **3.2. Intervención del Centro.**

*Mediante auto de veintisiete (27) de mayo del año 2002 la jefe de la unidad de arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín admitió la solicitud de convocatoria y ordenó notificar a las partes tal decisión.*



### **3.3. Notificación Personal.**

*La notificación personal a la sociedad convocada se hizo el día veinte (20) de mayo del año dos mil dos (2002).*

### **3.4. Intervención de la contraparte.**

*Obra en el expediente la contestación de la demanda con oposición. La convocada actuó durante todo el proceso con la coadyuvancia del abogado Alejandro Ochoa Botero.*

### **3.5. Audiencia de Conciliación.**

*Debidamente señalada la fecha y hora para la diligencia de conciliación, diez y seis (16) de julio del año dos mil dos (2002), no hubo acuerdo y se declaró agotada la etapa de conciliación y se ordena seguir adelante con el procedimiento.*

### **3.6. Instalación del Tribunal.**

*Las partes habían acordado la designación de árbitros conforme aparece a folios ciento cuarenta y ocho (148) del cuaderno número uno (1) del expediente. El Dr. Jesús Llano Ramírez no aceptó la designación y fue reemplazado, por acuerdo de las partes, por el Dr. Guillermo Montoya Pérez.*

*En audiencia celebrada el veinte (20) de septiembre del año dos mil dos (2002) a las once horas (11:00) el Tribunal se declaró formalmente instalado, señaló los honorarios para los árbitros y para el secretario; así mismo señaló el monto de los gastos que demande el trámite arbitral.*

### **3.7. Consignación de Honorarios.**

*Dentro de la oportunidad debida los honorarios y gastos totales fueron consignados por las partes, en la proporción señalada por el Tribunal.*

### **3.8. Primera Audiencia de Trámite.**

*El día veintiuno (21) de octubre del año dos mil dos (2002) a las once horas (11:00) se celebró la primera audiencia de trámite en la cual se dio cumplimiento al procedimiento*

*legal, señalándose que el diferendo sometido a arbitraje es de naturaleza privada, que es susceptible de arbitraje, que debe rituarse de acuerdo con la ley 446 de 1.998, que el fallo debe proferirse "en conciencia" por determinación de las partes. El Tribunal asume la competencia de la causa y procede a decretar las pruebas conforme a las peticiones de la demanda y la contestación.*

### **3.9. Práctica de Pruebas.**

*Las pruebas debidamente decretadas (testimonios, solicitud de documentos, apreciación de otros documentos y dictamen pericial) se practicaron en su totalidad como se puede constatar en el expediente.*

### **3.10. Alegaciones.**

*El día treinta y uno (31) de julio del año dos mil tres (2003) a las catorce horas y treinta minutos (14:30) habiendo sido previamente citadas las partes, se llevó a cabo la audiencia para oír las alegaciones de conclusión o alegaciones de bien probado.*

### **3.11. Citación para proferir el Laudo.**

*Mediante auto de treinta y uno (31) de julio del año dos mil tres (2003) el Tribunal fijó para el día once (11) de agosto del año dos mil tres (2003) a las diez y seis horas y treinta minutos (16:30) la fecha para proferir el Laudo, auto que fue notificado en estrados.*

## **4. Consideraciones.**

*El Tribunal a efectos de proferir el Laudo Arbitral hace, previamente, las siguientes consideraciones:*

### **4.1. De los Presupuestos Procesales.**

*La Jurisprudencia y la Doctrina colombianas tienen establecidos como presupuestos procesales, la Jurisdicción, La Competencia, La Capacidad para ser parte, La Capacidad Procesal y La Demanda en Forma.*

*En el caso subjudice es menester analizar cada uno de ellos para establecer si están presentes o no en este*

proceso.

#### 4.1.1. De la Jurisdicción.

*En estricto sentido se entiende por Jurisdicción "La función pública de Administrar Justicia, emanada de la Soberanía del Estado y ejercida por un órgano especial". Esta función está atribuida por la Constitución Nacional, Artículo 116, último párrafo, de manera transitoria, a los particulares, en condición de "árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determina la ley". Por su parte, la ley 446 de 1.998 y el Decreto 1.818 de 1.998, establecen las varias clases de arbitramento, las materias susceptibles de ser sometidas al mismo, las formas de convenirlo y el trámite que debe imprimirse al proceso arbitral. En el caso que ocupa la atención de este tribunal, se encuentra que está investido de la Jurisdicción en virtud de las normas constitucionales y legales citadas, y de la decisión de las partes de someter sus diferencias a la decisión de árbitros renunciando a hacer valer sus pretensiones ante los jueces ordinarios, contenida en la Cláusula Compromisoria del contrato social. De esta manera el Tribunal está investido de la Jurisdicción.*

*Entienden los árbitros que el señalamiento de "fallo en conciencia" corresponde al llamado "fallo en equidad", por las razones que más adelante se expresarán.*

#### 4.1.2. De la Competencia

*Se entiende por competencia, desde un punto de vista subjetivo, la facultad conferida a cada Juez para ejercer la Jurisdicción dentro de los límites en que le es atribuida, y desde un punto de vista objetivo, el conjunto de asuntos o causas en que, con arreglo a la ley, puede el Juez ejercitar su*

### *Jurisdicción.*

*En el caso de autos, las partes acordaron en la Cláusula compromisoria que las eventuales diferencias que surgieran entre ellas por razón del contrato, fueran resueltas por árbitros, designados por las partes, como efectivamente lo hicieron quedando investidos de la competencia necesaria desde el punto de vista subjetivo. La misma Cláusula Compromisoria estableció que quedaban sometidas a la competencia de los árbitros, así nombrados, las diferencias que se suscitarán entre las partes por razón del contrato y como el Tribunal se convocó precisamente con el propósito de que se resolvieran las diferencias efectivamente surgidas con ocasión de la fusión, se ha configurado la competencia del Tribunal por el aspecto objetivo.*

