

2356

**TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO DE FRANCISCO ESTRADA Y OTROS CONTRA
ALMACENES ÉXITO S.A.**

AUDIENCIA DE LAUDO

Medellín, catorce de mayo de dos mil siete (2007).

Siendo las dos nueve (9:00 a.m.), día y hora fijados en audiencia del 14 de marzo del año en curso, se reunieron en el lugar de funcionamiento del arbitraje, los árbitros Jorge Parra Benítez, Luis Fernando Muñoz Ochoa y Juan Manuel Fernández Velásquez, en compañía del secretario, Juan David Posada Gutiérrez, con el objeto de proferir el Laudo arbitral que pondrá fin a la presente litis.

Al acto concurrieron: El doctor Alonso Sanín Fonnegra, apoderado de los convocantes, y el doctor Fernando Moreno Quijano, en calidad de apoderado de la parte convocada.

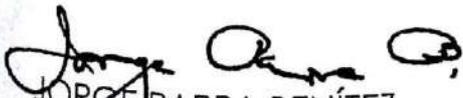
El secretario del Tribunal dio lectura de las consideraciones más relevantes del laudo y de su parte resolutive conforme a lo dispuesto por el artículo 154 del decreto 1818 de 1998.

Acto seguido, se hizo entrega de las siguientes copias auténticas del laudo:

- 1) Al Dr. Fernando Moreno Quijano, apoderado de la parte convocada, primera copia, con mérito ejecutivo.
- 2) Al doctores Alonso Sanín Fonnegra apoderado de los convocantes, segunda y tercera copia, sin mérito ejecutivo.

Todo lo decidido queda notificado en estrados.

Agotado el objeto de la audiencia, se declaró cerrada a las 10:00 a.m. y se firma por los que en ella intervinieron.

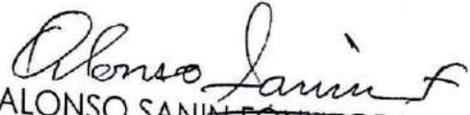

JORGE PARRA BENÍTEZ
Árbitro Presidente


JUAN MANUEL FERNÁNDEZ V.
Árbitro

LUIS FERNANDO MUÑOZ OCHOA
Árbitro



ALONSO SANIN FONNEGRA
Apoderado convocantes



2357

GLORIA MARÍA DUQUE ARANGO
Apoderada convocantes

FERNANDO MORENO QUIJANO
Apoderado convocada



JUAN DAVID POSADA G.
Secretario



2359

Para efectos de esta cláusula se entiende por parte, la persona o grupo de personas que sostengan una misma pretensión."

El Tribunal de arbitramento se integró por los abogados Jorge Parra Benítez, Juan Manuel Fernández Velásquez y Luís Fernando Muñoz Ochoa, quienes dentro del término previsto en el artículo 10 del Decreto 2279 de 1989 aceptaron el encargo que se les encomendó.

II. DILIGENCIAS ARBITRALES

El Tribunal se instaló en audiencia llevada a cabo el 16 de agosto de 2005, en la cual se admitió la demanda arbitral.

Notificada la demandada y surtido el traslado correspondiente, respondió en tiempo oportuno, formulando oposición a las pretensiones del libelo y excepciones de fondo.

El 9 de noviembre de 2005 los convocantes presentaron reforma a la demanda, admitida la cual parcialmente el 23 de enero de 2006, se notificó personalmente a la parte convocada, quien se pronunció en tiempo legal. En la reforma se incorporaron modificaciones a las pretensiones y se agregaron algunas personas como parte convocante.

Así las cosas, la parte convocante quedó conformada en definitiva por FRANCISCO ESTRADA RESTREPO, ALBA MARINA ESTRADA TORO, MARÍA ELVIRA RUIZ PEREZ, JUAN AGUSTÍN POSADA ECHAVARRÍA, DAVID POSADA LONDOÑO, IVAN POSADA LONDOÑO, MARÍA ELENA MEJIA DE G., MARÍA LUZ MEJIA DE PUYO, GABRIEL JOSÉ MEJÍA ECHAVARRÍA, GUILLERMO LEON PUYO DÍAZ, ARGEMIRO SALAZAR SALAZAR, SERGIO LALINDE DE BEDOUT, MARGARITA MARÍA LALINDE DE BEDOUT, ROBERTO LALINDE DE BEDOUT, DIEGO LALINDE DE BEDOUT, JUANITA NAVARRO, DAVID ANDRÉS GONZÁLEZ CASTAÑO, LUZ STELLA RAMIREZ VELASQUEZ, SOFÍA NAVARRO DE PALACIO, ALFONSO ÁNGEL DÍAZ, GLORIA LUCY MARTINEZ RAMIREZ, PATRICIA EUGENIA MARTINEZ RAMIREZ, FRANCISCO MURILLO CANO, JUAN DAVID TAMAYO TAMAYO, BERTA TAMAYO VARGAS, ROCÍO ÁLVAREZ ARANGO, FELIPE MENDOZA VEGA, INÉS ELENA BETANCUR NAVARRO, FRANCISCO LUÍS PALACIO ARANGO, MARÍA EFIGENÍA NAVARRO G., CRISTINA RESTREPO

2360

BETANCUR, JUAN ESTEBAN RESTREPO BETANCUR, VANDEGRIFT-PUYO Y CIA SOCIEDAD DE INTERMEDIACIÓN ADUANERA LTDA., representada legalmente por el señor **GUILLERMO LEÓN PUYO DÍAZ, MAYKA S.C.A.** representada legalmente por la sociedad **MAYKA LTDA.**, hoy **MAYKA S.A.**¹, representada a su vez por el señor **FELIPE NAVARRO GUTIÉRREZ, AGROPECUARIA NAVARRO GUTIÉRREZ LTDA.**, representada legalmente por el señor **HERNANDO NAVARRO GUTIÉRREZ, y ÁNGEL DÍAZ LTDA.**, representada legalmente por el señor **ALFONSO ÁNGEL DÍAZ.**

Surtido el trámite de rigor subsiguiente, se celebró en varias sesiones la primera audiencia de trámite, la cual finalizó el 14 de julio de 2006. Decretadas las pruebas pedidas, se recaudaron con sujeción a la ley y sometidas a la plena contradicción de las partes, tal y como quedó consignado en la audiencia del día 2 de febrero de 2007, fecha en la que se cerró el periodo de instrucción del proceso.

Precluido el periodo probatorio las partes presentaron sus alegaciones el día 14 de marzo de 2007, mediante el resumen oral de escritos que cada una de ellas entregó al Tribunal.