#### **4.1.3. De la Capacidad para ser parte.**

*De conformidad con el Artículo 44 del C. de P.C.:*

**"Toda persona natural o jurídica puede ser parte en un proceso".**

**"Tienen capacidad para comparecer por sí al proceso las personas que pueden disponer de sus derechos. Las demás deberán comparecer por medio de sus representantes, o debidamente autorizadas por éstos con sujeción a las normas sustanciales."**

**"Las personas jurídicas comparecerán al proceso por medio de sus representantes, con arreglo a lo que disponga la Constitución, la ley o los estatutos..."**

*En este proceso concurren como provocantes o demandantes dos personas jurídicas individuales, a saber: Ignacio Molina Giraldo y Pedro Javier*

*Molina Arango, mayores de edad, y vecinos de Medellín, quienes han comparecido al proceso y se han identificado debidamente, y quienes han manifestado que actúan en sus propios nombres, lo que significa que tienen capacidad para ser parte en este proceso.*

*La parte provocada lo es una persona jurídica colectiva Almacenes Éxito S.A de quien está suficientemente acreditada la existencia de ella, mediante el documento pertinente que lo es el certificado expedido por la Cámara de Comercio de Medellín que obra en el expediente. De conformidad con el mencionado certificado, el señor Santiago Vélez Penagos está inscrito como representante legal de la sociedad mencionada; surge de todo lo anterior que la entidad convocada tiene capacidad para ser parte.*

#### **4.1.4. De la Capacidad Procesal.**

*La capacidad procesal no es más que el llamado derecho de postulación, atribuido por la ley (Código de Procedimiento Civil, artículo 63) a los abogados inscritos. El Tribunal observa que tanto la parte provocante como la provocada se encuentran asistidas por profesionales idóneos; hay por lo tanto capacidad procesal establecida.*

#### **4.1.5. De la Demanda en Forma.**

*Según las disposiciones regulantes del arbitramento, "La solicitud de Convocatoria deberá reunir todos los requisitos exigidos por la Ley para la Demanda...". El C. de P.C. en sus Artículos 75 y siguientes establece los requisitos de forma y contenido que debe tener "La Demanda con que se promueve todo proceso".*

*En la demanda se anotan los nombres y domicilios de los demandantes y de la demandada, nombre y domicilio del representante de la Sociedad provocada, el nombre del apoderado judicial, lo*

que se pretende, expresado con precisión y claridad, los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones, el derecho que se invoca, la indicación de la clase de proceso que corresponde, la petición de las pruebas y las direcciones para notificaciones personales.

Al escrito de convocación se acompañó el poder para iniciar el proceso y la copia de los estatutos de la sociedad Gran Cadena de Almacenes Colombianos S.A. (Cadenalco).

Por lo anterior, el Tribunal tiene por cumplido el presupuesto procesal de la "Demanda en Forma".

#### 4.2. De otras circunstancias procesales.

Además de los presupuestos procesales analizados en los numerales 4.1.1. a 4.1.5. supra, hay otras circunstancias procesales que deben analizarse sin entrar a discutir si son o no presupuestos procesales. Tales:

##### 4.2.1. De la Legitimación en la Causa.

Tener legitimación en la causa, consiste en ser la persona o grupo de personas que, de conformidad con la ley sustancial, puede formular o contradecir las pretensiones contenidas en la demanda. Esta legitimación determina, al decir de Devis Echandía "No sólo quienes puedan obrar en el proceso con derecho a obtener sentencia de fondo, sino además, quienes deban estar presentes para que sea posible esa decisión de fondo". (Compendio de Derecho Procesal, Tomo I, Teoría General del Proceso Quinta Edición, Editorial A.B.C. Bogotá, 1.976, Página 246).

Con relación a la parte provocante, no encuentra el Tribunal ningún reparo para admitir la legitimación en causa de los señores Ignacio Molina Giraldo y Pedro Javier Molina Arango, como que son las personas que en su calidad de accionistas están llamados por la ley para aducir las pretensiones

*contra la parte provocada; ésta, por su parte, detenta la calidad de sociedad absorbente y es la llamada por la ley a contradecir las pretensiones de la parte provocante como continuadora de la personalidad de la compañía absorbida.*

*Finalmente, se anota que como la parte provocante afirmó ser titular de la relación jurídica sustancial que subyace y da origen a la relación procesal, y también afirmó que la misma titularidad asistía a la persona jurídica, colectiva provocada, la cual no lo ha negado, el Tribunal encuentra que existe la llamada Legitimación ordinaria y que por lo tanto puede proceder a un pronunciamiento de fondo.*

#### **4.2.2. Del Interés para obrar.**

*Se conoce como el "Interés Jurídico Sustancial particular y concreto que induce, al Demandante, a reclamar la intervención del órgano Jurisdiccional del Estado, a fin de que mediante sentencia resuelva sobre las pretensiones invocadas en la Demanda, y al demandado, a contradecir esas pretensiones, si no se halla conforme con ellas..." (Devis Echandía, texto citado).*

*En el caso de autos, el interés para obrar en la provocante es concreto, actual y cierto, pues las pretensiones por ella formuladas, en caso de ser declaradas, constituirían el remedio jurídico que busca frente a su situación con la parte provocada con relación a los efectos de la fusión. Y para la parte provocada o demandada, el interés para obrar está configurado por la necesidad de defenderse de las imputaciones que se le hacen y en la conveniencia que para ella tiene salir absuelta de tales cargos.*

#### **4.3. De la Fusión y sus efectos en relación con los accionistas Ignacio Molina Giraldo y Pedro Javier Molina Arango.**

*El fenómeno jurídico de la Fusión puede ocasionar perjuicios a los accionistas de las compañías que hagan parte de la absorción; cuando ello ocurre la ley otorga la oportunidad a las perjudicadas de ejercer el llamado "Derecho de Retiro" previa comprobación de la existencia del perjuicio y dentro de los parámetros señalados en la Ley 222 de 1995.*

*El Tribunal considera que el fenómeno jurídico de la fusión, en el caso sometido a su consideración, no puede circunscribirse al momento de la realización de las asambleas donde se aprobó formalizar la absorción; el fenómeno jurídico de la fusión corresponde a un amplio período que va desde la autorización para la toma de mayorías hasta la protocolización de los acuerdos de fusión. Así las cosas, es claro para el Tribunal que todas las circunstancias económicas y financieras acaecidas en ese período afectan, positiva o negativamente a los accionistas de las compañías involucradas en la fusión.*

*Las convocantes, señores Ignacio Molina Giraldo y Pedro Javier Molina Arango, frente a la fusión de las sociedades Gran Cadena de Almacenes Colombianos S.A. (Cadenalco) y Almacenes Éxito S.A. vieron disminuir su patrimonio desde la iniciación de la toma de mayorías hasta la decisión final de las Asambleas de las compañías; disminución que constituye un claro detrimento de los patrimonios de los accionistas reclamantes, circunstancia ésta que volverá a ser analizada más adelante.*

#### **4.4. Del Fallo en Conciencia.**

*La Carta Política vigente en Colombia, desde 1991, ha proscrito los fallos en conciencia; sobre el punto importa transcribir lo señalado por el Dr. Ernesto Gamboa Morales en el trabajo presentado al posesionarse para ser miembro correspondiente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Colección Portable. Santa Fe de Bogotá D.C. 2003:*

*"Llegado este punto, y bajo el concepto de equidad que hemos expuesto, habremos*



*sentado una de las premisas básicas en las que apoyamos nuestra contribución al seguro debate que sobre el tema se irá decantando en nuestra comunidad jurídica. Creemos que a la luz de la nueva Constitución y de la ley arbitral hoy compilada en el decreto 1818/98, se han proscrito por completo los fallos en "conciencia" que, bajo su equívoca denominación, parecieran invitar a decisiones basadas simplemente en la "íntima convicción" (es decir sin valoración de pruebas), sin necesidad de motivación, o simplemente amparadas en la regla de la "verdad sabida y la buena fe guardada" que, a la postre, eran la antesala para degenerar en fallos de contenido subjetivo conforme a los "estados de ánimo", a las "convicciones morales" o al "conocimiento personal" del Juez.*

*Por la vía de la innovación constitucional, a nuestro juicio han quedado revaluadas las tesis de uno de mis maestros el Doctor Hernando Morales, inolvidable expresidente de esta Academia y del Doctor Julio Benetti, cuando al particularizar las características de los Tribunales de Arbitramento, en aquella época en conciencia, "sugerían la idea de un fallo donde no tenían cabida la persuasión racional en la apreciación de las pruebas, apoyados en la "verdad sabida y buena fe guardada" en los cuales no era necesario "exponer la razón específica del convencimiento respecto de cada medio de prueba, o de todos en combinación".*

*En la misma dirección de lo que sostenemos, una reciente Sentencia de la Corte Constitucional hizo las siguientes precisiones:*

"Es necesario distinguir entre las decisiones" en derecho", "en equidad", "en conciencia" y "verdad sabida y buena fe guardada". La más exigente de ellas es la decisión en derecho ya que supone el conocimiento, la interpretación y aplicación de normas objetivas respetando criterios hermenéuticos. El fallo en equidad aunque mucho menos exigente que el fallo en derecho, como ya se ha sostenido anteriormente, no puede desatender las particularidades concretas del caso, vgr. las circunstancias fácticas del contexto en el que decide, ya que su sentido mismo es buscar el equilibrio en la decisión evitando cargas y efectos excesivamente gravosos para las partes y asignando beneficios a quien los necesita o merece. El por ello que las motivaciones del fallo en equidad resultan importantes en la determinación de la razonabilidad de la decisión. Por el contrario, la decisión en conciencia y la decisión verdad sabida y buena fe guardada remiten a la esfera interna del fallador quien adopta una decisión cuya finalidad no es necesariamente la justicia o la equidad. No es posible, por lo tanto, equiparar ambas instituciones. Quien falla verdad sabida y buena fe guardada no tiene que hacer explícitos los hechos en que se funda ni justificar con razones sus conclusiones. En cambio quien decide en equidad debe considerar las particularidades fácticas de la situación, apreciar su valor para que sus conclusiones sean justificables, no a partir de su conciencia subjetiva, sino del concepto indeterminado pero objetivo de equidad. La flexibilidad asociada a la equidad, inclusive en la definición más restrictiva de la misma, estriba en que es posible apartarse de una aplicación estricta de las reglas jurídicas precisamente cuando los hechos especiales del

caso -las particularidades del mismo- así lo requieren para que la decisión sea justa. De tal manera que las razones de equidad son las que parten de los hechos y justifican una decisión que consulta las especificidades de un conflicto determinado, sin depender de la aplicación estricta de cierta regla."