Agotadas en legal forma todas las etapas procesales, encuentra el Tribunal que se halla dentro del término para proferir el presente laudo, habida cuenta de que el plazo de seis (6) meses legalmente previsto, contado a partir de la primera audiencia de trámite (artículo 103 de la Ley 23 de 1991), comenzó a correr el 14 de julio de 2006, habiendo sido suspendido en varias oportunidades por solicitudes conjuntas de las partes, así: entre los días 21 de diciembre de 2006 y 1 de febrero de 2007, inclusive (acta de la audiencia del 20 de diciembre de 2006); entre los días 5 de febrero de 2007 y 13 de marzo de 2007, inclusive (acta de audiencia del 2 de febrero de 2007); y entre los días 15 de marzo de 2007 y 11 de mayo de 2007, inclusive (acta de audiencia del 14 de marzo de 2007). Como al momento de la primera suspensión se contaba con catorce (14) días hábiles para el agotamiento del término máximo para proferirse el laudo, se tiene que una vez verificadas las suspensiones restan doce (12) días hábiles del término, y por tanto, conforme a lo anterior, éste vence el treinta (30) de mayo de 2007, razón por la cual se está en oportunidad de dictar el presente laudo.

III. SÍNTESIS DE LOS HECHOS DE LA DEMANDA

En el escrito de convocatoria la parte convocante narra, en resumen, los siguientes

¹ Como aparece en el folio 1638 del cuaderno No. 4

hechos:

1. El 19 de febrero de 1999 el ÉXITO a través de una oferta pública de intercambio (OPI) restringida y que sólo benefició a ciertos accionistas de GRAN CADENA DE ALMACENES CADENALCO, S.A., en adelante CADENALCO, adquirió acciones de ésta, aumentando su participación accionaria al 56.95%. La operación arrojó una relación de intercambio de 2.5 acciones de CADENALCO por 1 acción del ÉXITO.

2. La adquisición de las acciones de CADENALCO por parte del ÉXITO se realizó con fundamento en un *"Proceso de integración, soportado en un acuerdo de colaboración empresarial"*. Y tal operación debió buscar conforme a ley *"mejoras significativas en la eficiencia de manera que se reflejara en ahorro de costos, que no pudieran alcanzarse por otros medios (Art. 51 del Dto. 2153 de 1.992)"*. La Superintendencia de Industria y Comercio, según consta en la escritura de fusión, recibió información al respecto.

3. Durante los meses siguientes a la OPI el ÉXITO adquirió más acciones de CADENALCO, a un precio deprimido como consecuencia de su gestión, incrementando su participación al 70.76%, para el tiempo de la fusión.

4. Iniciado el proceso de integración entre ambas compañías con un acuerdo de colaboración empresarial, aprovechó ÉXITO su mayoría accionaria en CADENALCO *"en forma abusiva"*, presentándose durante los 30 meses que esta sociedad fue administrada por la otra un continuo debilitamiento financiero. CADENALCO pasó de tener utilidades en diciembre de 1998 a tener pérdidas en 1999. De esta manera, la *"integración se hizo en beneficio de una de las compañías a cambio del detrimento de la otra"* y con el firme propósito del *"aniquilamiento de CADENALCO"*, a la cual se desvalorizó para una fusión y sacándola del mercado como competidor.

5. ÉXITO, socio mayoritario de CADENALCO, tomó el control de la Junta Directiva de CADENALCO, en marzo de 1999. Esta fue elegida en la asamblea ordinaria de una lista única presentada por el ÉXITO en su condición de accionista mayoritario. Igual sucedió en las asambleas posteriores, iniciándose el deterioro de CADENALCO con el despido de empleados de mucho tiempo de servicio y gran experiencia, la mayoría del personal directivo, el Presidente, cinco Vicepresidentes, el Contralor, la Secretaría General, 11 directivos de los almacenes como Tesorero, Jefes de Mercadeo, de Compras, etc., a quienes se

2362

les cancelaron exorbitantes sumas de dinero en bonificaciones voluntarias que superaron los \$5.000.000.000. Estos cargos vacantes fueron cubiertos con personal del ÉXITO, teniendo que asumir CADENALCO la carga laboral y prestacional de estos empleados. Los gastos de administración de CADENALCO aumentaron exageradamente y se cambiaron formatos de almacenes, todo lo cual afectó de forma considerable el flujo de caja de CADENALCO, lo cual se vio reflejado en los balances de las dos compañías, durante el acuerdo de integración empresarial.

6. A principios de 2001, el presidente de CADENALCO, Darío Jaramillo, quien era Vicepresidente Comercial de ÉXITO y volvió a serlo después de la fusión, contrató a la firma Salomón Smith & Barney para que hiciera la valoración de las dos compañías con miras a la fusión, no obstante que lo acostumbrado para este tipo de operaciones, cuando dos empresas pretenden fusionarse, es que la firma encargada de la fusión sea contratada en forma concertada. Adicional a ello, *"la información para la valoración fue suministrada por el ÉXITO, pues la cúpula administrativa de CADENALCO estaba constituida por empleados de esa empresa. A pesar de lo anterior, y que dicha valoración estuvo mal realizada y que vulneró los intereses de CADENALCO, se aceptó sin reparo alguno. Salomón Smith & Barney no hizo ningún esfuerzo para constatar la información que le suministró el personal del ÉXITO, es mas, ni siquiera hizo una inspección física a las propiedades o activos del ÉXITO y CADENALCO."*

7. Salomón Smith & Barney, presentó un avalúo en inglés que fue realizado sobre una valoración por el método de FLUJO DE CAJA DESCONTADO arrojando como resultado un *"Good - Will negativo"* para CADENALCO, sin tener en cuenta los antecedentes comerciales de ésta ni el valor de la terminación de los contratos laborales de su personal administrativo asumidos por la misma sociedad, cuestión que de suyo alteró el resultado de la valoración. Aún así, conforme con este avalúo y a la determinación del ÉXITO, la relación de intercambio para la fusión fue de 4.7 acciones de CADENALCO por 1 acción del ÉXITO.

8. Así las cosas, en la OPI realizada en febrero de 1999, se intercambiaron 2.5 acciones de CADENALCO por una acción del ÉXITO. En la fusión, realizada el 31 de agosto del 2000, se cambiaron 4.7 acciones de CADENALCO por una acción del ÉXITO. Esto es, el proceso de integración entre las dos compañías deterioró a CADENALCO, ya que la acción de ésta se desvalorizó en un 88% comparada con la del ÉXITO, perdiendo cada accionista de CADENALCO entre el

236

momento de la OPI y el momento de la fusión, lo siguiente: el valor intrínseco de la acción de CADENALCO, según el balance de julio 31 de 2001, fue de \$2.125,03, el cual constituyó el valor tomado para la fusión. Por consiguiente, el mayor valor entregado en la fusión por los convocantes, ascendió a \$4.675,07 que corresponde al valor de las 2.2 acciones de CADENALCO entregadas de forma adicional en la fusión por cada acción del ÉXITO recibida. El mayor valor entregado, dividido por las 4.7 acciones que efectivamente se entregaron en la fusión por parte de los accionistas de CADENALCO y en particular por los convocantes equivale a $\$4.675,07 / 4.7 = \994.69 . Este valor multiplicado por el número de acciones entregadas en la fusión corresponde al perjuicio en dinero que reclaman los demandantes, discriminado para cada uno en la columna No. 6 del cuadro que obra a folios 700 y 701 del expediente.