*Lo anterior lleva a formular una pregunta:*

*¿Qué hacer frente a una cláusula compromisoria que expresa que el fallo debe ser en conciencia?*

*Una primera respuesta sería afirmar que la cláusula compromisoria es ineficaz por estar referida a una clase de arbitramento no consagrado en el ordenamiento jurídico, pero una elemental regla de Hermenéutica lleva a abandonar tan simple respuesta. La regla no es otra que aquella que manda interpretar en el sentido de encontrar una interpretación que produzca efectos jurídicos frente a otra interpretación que pueda llevar al lado opuesto, esto es, que lleve a afirmar que no se producen los efectos propios del texto interpretado.*

*La tendencia de la dogmática procesal, hoy, es la de buscar la manera de proteger y conservar la cláusula compromisoria. Consecuente con lo dicho, el Tribunal entiende que la cláusula que señala, en el caso subjudice, que el fallo ha de ser en consecuencia, debe interpretarse en el sentido de ver en ella la consagración de una cláusula compromisoria que invoque un fallo en equidad.*

*De otro lado, importa también señalar que los fallos en equidad están sometidos al debido proceso y que ellos deben proferirse con fundamento en la prueba regular y oportunamente allegada al proceso y previa motivación, porque el carácter de equidad no significa que pueda tomarse una decisión arbitraria. Sobre el punto señala el profesor Gamboa Morales, en el trabajo citado:*

*"Desde el punto de vista del proceso y el procedimiento a seguir en los Tribunales de Arbitramento en equidad, consideramos que no*

existe ninguna diferencia con el Arbitramento en Derecho. Esto significa, que salvo que se trate de un arbitramento en Equidad bajo la modalidad de un arbitraje "independiente", donde de acuerdo con lo establecido en el artículo 112 de la ley 446/98, es permitido que las partes acuerden autónomamente las reglas de procedimiento aplicables a la solución de sus diferencias, o de un arbitramento "institucional" en equidad donde el trámite se seguirá de acuerdo al procedimiento establecido en el reglamento del respectivo centro, deberá adelantarse conforme a las disposiciones legales vigentes.

Lo primero que es menester señalar, es que el laudo en equidad debe necesariamente proferirse con apoyo y con base en las pruebas que se recauden en el proceso. No existe en nuestro sistema de derecho, y en el se incluye desde luego el arbitraje en equidad, ninguna posibilidad de que se produzcan fallos de espaldas al material probatorio.

En este sentido, nos resulta totalmente aplicable al Arbitramento en Equidad el principio pilar de nuestra concepción del debido proceso contenido en el artículo 174 del CPC, que perentoriamente ordena que todas las decisiones judiciales deban fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso.

Otro aspecto, tal vez el central de todo el debate, es el relacionado con la necesidad o no de realizar en el laudo en equidad el análisis crítico del material probatorio y la exposición razonada del mérito que se le asigna a cada prueba, crucial interrogante que conduce a un

problema aún más de fondo: ¿debe el juzgador en equidad motivar su decisión?

A nuestro juicio, este es el punto de diferenciación entre el concepto involucrado en la pasada denominación de Arbitramento "en Conciencia" y la actual de Arbitramento "En equidad".

El rasgo característico de los fallos "en conciencia" es precisamente la no necesidad de realizar examen crítico de las pruebas y, por lo tanto, la no necesidad de motivar la sentencia. Su quinta esencia está representada por los denominados jurados de conciencia, hoy abolidos en nuestro medio, pero de gran trascendencia en otras latitudes, particularmente en los países herederos de la tradición legal del "Common Law".

Basados en esta característica, somos de la idea que después de la constitución de 1991 pero antes de la vigencia de la ley 446 de 1998, no era necesaria la motivación del laudo en conciencia. En este sentido coincidimos teóricamente con la tesis de Gilberto Peña, quien sin embargo pasó por alto que en la época de su monografía se encontraba vigente la Constitución de 1886, que expresamente en su artículo 163 establecía la necesidad, sin excepción alguna, de que las providencias judiciales fueran debidamente motivadas. Igualmente está destacado autor omitió señalar que desde 1969 la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena" había rechazado la inconstitucionalidad del "arbitraje en conciencia" por una supuesta violación al citado artículo 163 de la anterior Carta.

En esta ocasión dijo visionariamente la Corte:

"La facultad de dictar un fallo en conciencia, no excluye necesariamente su motivación, sino que da mayor amplitud a las facultades del juzgador, al permitirle aplicar las reglas de simple equidad, prescindiendo de las limitaciones a esas reglas que implican a veces las disposiciones de derecho escrito. Cuando la ley ha autorizado estos fallos no ha dicho, en efecto, que no deben motivarse, esto es que no se den a conocer las razones de equidad tenidas en cuenta. Por el contrario en el Código de Procedimiento Civil (se refiere al Código Judicial de 1931), al regular la forma de dictar sentencias (Art. 471), se dice que estas se formulan expresando las disposiciones legales y las razones de justicia o equidad que constituyen los fundamentos de la decisión".

*Hoy ese mandato que ordena la obligatoria motivación de las sentencias ha perdido aparentemente rango constitucional, pues consideramos que está insito en el concepto general del Debido Proceso, pero además, ha cambiado la naturaleza de los Tribunales de Arbitramento. Han dejado de ser Tribunales en conciencia, para convertirse en arbitrajes en Equidad. Lo que implica, a nuestro juicio, que hoy en día sea totalmente imprescindible la motivación del fallo y el análisis crítico de la prueba.*

*Y sostengo lo anterior, no solamente por el diferente significado que tienen las palabras "conciencia" y "equidad", sino principalmente porque considero que en nuestro Estado Social de Derecho no es dable que ningún Juez -sin ninguna excepción- omita el deber de explicar su decisión, porque a ello está obligado por elementales razones de Justicia y porque nadie*

*puede dar o quitar derechos sin decir por qué lo hace.*

*De acuerdo con lo anterior, y por ser el arbitraje un proceso, a nuestro juicio le son enteramente aplicables las preceptivas de los artículos 303 y 304 del CPC. La primera norma referida a que con "excepción de los autos que se limitan a disponer un trámite, las providencias serán motivadas de manera breve y precisa" y la segunda cuando ordena que en toda sentencia debe realizarse "el examen crítico de la prueba y los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión".*

*Por todo lo dicho el Tribunal procede al análisis de las pruebas y a motivar el fallo que ha de proferirse al final de estas reflexiones.*

#### *4.5. Del Examen de las Pretensiones y de las Pruebas practicadas.*

*Confirmada la presencia de los presupuestos y de las otras circunstancias procesales, se hace necesario abordar el estudio de las pretensiones y de las pruebas presentadas por las partes.*

*\* La parte demandante presenta dos peticiones:*

*1ª. Que se declare que los accionistas de Gran Cadena de Almacenes Colombianos S.A. (Cadenalco), Molina Giraldo y Molina Arango "sufrieron una desmejora en sus derechos patrimoniales, consistente en la disminución del valor patrimonial de sus acciones, como consecuencia de la fusión de Gran Cadena de Almacenes Colombianos S.A. (Cadenalco) y Almacenes Éxito S.A.."*

*2ª. Que se condene a Almacenes Éxito S.A. a pagar las costas del proceso arbitral.*

*\* La parte convocada, por su parte, ha formulado también dos peticiones:*

- 1ª. Al oponerse a las peticiones de la demanda, solicita una declaración de certeza negativa sobre la ocurrencia del deterioro patrimonial para los accionistas convocantes respecto de la fusión de las sociedades Gran Cadena de Almacenes Colombianos S.A. (Cadenalco) y Almacenes Éxito S.A.*
- 2ª. Al objetar el peritazgo inicial, solicita que se declare, para los efectos previstos en el numeral 6 del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, que el dictamen pericial rendido por los doctores Francisco Gómez Giraldo e Iván Restrepo Lince se encuentra afectado por error grave.*

*El Tribunal abordará el análisis de estas pretensiones en el orden en que se han reseñado.*

#### *4.5.1. De la Pretensión Declarativa de Desmejora Patrimonial.*

*La Legislación Colombiana, Ley 222 de 1995, consagra el derecho de retiro para los accionistas que a raíz de una fusión sufran una disminución en el valor patrimonial de las acciones y siempre y cuando se produzca una disminución de capital.*

*En el caso subjudice la parte convocante afirma haber sufrido una disminución patrimonial de sus acciones en razón de la fusión, afectación que se estima en la suma de ciento ochenta y seis millones ciento cuarenta y dos mil doscientos sesenta pesos (\$ 186.142.260) resultante al estimar los valores intrínsecos de las acciones de las compañías, absorbente y absorbida.*

*El Tribunal encuentra:*



Primero. Del análisis de la demanda, de la contestación a ésta, de los estudios de los peritos Gómez Giraldo, González Ruíz y Restrepo Lince, de las réplicas y las contrarréplicas y de los alegatos de las partes, se puede concluir que la parte convocante sufrió demérito patrimonial porque sus acciones vinieron a valer menos que lo que valían al momento en que la sociedad Almacenes Éxito S.A. comenzó la operación de toma de mayorías que habría de finalizar con la fusión. Las actuaciones y circunstancias que van a enumerarse son, en la concepción de fallo equitativo que aquí se emite, las causantes del detrimento patrimonial que adquiere certeza con la formalización de la fusión:

- a) El desmantelamiento de la planta de ejecutivos altos (diez y nueve (19) en total, ejecutivos hasta de treinta y cuatro (34) años de vinculación, expertos cada uno en su especialidad) produjo debilitamiento de la sociedad Gran Cadena de Almacenes Colombianos S.A. (Cadenalco), debilitamiento que se manifestó en los Balances a pérdida que fueron produciéndose desde el año mil novecientos noventa y nueve (1999) hasta la fusión. El desmantelamiento de la planta de ejecutivos obedeció a políticas trazadas por la sociedad Almacenes Éxito S.A.
- b) La afectación del flujo de Caja de la sociedad Gran Cadena de Almacenes Colombianos S.A. (Cadenalco) a raíz del retiro de la planta de ejecutivos altos, cuyos convenios especiales para el retiro ocasionaron gastos alrededor de tres mil millones de pesos (\$3.000.000.000).
- c) La desvalorización de las acciones de la sociedad Gran Cadena de Almacenes Colombianos S.A. (Cadenalco), entre los meses de febrero de mil novecientos noventa y nueve (1999) y julio del dos mil uno (2001),

desvalorización tasada en el ochenta y ocho por ciento (88%) y que según expresión de los peritos Gómez Giraldo y Restrepo Lince fue causada por el movimiento del personal y el pago de las compensaciones citadas. De contera es importante señalar que al paso que la sociedad Gran Cadena de Almacenes Colombianos S.A. (Cadenalco), con una apreciable disminución de gastos de nómina, aumentó sus gastos generales y arrojó pérdidas en el tiempo que antecedió a la fusión; por el contrario en el mismo período y estando vigente el pacto de colaboración entre las empresas, la sociedad Almacenes Éxito S.A. rebajó sus gastos y aumentó notablemente sus utilidades.