9. CADENALCO y ÉXITO se fusionaron, el 31 de agosto de 2001, y la fusión se protocolizó mediante escritura pública No. 5012 de 9 de noviembre de ese año.

10. Las acciones que ÉXITO intercambié, tanto en la OPI como en la fusión, las tenía en reserva. Por ello, no realizó ninguna erogación.

11. Tanto la OPI como la gestión que adelantó en CADENALCO, se dieron por información privilegiada que tenía ÉXITO de la negociación que adelantaba con CASINO DE FRANCIA.

IV. PRETENSIONES

La convocante en vista de lo anteriormente señalado solicitó al Tribunal despachar favorablemente las siguientes pretensiones, contenidas en la demanda, a saber:

PRIMERO: Que se declare que ALMACENES EXITO S.A. abusó del derecho al abusar de la posición dominante que como accionista mayoritario y administrador de GRAN CADENA DE ALMACENES COLOMBIANOS S.A.-CADENALCO tuvo durante todo el proceso de colaboración empresarial entre las dos compañías, que culminó con la fusión de la primera sociedad con GRAN CADENA DEL ALMACENES COLOMBIANOS S.A. – CADENALCO en detrimento de los intereses económicos de los demandantes. E igualmente, que abusó de la información privilegiada que tal posición le daba y por tanto, abusó de ese derecho.

SEGUNDO: Que se declare que ALMACENES ÉXITO S.A. causó perjuicio a los

actores, al deteriorar la sociedad GRAN CADENA DE ALMACENES COLOMBIANOS S.A.-CADENALCO durante el tiempo en que ÉXITO, en virtud de un acuerdo de colaboración empresarial, fue el accionista mayoritario de dicha sociedad y tuvo el control administrativo de la misma.

TERCERA: Que se condene a ALMACENES ÉXITO S.A. a pagar a los señores accionantes a título de perjuicios, el valor de \$994,69 por cada acción de CADENALCO entregada en la fusión como se explicó en el hecho vigésimo primero o por las que en el proceso se pruebe que entregaron. Al efecto la demanda tasó la cuantía de la pretensión para cada demandante como sigue:

NOMBRE ACCIONISTA	VALOR DE LA PRETENSIÓN
Alfonso Ángel Díaz	420,901,084
Juan Agustín Posada	285,776,426
Maria Elena Mejía	209,429,990
Maria Luz Mejía de Puyo	196,505,983
Francisco Estrada Restrepo.	145,388,864
Argemiro Salazar	127,842,532
Iván Posada Londoño	99,469,000
Sofía Navarro de Palacio	79,278,782
Margarita Lalinde	75,779,463
David Posada Londoño	69,628,300
Sergio Lalinde de Bedout	68,386,927
Roberto Lalinde de Bedout	68,206,888
Diego Lalinde de Bedout	61,338,554
Gabriel Jose Mejia	59,736,108
Vandergrift-Puyo y Cia...	52,685,745
Maria Efigenia Navarro	50,110,493
Inés Elena Betancur	24,761,813
Agropecuaria Navarro Gutiérrez	19,795,326
Ángel Díaz Ltda.	19,132,862
Mayka S.C.A.	9,050,684
David Andrés González Castaño	5,960,182
María Elvira Ruiz Pérez	5,742,345
Berta Tamayo Vargas	4,799,379
Juan David Tamayo	3,727,103
Rocío Álvarez Arango	3,708,204
Felipe Mendoza Vega	2,926,378
Gloria Lucy Martinez Ramirez	2,777,174
Patricia Eugenia Martinez	2,777,174
Guillermo León Puyo	2,208,212
Juan Esteban Restrepo	1,976,449
Cristina Restrepo Betancur	1,957,550
Luz Estella Ramirez	1,551,716
Juanita Navarro	1,219,490
Francisco Luis Palacio	467,504
Alba Marina Estrada	418,754
Francisco Murillo Cano	418,754
TOTAL	2.185.842.192

Se pidió la indexación de estas sumas, más los intereses moratorios causados desde la OPI, o al menos desde la fusión, hasta el momento del pago total de la

obligación o desde el momento que se prueba en el proceso se causó el perjuicio.

En forma subsidiaria se pidió que se condene a ALMACENES ÉXITO S.A. a entregar a los demandantes las acciones del ÉXITO que éstos debieron recibir al momento de la fusión, conforme con los términos de intercambio de acciones efectuado en la OPI de 1999, contemplados en la columna No. 5 del cuadro del hecho vigésimo primero, así:

NOMBRE ACCIONISTA	ACCIONES ÉXITO NO RECIBIDAS
Alfonso Ángel Díaz	79,228
Juan Agustin Posada	53,793
Maria Elena Mejía	39,422
Maria Luz Mejia de Puyo	36,989
Francisco Estrada Restrepo.	27,367
Argemiro Salazar	24,064
Iván Posada Londoño	18,723
Sofía Navarro de Palacio	14,923
Margarita Lalinde	14,264
David Posada Londoño	13,101
Sergio Lalinde de Bedout	12,873
Roberto Lalinde de Bedout	12,839
Diego Lalinde de Bedout	11,546
Gabriel Jose Mejia	11,244
Vandergrift-Puyo y Cia...	9,917
Maria Efigenia Navarro	9,432
Inés Elena Betancur	4,661
Agropecuaria Navarro Gutierrez	3,726
Ángel Díaz Ltda.	3,601
Mayka S.C.A.	1,704
David Andres Gonzalez Castaño	1,122
Maria Elvira Ruiz Pérez	1,081
Berta Tamayo Vargas	903
Juan David Tamayo	702
Rocio Alvarez Arango	698
Felipe Mendoza Vega	551
Gloria Lucy Matinez Ramirez	523
Patricia Eugenia Martinez	523
Guillermo León Puyo	416
Juan Esteban Restrepo	372
Cristina Restrepo Betancur	368
Luz Estella Ramirez	292
Juanita Navarro	230
Francisco Luis Palacio	88
Alba Marina Estrada	79
Francisco Murillo Cano	79
TOTAL	411,449

O las acciones que se probara que tenían al momento de la fusión.

También se pidieron los dividendos causados por estas acciones desde la fusión hasta la fecha del pago, debidamente indexados, más los intereses moratorios, desde el momento de su causación hasta la fecha del pago.

2366

Se solicitó igualmente que se condene a la sociedad ALMACENES ÉXITO S.A. a pagar las costas y agencias en derecho.

V. LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA Y EXCEPCIONES DE MÉRITO

La convocada contestó oportunamente la demanda arbitral y la reforma a la misma, pronunciándose sobre los hechos expuestos por los convocantes, negando unos, aceptando otros total o parcialmente, o formulando aclaraciones relativas a ellos, oponiéndose a la totalidad de las pretensiones e invocando excepciones de fondo, que se resumen así:

I) **INAPLICABILIDAD DE LA CLÁUSULA ARBITRAL AL PRESENTE LITIGIO.** En la cláusula arbitral consagrada en el artículo 53 de los estatutos sociales de Almacenes Éxito S.A., se definen claramente los sujetos susceptibles de hacer uso de la misma, esto es, *"está establecida para las diferencias entre accionistas y la compañía, o entre aquellos, por razón del contrato social, quedando por fuera conflictos como el actual, referido a una inversión de la Almacenes Éxito en Cadenalco."*

II) **IMPROCEDENCIA DE ABRIR UNA VÍA PROCESAL QUE PARA EL CASO NO EXISTE.** Frente a los procesos de integración, la ley provee de herramientas a los accionistas minoritarios, como sería para el caso en cuestión, el derecho al retiro, el cual no fue ejercido por los convocantes, por tanto, la pretensión de éstos no resultaría aceptable procesalmente.

III) **PRESCRIPCIÓN (EXCEPCIÓN).** Con base en lo manifestado por los convocantes, Almacenes Éxito abusó del derecho desde el momento en qué tomó el control accionario de Cadenalco, lo que ocurrió desde la OPI, al comparar la enunciación de este hecho con el término de prescripción se desprende *"que han transcurrido más de cinco años que es el término de prescripción establecido en el artículo 235 del Código de Comercio."*

IV) **FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA.** Se configura la falta de legitimación en la causa puesto que *"lo que se pretende demostrar en la demanda es la mala estructuración o administración de algunos negocios, caso en el cual la acción no procede contra la sociedad Almacenes Éxito S.A. como quiera que dicha sociedad, como persona jurídica, no es la llamada a responder por actos o hechos realizados en su nombre."*

V) **FALTA DE LEGITIMACIÓN POR ACTIVA.** Por no haberse acreditado la calidad de accionista de los convocantes en Almacenes Éxito S.A. no tiene legitimación para demandar.

VI) **CUMPLIMIENTO.** Tanto para la OPI como para la fusión se cumplieron todos los requisitos legales y estatutarios.

VII) **FALTA DE NEXO CAUSAL.** Puesto que en caso de que se aceptara una desmejora patrimonial o perjuicio para los convocantes, *“éste debió haber obedecido indefectiblemente a una actuación u omisión culposa imputable a Almacenes Éxito, quien supuestamente abusando de su posición dominante, habría realizado actos para causar el detrimento patrimonial para CADENALCO.”*

VIII) **IMPROCEDENCIA DE LIQUIDAR INTERESES DE MORA Y CORRECCIÓN MONETARIA.** No hay lugar al reconocimiento de intereses de mora ya que estos constituyen una verdadera sanción por el incumplimiento, cuestión que no es posible imputarse a la convocada.

IX) **IMPROCEDENCIA DEL RECONOCIMIENTO DE DIVIDENDOS.** Al no ostentar los convocantes la condición de accionistas de Almacenes Éxito S.A. no podrán percibir dividendos de las acciones que dicen tener en ésta.

**CAPITULO SEGUNDO
CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

I. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES

Antes de entrar a decidir sobre el fondo de la litis, el Tribunal advierte que en el presente proceso se reúnen a cabalidad los presupuestos procesales, esto es, los requisitos indispensables para la validez del proceso, por lo que se podrá proferir un laudo de mérito. En efecto, de la actuación arbitral, de los documentos aportados al proceso y examinados por el Tribunal, aparece que las partes están integradas por personas naturales y por personas jurídicas regularmente constituidas que han acreditado en legal forma su existencia y representación, que tienen capacidad para transigir sobre las materias objeto de la controversia y para someterlas a la decisión del Tribunal de Arbitramento.

2368

Las pretensiones formuladas por los convocantes en la demanda y en la reforma de ésta, así como las excepciones planteadas por la convocada en las contestaciones a las mismas son susceptibles de transacción, por lo cual, es procedente su conocimiento y decisión mediante este proceso

Por tratarse de un arbitramento en derecho las partes comparecen representadas por abogados titulados, y no se encuentran vicios de nulidad que puedan invalidar el trámite adelantado.

II. LA PRUEBA PRACTICADA

La instrucción llevada a cabo en el presente proceso arbitral agotó los diferentes medios probatorios aducidos por las partes. A instancias de la convocante se recibieron los testimonios de los señores Ignacio Molina Giraldo, Francisco Gómez Giraldo, Luís Fernando Cuartas Hoyos, Iván Restrepo Lince y Germán Jaramillo Olano y se practicó el interrogatorio de parte al representante legal de la convocada, que a su turno pidió que se tomara declaración, como en efecto sucedió, a Edith María Hoyos, Tatiana Aristizábal, Guillermo Valencia, Juan Guillermo Londoño, Darío Jaramillo y Jesús Quintero. Muchos de los demandantes absolvieron interrogatorio de parte formulado por el apoderado de la sociedad provocada.

Por auto dictado el 2 de febrero de 2007, se limitaron los testimonios que habían sido pedidos por las partes, conforme a lo dispuesto por el artículo 219 del Código de Procedimiento Civil, por lo cual se decretó que no se recibiría la declaración de Fabio Rico Calle, Carlos García, Víctor Sánchez, Jorge Pérez, Gerardo Palacio, Ramiro Restrepo, José Roberto Arango y Carlos Hugo Escobar. La parte demandada desistió además de algunos de los interrogatorios de parte.

Ha de resaltarse que las versiones recibidas, a la luz de la crítica del testimonio y de la sana crítica, pueden ser apreciadas, toda vez que, aplicados los factores de análisis correspondientes, no existen motivos para rechazarlas. En tal sentido y por disponerlo el inciso segundo del artículo 218 del Código de Procedimiento Civil, se pronuncia el Tribunal sobre la tacha de sospecha formulada respecto de los testimonios de Edith María Hoyos y Jesús Alberto Quintero Marín, presentada por los apoderados de los actores en razón de los vínculos laborales, los cuales manifestaron con respecto a Edith María Hoyos: *"Es evidente. Yo naturalmente dejo la tacha de sospecha, dado que ella trabaja para la parte demandada."* (Folio

1733 del cuaderno No. 4), y en relación con Jesús Quintero Marín se dijo en su momento procesal lo siguiente: *"Teniendo en cuenta que el testigo es un empleado del EXITO, sociedad convocada, y que además era un empleado de CADENALCO que fue beneficiado con la fusión y se quedó, yo me permito tacharlo de sospechoso en su declaración."* (Folio 1855 del cuaderno No. 5).

Examinado el relato de estos dos declarantes y confrontado con la restante prueba, esto es, mirado con una *"apreciación reflexiva, primero, de cada medio en particular que resulte conducente, y luego comparativa respecto de los restantes, para finalizar, de acuerdo con un criterio objetivo de racionalidad y por ende sin sujeción necesaria a leyes reguladoras estrictas, estableciendo aquellos hechos en forma bien determinada y concreta"* (sentencia S-029 de 5 de mayo de 1998, de la Corte Suprema de Justicia), concluye el Tribunal que las declaraciones rendidas por los señores Jesús Quintero Marín y Edith Maria Hoyos, guardan coherencia con los demás testimonios sobre cómo ocurrieron los distintos hechos que ocuparon la atención del proceso, por lo cual se deduce que no hay lugar a restarles mérito en razón de la citada vinculación laboral, puesto que no se observa que su credibilidad e imparcialidad se hayan afectado por tal vínculo y, en cambio, son suficientes para estimar sus exposiciones, como brota, se insiste, de constatar la razón de la ciencia de su dicho con los demás medios probatorios.