- d) El manejo equivocado en la valoración de las empresas porque como lo señalan los expertos, que han intervenido en el proceso, al no tenerse en cuenta las cuantiosas inversiones de la Gran Cadena de Almacenes Colombianos S.A. (Cadenalco) la relación de intercambio resultó distorsionada.
- e) La valoración con métodos distintos de algunos activos como por ejemplo lo referente a Cativen, ya que esta empresa no fue valorada con el método de flujo de caja descontado.

Segundo. En relación con el método empleado para valorar las compañías, con miras al proceso de fusión, se hacen las siguientes anotaciones:

- a) Los Peritos en relación con el Flujo de Caja descontado dijeron:

"El procedimiento empleado y determinante de la razón de intercambio, no fue debidamente aplicado, al afectarlo con INVERSIONES no necesarias y separables de la realidad de ambas Compañías al momento de la Valoración,

*fuertes proyectos de expansión que no tuvieron en cuenta su carácter de OPCIÓN EMBEBIDA, que a su vez tiene un valor que no fue de medio."*

*El estudio de SSB no detalla la medida del Valor Residual aunque el informe a los accionistas la cita "... fórmulas que aplican un crecimiento a perpetuidad al flujo de caja libre del último año de la proyección operativa ...".*

*En otro aparte del dictamen, los peritos afirman:*

*"En nuestro concepto ningún método puede ser aplicado para deprimir el valor patrimonial en libros de una empresa, cuando pueden existir compradores estratégicos que reconozcan el valor de la "cosa hecha" reflejada en los libros".*

*El solo hecho de haber tomado para CADENALCO inadvertidamente un "good will" NEGATIVO, vicia la razón de intercambio y en tal caso hubiera debido usarse el valor del patrimonio contable. Pero en nuestro concepto no bastaría esa corrección para llegar a las valoraciones objetivas de ambas empresas: se requeriría el detalle de las INVERSIONES y de sus RENTABILIDADES supuestas, para: a) Hacer los Descuentos de Caja SIN LA INTERFERENCIA de esos costos y de sus rendimientos marginales; b) Mejor aún, tomarlos como lo que son, como OPCIONES EMBEBIDAS y medir su RIESGO atenuado por la libertad de hacer o no esas ampliaciones según la conveniencia de la empresa conjunta y según la respuesta del mercado".*

*En la aclaración solicitada por la parte convocante, los peritos complementaron su dictamen así, en cuanto al good will:*

*"En cuanto al origen del "good will" negativo se debe a las fuertes inversiones de los años 2001 a 2005, cuyos rendimientos esperados no quedan registrados en el horizonte explícito de proyección, y que han debido tratarse en un estudio de horizontes más amplio, o como se +practica desde 1998 para OPCIONES EMBEBIDAS, calcularlas como tales. La valoración de ambas empresas se vio afectada, pero la del ÉXITO en menor medida porque pese a las inversiones sus flujos netos fueron positivos hacia 2005.*

*Si en la valoración de las empresas se encuentra "good will" negativo, debe ignorarse porque los distintos activos netos tienen al menos su valor comercial y la definición de SINERGIA excluye la posibilidad de tomarla negativa".*

*El perito, Dr. Antonio González Ruiz, en relación con las valoraciones de CATIVEN y MAKRO se identifica con el criterio de los peritos Restrepo Lince y Gómez Giraldo, y afirmó:*

*"Con relación a las valoraciones de Cativen y Makro, pienso, que por ser importante, especialmente en CADENALCO S.A., la participación de Cativen debió valorarse por la misma metodología - FCD - y no por valor en libros. La de Makro no es tan significativa, pues ambas empresas tienen la misma participación y por lo tanto es casi seguro que no afecte la relación de intercambio".*

Y el mismo Dr. González afirma, en relación a los gastos de capital, lo siguiente:

"Sin la menor duda, la preocupación de los peritos con respecto a los gastos de capital es pertinente, pues si se suministran al modelo unas inversiones tan cuantiosas como las que se utilizaron en el modelo para la valoración de CADENALCO S.A., el valor de empresa se disminuirá, inclusive, por debajo de su valor patrimonial contable, toda vez que la caja de la compañía se ve altamente afectada, máxime si el método empleado fue el de flujo de caja descontado. Obviamente ALMACENES ÉXITO S.A., en su proyección también tiene inversiones importantes, pero son proporcionalmente menores a las de la otra compañía."

- b) Con el fin de no alargar las citas, basta con resaltar lo dicho por el testigo citado por la parte convocada, Dr. Juan Esteban Calle Restrepo, en relación con la autonomía financiera y administrativa de la empresa que controla, él respondió así:

"En casos donde haya alianzas operativas (sic) antes de la formalización de las fusiones, lo que yo recomiendo hacer - y he hecho en los casos en que he tenido oportunidad de trabajar -, es devolverse en la historia un período de tiempo suficiente para uno estar tranquilo con que los indicadores operativos de las compañías están reflejando lo que eran las compañías históricamente, y si hay lugar a corrección, uno corrige para corregir (sic) que no vaya a haber cambios estructurales en el funcionamiento de las compañías por tener una alianza antes de una formalización de una fusión".

c) Todo lo anterior permite hacer las siguientes apostillas en relación con la actuación de la sociedad Salomón Stmith Barney:

- 1 El método de flujo de caja descontado, determinante de la razón de intercambio, no fue debidamente aplicado al afectarlo con inversiones no necesarias y separables de la realidad de ambas compañías al momento de la valoración.
- 2 El hecho de tomar a Cadenalco como un good will negativo, vicia la razón de intercambio y en tal caso hubiera debido usarse el patrimonio contable, pues un valor tenía Cadenalco cuando tenía su propia independencia administrativa, y otro cuando el Éxito adquirió el control de la misma, ordenando el cierre de almacenes y creando en el público una imagen negativa de su nombre.
- 3 Tal valoración negativa debió ignorarse porque los distintos activos netos tienen al menos su valor comercial y la definición de sinergia excluye la posibilidad de tomarla negativa.
- 4 Si el good will resulta negativo, Cadenalco debía adquirirse como patrimonio, pues no tiene objeto comprar una organización negativa, siendo esto un elemento que resta valor a los activos netos.
- 5 La valoración de ambas empresas se vio afectada pero la del Éxito en menor medida, porque pese a las inversiones, sus flujos netos fueron calculados positivos hacia el 2.005.
- 6 En la relación de intercambio determinada (4.7 acciones de Cadenalco por una (1ª) del

Éxito) por Salomón Smith & Barney, al aplicar el método de flujo de caja descontado, fue incompleta y de poco alcance pues le asignó a Cadenalco un flujo de caja negativo.

- 7 El estudio de valoración realizado por Salomón Smith & Barney, no expresó opinión alguna en relación a las proyecciones ni demás información financiera presentada de ambas compañías, ni verificó la exactitud acerca de las mismas, para la realización de su estudio.
- 8 Salomón Smith & Barney, tampoco efectuó ni les fue proporcionada una valoración independiente de los activos o pasivos de otra índole de Cadenalco o del Éxito.
- 9 Tampoco hizo inspección física alguna a las propiedades o activos de Cadenalco o del Éxito.
- 10 Es decir confió, en la veracidad financiera que le suministró quien lo contrató, cuando a debido realizar un mínimo esfuerzo para constatar siquiera ciertas cifras mínimas.

Tercero. De lo afirmado por los peritos Gómez Giraldo, Restrepo Lince y González Ruiz, y del testigo Calle Restrepo, y de los documentos que obran en el expediente, se sintetiza a continuación las razones por las cuales el Tribunal considera que existe una disminución del valor patrimonial de la acción de Cadenalco en el proceso de fusión con el Éxito:

1. Al momento de la fusión no hay independencia de administraciones, pues ya el Éxito operaba como matriz de Cadenalco, por la participación accionaria que en esa fecha ya poseía la primera en la segunda.

2. *Afirman los peritos Gómez Giraldo y Restrepo Lince que no conocieron las conciliaciones o acuerdos transaccionales por indemnizaciones, bonificaciones o despidos, hecho que de darse, reduciría el valor de la empresa. Esta es una afirmación de dichos peritos.*
3. *Es evidente que la acción de Cadenalco perdió notoriamente su valor patrimonial, durante el proceso de integración, pues en relación con la OPI efectuada y aprobada el día 1º de febrero de 1.999 por la Junta Directiva del Éxito, se determinó que el precio por el cual sería ofrecida la acción del Éxito, era de \$ 2.850, tomándose la acción de Cadenalco, por un precio de \$ 1.140, resultando una relación de intercambio de 2.5 acciones de Cadenalco, por una (1ª) acción del Éxito, de acuerdo con un estudio de valoración realizado por el mismo Éxito.*
4. *Con relación al estudio presentado por Salomón Smith & Barney, en el mes de agosto de 2.001, 4.7 acciones de Cadenalco, equivalían a una (1ª) acción del Éxito, de lo cual se desprende que en el lapso de 30 meses la acción de Cadenalco, con respecto a la acción del Éxito, se desvalorizó en un 88%.*
5. *En el proceso de integración o alianza operativa que precedió a la fusión hubo inversiones realizadas por Cadenalco en la distribución de gastos de operación y de los costos de ambas compañías, respecto de los cuales no se hizo ninguna corrección en el proceso de valoración, siendo totalmente ignorados. El Éxito en su proyección tuvo inversiones importantes, pero proporcionalmente menores a las de Cadenalco.*



6. Cadenalco hizo inversiones cuantiosas que afectaron la caja de la compañía. (Ver Conclusión de lo afirmado por el perito Dr. González Ruiz).
7. De acuerdo con lo anterior la inclusión o eliminación de inversiones afecta la valoración de la empresa.
8. El proceso de integración soportado en un acuerdo de colaboración empresarial, fue beneficioso para el Éxito pero negativo para Cadenalco. (Ver gráficos 9, 10, 11 y 12 presentados en el alegato de los convocantes).
9. En síntesis, aunque lo que debe tomarse en cuenta es la desvalorización patrimonial en el intercambio accionario para los accionistas de Cadenalco, como consecuencia de la fusión, los accionistas de Cadenalco sufrieron una desmejora patrimonial.

Cuarto. El hecho mismo de la fusión no debe tomarse aisladamente para concluir que existió un demérito patrimonial, sino que la concentración accionaria en una sola compañía, fue sucedánea y producto consecuencial de un proceso que comenzó con la OPI en 1998, y que culminó con la fusión en el 2001. Como se dijo en el aparte 4.3., supra, de este Fallo: El Tribunal considera que el fenómeno jurídico de la fusión, en el caso sometido a su consideración, no puede circunscribirse al momento de la realización de las asambleas donde se aprobó formalizar la absorción; el fenómeno jurídico de la fusión corresponde a un amplio período que va desde la autorización para la toma de mayorías hasta la protocolización de los acuerdos de fusión. Así las cosas, es claro para el Tribunal que todas las circunstancias económicas y financieras acaecidas en ese período afectan, positiva o negativamente a los accionistas de las compañías involucradas en la fusión.

Por todo lo anotado, la primera pretensión de la demanda está llamada a prosperar.