Por todo lo anterior, se declarará que no prospera la tacha de sospecha invocada por la parte convocante y así habrá de decidirse al fallar.

La prueba documental que reposa en el expediente fue arrimada con la demanda y la contestación y como respuesta a oficios librados a diferentes entidades y a la propia demandada, que también atendió los requerimientos del Tribunal efectuados en diligencia de inspección judicial surtida el 18 de septiembre de 2006. Toda esa prueba documental, de documentos privados y públicos, goza de la autenticidad necesaria para la valoración de su eficacia probatoria.

Igualmente se practicó prueba pericial que, en lo que responde a aspectos precisamente técnicos, el Tribunal encuentra firme en sus conceptos, siendo del caso indicar que la idoneidad del perito fue hecho visible que, en consecuencia, asegura el mérito de la experticia.

2370

III. DEL ABUSO ALEGADO EN ESTE PROCESO Y DEL ABUSO DEL DERECHO EN GENERAL

Como es sabido, la decisión del juez debe guiarse por el principio de congruencia de la sentencia con las pretensiones y las excepciones. La aplicación de este postulado exige, como primera medida, revisar la demanda, para situar el debate debidamente.

Tanto en la demanda inicial, como en la reforma a la misma, se lee que los actores, unidos mediante un litisconsorcio voluntario o facultativo, pretenden que se declare que ÉXITO abusó del derecho, al abusar como accionista mayoritario y como administrador de CADENALCO, de la posición dominante que tuvo durante todo el proceso de colaboración empresarial entre las dos compañías, que culminó con la fusión de la primera sociedad con CADENALCO en detrimento de los intereses económicos de los actores.

El Decreto Extraordinario 2153 de 1992 define los casos de abuso de posición dominante, en materia de competencia. Pero por ser especiales estos supuestos, estima el Tribunal, en su deber de interpretar la demanda y sin sustituirla, que el asunto que debe decidirse en el proceso no atañe de manera concreta al abuso de la posición dominante indicado por la norma, mas si al abuso que pudiera haber existido del llamado poder de negociación, o de una modalidad similar a éste. Para la Corte Suprema de Justicia, sentencia de octubre 19 de 1994, "un ejemplo sin duda persuasivo de esa clase de comportamientos irregulares, lo suministra el ejercicio del llamado "poder de negociación" por parte de quien, encontrándose de hecho o por derecho en una posición dominante en el tráfico de capitales, bienes y servicios, no solamente ha señalado desde un principio las condiciones en que se celebra determinado contrato, sino que en la fase de ejecución o cumplimiento de este último le compete el control de dichas condiciones, configurándose en este ámbito un supuesto claro de abuso cuando, atendidas las circunstancias particulares que rodean el caso, una posición de dominio de tal naturaleza resulta siendo aprovechada, por acción o por omisión, con detrimento del equilibrio económico de la contratación".

Se trata de establecer, dado el contexto del problema propuesto a los árbitros, si la convocada, con su conducta, causó la pretendida desvalorización CADENALCO, situando a los demandantes en posición desventajosa y ocasionándoles un daño que deba reparar.

2371

Neminem laedit qui iure suo utitur, se decía: nadie perjudica cuando ejercita su derecho. Mas, superados los debates doctrinarios relativos a la explicación del abuso del derecho – que se inspiró en la teoría del uso anormal del derecho-, y a su consistencia lógica², es actualmente aceptado que los derechos subjetivos deben ser ejercitados sin causar daño a otros.

Como expresan algunos autores, "la titularidad y ejercicio de un derecho propio no excluyen el deber de no dañar a otro"³.

Existe abuso del derecho en todo evento en que el titular de un derecho, al ejercerlo o al omitir su ejercicio, sin exceder su límite objetivo trazado por la norma positiva, esto es, sin realizar un acto ilícito, causa una lesión a un tercero, al superar el espíritu o la finalidad propios de la facultad ejercitada. Se dice por consiguiente que "el ejercicio de un derecho no confiere la impunidad". "Abusar del derecho es entonces en realidad cubrir con la apariencia del derecho un acto que no debía ejecutarse o que, cuando menos, no era posible ejecutar sino indemnizando a quienes resultaran lesionados por ese acto"⁴.

De naturaleza disputada, habiendo dividido a la propia jurisprudencia nacional, al paso de entender ésta en unas ocasiones que "es una aplicación de la responsabilidad extracontractual a una determinada materia", requiriéndose entonces dolo o culpa (Corte Suprema de Justicia, fallos de octubre 2 de 1969 y octubre 11 de 1973), y en otras que "la falta imputable a título de dolo o culpa grave no es un elemento indispensable para la adecuada caracterización del abuso del derecho concebido como "...principio general incorporado al ordenamiento por la jurisprudencia en desarrollo de la norma del artículo 8º de la Ley 153 de 1887..." (Corte Suprema, sentencia de octubre 19 de 1994), se ha alcanzado a señalar que el abuso del derecho no es necesariamente una institución exclusiva de la responsabilidad civil, y sí una fuente de obligaciones, como en efecto lo es de la de indemnizar los perjuicios causados con el abuso.

Por ejemplo, en Colombia, sostiene Enrique Gaviria Gutiérrez⁵, que "Quien afirme que solo abusa de su derecho la persona que lo ejerce en forma dolosa o

² Y aún gramatical, puesta en duda por insignes autores como Planiol, quien calificó la expresión como una logomaquia.

³ BARRERA Tapias, Carlos Darío y SANTOS Ballesteros, Jorge. El daño justificado. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 1997. Página 157

⁴ RIPERT Georges. La regla moral en las obligaciones civiles. La Gran Colombia, Bogotá: 1946. Pág. 135 y 136.

⁵ ENRIQUE GAVIRIA GUTIÉRREZ, *Lecciones de derecho comercial*, Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 3a ed., págs. 223 y 224.

2372

culposa, no hace otra cosa que negarle validez y eficacia a la teoría, reduciéndola a un simple caso de responsabilidad delictual o cuasidelictual; tal criterio carece de novedad y utilidad y para quienes lo defienden mejor sería propiciar la eliminación completa de la doctrina del abuso que presentarla como un fenómeno sin configuración propia”.

Idéntica apreciación plantea Gabriel Escobar Sanin⁶, cuando señala que “La teoría del abuso del derecho ha estructurado una institución autónoma, diferente de la responsabilidad contractual y extracontractual, porque éstas se apoyan en la violación de un derecho y aquella se basa en la actuación del mismo, aunque haya una desviación de su espíritu o finalidad en su ejercicio”.

En igual sentido se pronuncian los profesores argentinos Alterini y López⁷:

“En la doctrina moderna, la significación asignable a la teoría del abuso del derecho ha ido creciendo.

”Tradicionalmente ha sido analizada como un aspecto de la responsabilidad civil, pero esa concepción estrecha viene siendo ensanchada. El ejercicio abusivo concierne a los límites internos de los derechos subjetivos y la determinación de ese perímetro atañe a ‘los principios generales’ o aun ‘al espíritu del sistema jurídico’ por lo cual en la actualidad se la considera –con razón– un tema propio de la teoría general del derecho”.

Queda de este fugaz recuento, a manera de síntesis, que la figura del abuso del derecho puede ser, o puede no ser, tratada como parte del ámbito de la responsabilidad civil, ora contractual, ora extracontractual. E, igualmente, que puede estructurarse, en un caso concreto, como consecuencia de una conducta positiva o negativa, dolosa o culposa, o sin que medien el dolo o la culpa.

El abuso del derecho fue consignado en el artículo 830 del Código de Comercio, el cual establece que “... el que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause”. En forma general, de otro lado, se contempló en la Constitución de 1991, en el artículo 95, que dispuso como un deber de toda persona “*Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios*”.

Precisamente, la Corte Suprema de Justicia, en fallo de 2 de febrero de 2005,

⁶ GABRIEL ESCOBAR SANIN. *Negocios civiles y comerciales*. S. I : Diké, 1994. Pág. 410.
⁷ ATILIO ANÍBAL ALTERINI y ROBERTO LÓPEZ CABANA, *Responsabilidad civil*, Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 1995, págs. 33 y 34.

puntualizó, rememorando otra providencia suya, que

2.- No sobra recordar, en todo caso, que la Corte ha sostenido, en lo tocante con la regla del 'abuso del derecho', que ella "de manera genérica señala que los derechos deben ejercerse en consonancia con los fines que le son propios, fines que están determinados por la función específica que cumplen en la convivencia humana, y en virtud de los cuales el derecho objetivo los regula y tutela. Mas, en cuanto postulado esencial del derecho, carácter que muy pocos se atreven a disputarle, trasciende del ámbito meramente extracontractual al cual se quiso restringir, para orientar, por el contrario, toda actividad humana amparada por el ordenamiento jurídico, de modo que, inclusive, el artículo 95 de la Constitución Política Colombiana lo considera uno de los deberes 'de la persona y del ciudadano', amén que manifestaciones del mismo pueden percibirse en el derecho público en la medida en que éste reprime el ejercicio arbitrario del poder o su desviación. Así, pues, es preciso destacar que aquellas actividades protegidas por el derecho que se ejecuten anómala o disfuncionalmente, motivadas por intereses inconfesables, ilegítimos o injustos que se aparten de los fines económico-sociales que les son propios, deben considerarse como abusivas y, subsecuentemente, generadoras de la obligación indemnizatoria..." (Sent. del 9 de agosto de 2000, exp. No. 5372),

Ninguna de estas disposiciones, como salta a la vista, se ocupa de calificar el comportamiento abusivo, pues en ellas no se exige que el actuar sea intencional, o imprudente, como tampoco se determina que exista objetivamente.

En la actualidad se acepta que uno de los criterios para determinar si una conducta configura un abuso del derecho es el de la "trasgresión de los límites normales del ejercicio de un derecho". Así, el artículo 7 del Código Civil español establece que es abusivo todo acto u omisión que "por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero...". Y el artículo 1071 del Código Civil argentino consagra que se considera abusivo el ejercicio de un derecho cuando "exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres".

Admitiendo su carácter de principio general, elevado en Colombia a rango de norma positiva como se puso de presente, asoma en la represión del abuso una clara línea de vinculación del derecho con la moral y con las sanas costumbres. Bien lo señaló Ripert cuando apuntó que "No es este un simple problema de responsabilidad civil, sino una cuestión general de moralidad en el ejercicio de los derechos"⁸. Esto ha justificado que se diga que la sanción al abuso se apoya en la equidad⁹. La misma Corte Suprema de Justicia ha entendido que "la apreciación

⁸ RIPERT Georges. Op. cit., Págs. 133 y 138.
⁹ Summun ius, summa iniuria, que es tanto como: el derecho aplicado al extremo puede conducir a una gran injusticia, decía Cicerón, se toma como máxima compatible con la que propone que ius semper quarendum est eaquabile, neque enim aliter ius esset: en derecho hay que buscar siempre

2374

de las circunstancias que demuestren como anormal el ejercicio de este deber ciudadano (denunciar delitos), la extralimitación de los móviles y de los fines que inducen al denuncia, la temeridad y la malevolencia, en una palabra, el abuso del derecho, *es cuestión de hecho que corresponde al juez en cada caso deducir de los elementos objetivos demostrados en el proceso por medio de los cuales se llegue al pleno conocimiento de los objetivos que asistieron al denunciante,....*" (La cursiva es ajena al texto, que es de la sentencia de 21 de noviembre de 1969).

De manera similar puntualizó la citada Corporación, en fallo de 1 de abril de 2003, que "se ha señalado que tanto el dolo o deseo de causar daño, como la culpa, los límites objetivos del derecho del que se pregona su abuso, el fin económico y social de la norma que consagra el derecho, y hasta la moral social contemporánea han sido puestas como guías o pautas para aplicar la teoría del abuso de los derechos, sobre la base de la relatividad de los mismos. *En suma, se le ha dejado al recto y sano criterio del fallador la configuración en un determinado caso de conductas que puedan ser calificadas de abusivas*".

Más recientemente dijo la Corte Suprema que "De antaño¹⁰ la jurisprudencia y la doctrina patria, siguiendo el horizonte trazado por el Derecho Romano clásico (*malenim nostro jure uti non debemus*), puso dique a que el derecho pueda ser usado de cualquier modo, pues la inserción en el espacio social impone restricciones al crudo imperio del individualismo, para evitar que de mala fe o desdén se cause daño a los demás mediante el ejercicio descuidado de los derechos. Se ha decantado entonces que quien abusa de un derecho, o lo ejerce de modo negligente, debe indemnizar a la víctima. Con el paso del tiempo, tras la jurisprudencia vino la ley, que en el artículo 830 del C. de Co. reprobó el abuso de los derechos. Luego el constituyente se ocupó de colocar en canon superior el mismo principio y así lo estatuyó en el numeral 1° del artículo 95 de la Carta Política, conforme al cual se deben respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios." (Negrilla y subrayas del Tribunal).

El ejercicio de un derecho subjetivo puede ser abusivo o no. Si es abusivo y

la equidad, pues de otro modo no sería derecho.