#### 4.5.2. La Pretensión Consecuencial de condena en Costas.

El estatuto procedimental colombiano ha señalado que la parte perdedora, en un proceso, debe asumir el pago de las costas causadas en el mismo. En el sublite, al prosperar la primera petición de la demanda, la segunda petición que tiene carácter consecuencial estaría también llamada a prosperar pero el Tribunal, por razones de equidad, entiende que el Fallo hace claridad sobre un tema que interesa a ambas partes y por lo tanto cada una debe asumir, como hasta ahora lo han hecho, lo proporcional de los gastos, incluyendo en éstos los honorarios de los apoderados lo que significa que tampoco se condenará al pago de agencias en derecho; el único gasto que no será asumido por partes iguales es el correspondiente a los honorarios del segundo perito porque este ítem será cubierto exclusivamente por la sociedad convocada.

#### 4.5.3. La petición de una Declaración de certeza negativa de la parte convocada.

Esta petición está tácitamente resuelta, en sentido desfavorable, por cuanto se ha de acoger la primera petición de la convocante que es totalmente opuesta.

#### 4.5.4. De la petición de declaración de error grave del peritazgo rendido por los doctores Francisco Gómez Giraldo e Iván Restrepo Lince.

El Código de Procedimiento Civil señala que si se objeta un peritazgo por error grave y se califica de tal, el experticio no debe estimarse; además, la calificación "de error grave" trae como consecuencia la pérdida de los honorarios

*señalados para los peritos cuya dictamen resultó contentivo de error grave.*

*En el caso presente El Tribunal considera:*

*Conforme tuvo la oportunidad de señalarlo el perito Dr. Antonio González Ruíz el dictamen pericial rendido por los Doctores Francisco Gómez Giraldo e Iván Restrepo Lince no contiene error grave. El Tribunal comparte tal apreciación porque considera que todas y cada una de las manifestaciones del experticio obedecen a consideraciones viables y acordes con las directrices propias de los métodos de valoración de empresas y que si bien es cierto se pueden discutir tal posibilidad no encierra error grave.*

*En consecuencia el Tribunal ha de declarar que el peritazgo rendido por los doctores Francisco Gómez Giraldo e Iván Restrepo Lince no está afectado de error grave.*

#### **5. De la Decisión Arbitral.**

*Por lo expuesto, sin necesidad de más consideraciones, este Tribunal administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,*

### **FALLA**

**Primero.** *Se acoge la petición primera de la demanda y por ello se declara que la fusión de las sociedades Gran Cadena de Almacenes Colombianos S.A. (Cadenalco) y Almacenes Éxito S.A., fusión acordada el treinta y uno (31) de agosto del año dos mil uno (2001) y solemnizada por escritura pública cinco mil doce (5012) del nueve (9) de noviembre del año dos mil uno (2001) de la Notaría Veintinueve (29) del círculo de Medellín, les causó a los accionistas Ignacio Molina Giraldo y Pedro Javier Molina Arango una desmejora en sus derechos patrimoniales consistente en la disminución del valor patrimonial de sus acciones.*

Segundo. Se declara que el Dictamen Pericial rendido por los doctores Francisco Gómez Giraldo e Iván Restrepo Lince no está afectado de error grave.

Tercero. No se condena al pago de costas ni al pago de agencias en derecho por lo anotado en la parte motiva de este fallo, salvo la condena a pagar los honorarios del segundo peritazgo que serán a cargo exclusivo de la sociedad convocada Almacenes Éxito S.A..

Cuarto. Ejecutoriada el laudo, el Tribunal hará la liquidación final de los gastos, entregará los honorarios adeudados, cubrirá los gastos pendientes y presentará cuenta razonada de la gestión obligándose a devolver el saldo si lo hubiere.

Quinto. Agotado el trámite, antes señalado, el Tribunal protocolizará el expediente en la Notaría Cuarta de Medellín.

Hasta aquí el Fallo.

  
Guillermo Hincapié Orozco  
Árbitro

  
Guillermo Montoya Pérez  
Árbitro

Con salvamento de voto

  
Carlos Anibal Restrepo Saldarriaga  
Árbitro

  
Fernando Ossa Arbeláez  
Secretario


Medellín, once (11) de agosto del año dos mil tres (2003).


El anterior laudo fue proferido por los árbitros en decisión mayoritaria, toda vez que uno de ellos se apartó de la decisión y salvó el voto por las razones que en escrito aparte aparecen, pero que hace parte del fallo mismo. El Laudo fue leído por el secretario del Tribunal en esta audiencia fijada para tal fin, audiencia donde fueron notificadas las partes en estrados, todo de conformidad con lo señalado por el código de procedimiento civil colombiano.

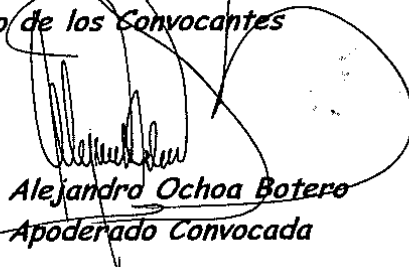
Leído el Fallo cuyo texto se ha transcrito anteriormente, se deja constancia de la notificación a las partes para lo cual ellos firman.

  
Ignacio Molina Giraldo  
Convocante

  
Pedro Javier Molina Arango  
Convocante

  
Rodrigo Agudelo Muñoz  
Apoderado de los Convocantes

  
Almacenes Éxito S.A.  
Santiago Vélez Penagos  
Representante  
Convocada

  
Alejandro Ochoa Botero  
Apoderado Convocada

  
Fernando Ossa Arbeláez  
Secretario