¹⁰ (Cita propia del fallo) Sentencias Casación, de 1° de junio de 2005, Exp. No. 2262; de 10 de marzo de 2005, Exp. No. 00225-01; de 27 de enero de 2005, Exp. No. 7653; de 30 de junio de 2004, Exp. No. 7130; de 9 de julio de 2002, Exp. No. 7438; de 10 de septiembre de 2001, Exp. No. 6582; de 14 de febrero de 2001, Exp. No. 5976; de 7 de noviembre de 2000, Exp. No. 5476; de 27 de octubre de 2000, Exp. No. 6232; de 23 de junio de 2000, Exp. No. 5464; de 17 de septiembre de 1998, Exp. No. 5096; de 6 de febrero de 1998, Exp. No. 5007; de 13 de octubre de 1988; de 26 de enero de 1978; y de 11 de octubre de 1977.

2375

produce un daño, es indudable que debe existir y probarse una relación de causalidad entre el ejercicio del derecho, esto es, la conducta desplegada o la omisión, intencionales o culposas o aún involuntarias, por un sujeto de derecho, y el resultado lesivo que ocasiona.

Para la doctrina¹¹, los requisitos del abuso son:

a) Ejercicio de un derecho subjetivo y podría añadirse, estima el Tribunal, que éste sea relativo¹².

b) Falta de interés serio y razonable, o ánimo de vejar o dañar a otro;

c) Daño causado¹³, a otro derecho, es decir, al derecho de otro, agregan los árbitros, lo que significa que la víctima del abuso debe probar que era titular de un derecho y que éste fue vulnerado de alguna forma.

d) Que se trate de un derecho subjetivo susceptible de ser controlado según el ordenamiento jurídico.

Sin embargo de lo anterior, conviene advertir que si una persona, por sentirse perjudicada por la conducta de otra, atribuye a ésta una actuación abusiva pero que enjuicia como dolosa, no es posible dejar de lado la caracterización de su queja, es decir, abandonar la identificación del dolo imputado, puesto que ello entrañaría una infracción al ordenamiento procesal, siempre y cuando se asuma que la demanda define el marco del debate litigioso¹⁴ y que éste debe ser resuelto en armonía con lo que se pide y lo que se opone a las peticiones.

Precisamente, los incisos primero y segundo del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil disponen que

“La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades

¹¹ ESCOBAR SANIN, op. cit., pág. 410. En ello sigue a SANTORO PASARELLI

¹² Puesto que en ocasiones un derecho puede ejercerse al arbitrio del titular, como sucede en el caso de un incumplimiento contractual, como quiera que el contratante cumplido puede pedir el cumplimiento o la resolución, a su voluntad.

¹³ Aunque, para algunos, “el daño no es elemento constitutivo del abuso, sino un presupuesto del efecto compensatorio”. Cfr. RENGIFO García, Ernesto. Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante. Universidad Externado de Colombia. Bogotá: 2002. Pág. 70.

¹⁴ Pues, como ha dicho la jurisprudencia, la demanda en forma, que es uno de los presupuestos procesales, constituye “a la vez la pieza más importante y fundamental del litigio, puesto que contiene la pretensión del demandante y le delimita al fallador el ámbito dentro del cual debe moverse al ultimar con sentencia la controversia” (Se resalta. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, de 7 de mayo de 1979).

que este código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, **ni por causa diferente a la invocada en ésta**". Negrilla y bastardilla del Tribunal.

En punto al análisis al cual está obligado el juez, en el apoyo jurídico de la pretensión, ha dicho la Corte Suprema de Justicia:

"Si bien no se remite a duda de ninguna clase que es función privativa de los jueces, en desarrollo del conocido adagio 'narra mihi factum, dabo tibi ius', examinar de oficio el contenido de la litis bajo todos los aspectos jurídicos que se muestren como posibles, tarea esta en la que cuentan con amplias facultades para hallar las normas que consideran aplicables aunque tengan que hacerlo separándose de las alegaciones en derecho efectuadas por las partes o, inclusive, supliendo omisiones en las que ellas hayan podido incurrir —'iura novit curia'—, motivo por cuya virtud se entiende que no contravienen aquella exigencia las decisiones jurisdiccionales que, partiendo de bases fácticas aducidas en los escritos rectores del proceso, seleccionan los preceptos que estiman justos y adecuados al caso concreto así esa selección no coincida con el tipo de alegaciones jurídicas de parte aludido, **no debe perderse de vista, sin embargo, que el poder del que viene haciéndose mérito lo circunscriben precisos límites que, sin incurrir en el vicio de incongruencia positiva, no pueden ser rebasados pues en cuanto a la demanda toca, de manera constante ha sido insistente la doctrina jurisprudencial en señalar que: '...determinada claramente en la demanda cual es la sentencia judicial que persigue el actor, es decir cual debe ser la materia sobre la que haya de recaer el fallo, no puede salirse el sentenciador de ese ámbito que le marca el propio actor, para fallar en sentido diverso a las súplicas de la demanda...**" G. J. T. LXXXI, pág. 700) lo que en otras palabras equivale a sostener, en la actualidad por lo demás con inequívoco fundamento en el texto del artículo 305 del C de P. C., modificado por el artículo 1º, numeral 135, del Decreto Ley 2282 de 1989, que el acatamiento del deber de congruencia reclama que el juicio jurisprudencial emitido en la sentencia se ajuste, no sólo a los hechos litigados sino también a la pretensión entablada de tal modo que no sean alterados los elementos que individualizan a esta última". (Sentencia de febrero 19 de 1999 M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss).

La demanda con la que fue promovido este proceso arbitral narra, en sus primeros

2377

hechos, el progresivo control por parte de ÉXITO, de la sociedad CADENALCO y un continuo debilitamiento financiero de ésta, entre febrero de 1999 y agosto de 2001 (hecho cuarto), planteado en otra magnitud en el hecho quinto, que reza:

“El proceso de aniquilamiento de CADENALCO, que la “integración” perseguía, tenía un firme propósito, según se aprecia en los acontecimientos posteriores, cual era la desvalorización total de CADENALCO para una fusión con el EXITO en unos términos de intercambio accionario con ventajas para esta última sociedad, no solo en términos económicos sino comerciales, como lograr sacar un competidor del mercado”.

Corresponde dilucidar, por lo mismo, si en este texto del libelo introductor, en el cual se predica un obrar intencional y tal vez premeditado de la parte accionada, al afirmar que ésta procedió con unos propósitos concretos, planeados, con un resultado calculado que era la “desvalorización total de CADENALCO”, se debe descubrir, de parte de los actores, una imputación de dolo que deba asociarse al abuso del derecho que evidentemente le atribuyen a la convocada. En otras palabras, ha de establecerse si se hizo allí, o en otros apartes, referencia a dolo, entendido como bien lo define el Código Civil, como intención positiva de inferir daño a otro.

Por lo mismo, resulta prioritario definir si la parte demandante asegura que la demandada actuó con dolo, en atención a ser ese el marco en que se edifica la defensa de la segunda: precisamente, ÉXITO ha considerado que los actores le atribuyen un abuso del derecho doloso, que en su criterio proviene de los señalamientos consignados en los hechos 5, 18, 19 y 21 de la demanda entre otros.

A la luz de este esquema, entonces, apreciará el Tribunal el caso en estudio, para, si la respuesta al cuestionamiento interpretativo es la apuntada por la parte provocada del arbitraje, en pos del descubrimiento de conductas abusivas, pero dolosas, de la demandada, respecto de los demandantes y luego establecer, si resulta menester, si hubo daño para los accionantes, y si entre el mismo y la fuente que ellos le atribuyen a la sociedad opositora, existe una relación de causa a efecto.

Por la prelación del problema, entonces, deviene imperioso un pronunciamiento directo y es el siguiente: vista la demanda con una óptica literal, no se observa que

2378
en ésta se diga, en forma expresa, que la compañía demandada procedió con dolo frente a los demandantes. Así, de los hechos 5, 18, 19 y 21 emerge que la intencionalidad de que se habla rodea en forma principal la situación entre ÉXITO y CADENALCO, y por reflejo a los accionistas de la segunda. Es decir, no se encuentra en su simple texto, que la demanda haga una franca y rotunda inculpación a la demandada de haber obrado con el designio de perjudicar – ello es el dolo – a los demandantes, en forma abierta.

Con todo, un análisis sistemático del libelo introductor, de su reforma y de la orientación del proceso por los actores, incluidas sus alegaciones, revela que éstos no encauzaron su pretensión, indemnizatoria por abuso, como originada en la concepción de éste como institución autónoma, que es una de sus posibilidades de enfoque como más atrás se vio y, por el contrario, la fundaron en la responsabilidad extracontractual, lo que obliga al Tribunal a examinar cuidadosamente la conducta de la convocada, claro está, con el repaso uno a uno de los elementos del ejercicio abusivo del derecho.

La demanda, se reafirma, acusa a la demandada de haber realizado actos y hechos que deterioraron a CADENALCO, constituyendo el hecho quinto, en el contexto de la demanda, el eje de estudio, a partir de la manifestación de que “la “integración” perseguía, tenía un firme propósito, (...) cual era la desvalorización total de CADENALCO para una fusión con el ÉXITO”.

En síntesis: la demanda del presente proceso, que se estima debe ser interpretada más allá de lo apuntado sobre abuso de posición dominante, circunscribe la conducta de ÉXITO al terreno de su relación con CADENALCO; y la reprocha como dolosa.

Conviene, por lo mismo, explorar los elementos constitutivos del abuso del derecho, para en ese plano confirmar la ocurrencia de los hechos expuestos por los demandantes y establecer el derecho que deprecian en sus pretensiones.

IV. EJERCICIO DE UN DERECHO SUBJETIVO. LA TOMA DE CONTROL

De la voluminosa prueba testimonial que se recaudó en la instrucción, se obtiene la conclusión de que entre CADENALCO y ÉXITO, desde comienzos de la década de 1990, se proyectó que una y otra tuvieran participación recíproca, quizás únicamente comercial en un principio. De varios de los documentos que

2374

reposan en el expediente, tales como las actas Nos. 639 a 674 de la Junta Directiva de ÉXITO, correspondientes a sesiones de los años 1997 a 1999, se alcanza la convicción de que la accionada no tuvo en su mente solo invertir en CADENALCO. Más aún: se lee en el acta 646, folio 250 del libro de actas respectivo, que ÉXITO no quería ser un mero inversionista en CADENALCO ni tener esa calidad, que esa corporación directiva consideró absurda. La misma directiva fue explícita, en cambio, que su propósito era otro: controlar a CADENALCO, entre otras razones, para evitar que otros adquirieran esa cadena, que era su competidora, a quien le reconoció que tenía muchas cosas buenas. Pero competidora al fin y al cabo, "con plan de expansión agresivo que podría quitarle mercado", como reza el acta No. 649.

De manera que, bien entendidos los referidos medios de prueba, es válido asegurar que la intención de ÉXITO no era desvalorizar una inversión sino manejar un competidor.

En las actas de la Junta Directiva de ÉXITO, desde 1997, se lee el itinerario de su actuar como persona jurídica: adquirir progresivamente muchas acciones de CADENALCO, por cualquier medio lícito; y necesitaba recursos que debía adquirir con un inversionista extranjero, dentro de las diferentes alternativas que se le ofrecían.

Ya siendo matriz y declarado el grupo empresarial, pasó ÉXITO a ejercer su control de CADENALCO, lo cual, debe resaltarse en orden al análisis propuesto, constituía un derecho de aquella sociedad como accionista mayoritario de la segunda.

La prueba documental visible en las actas Nos. 639 a 674, armonizada con algunas de las declaraciones de terceros, pone de manifiesto que ÉXITO ejecutó un comportamiento definido, continuo, pensado repetidamente por sus directivos, con propósitos concretos, todo lo cual lleva a deducir que su proceder sí fue intencional. Para el Tribunal resulta claro que sí hubo un plan de parte de ÉXITO orientado a tomar para sí el control de CADENALCO.

En las actas 639 a 674 de la Junta Directiva del ÉXITO, documentos privados, que gozan de la presunción de autenticidad, se confirma, con aplicación de los artículos 279 y 264 del Código de Procedimiento Civil – que permiten aceptarlos en cuanto a su fecha y sus declaraciones – que mucho antes de febrero de 1999, tenía ÉXITO el interés de participar como accionista de CADENALCO, con planes

2380
y objetivos específicos. En ejecución de ese propósito, efectivamente ÉXITO, en forma progresiva, adquirió acciones de CADENALCO, hasta llegar a tener la mayoría accionaria, justamente con la operación de la mencionada OPI.

De las actas se desprende que originalmente a la sociedad ÉXITO, en ese proyecto, la animaba una voluntad de cooperación con CADENALCO, orientada a que se pudieran manejar, desde el punto de vista territorial, las empresas comerciales de las dos compañías. A poco ese anhelo fue tomando otro cuerpo, en la medida en que ÉXITO se involucraba más en CADENALCO y en tanto la competencia, particularmente por la anunciada presencia de cadenas extranjeras, se vislumbraba dura o reñida. Frente a ese futuro, la Junta Directiva de ÉXITO se propuso "tomar el control" de CADENALCO (acta 661 de diciembre 15 de 1998, página 327 del libro de actas), designio que tenía desde antes, como puede revisarse en el acta No. 648 de abril 28 de 1998, en la que se lee que "Sigue vigente la idea de adquirir para el Éxito un 5% adicional de las acciones de Cadenalco, para consolidarnos como el mayor accionista individualmente considerado de esta importante cadena. La idea es que este liderazgo a nivel accionario se materialice en un control real y efectivo de esta importante organización comercial..." (Página 261 del libro de actas).

El objetivo de integrarse más las dos sociedades (acta 644 de febrero 3 de 1998, página 230) creció con el tiempo, en razón de las necesidades comerciales y económicas de la demandada: en mayo 19 de 1998 (acta 649, páginas 267 y 268), se temía por ÉXITO que el crecimiento de CADENALCO, calificado como agresivo y acelerado, afectara su participación en el mercado; en junio 30 de ese año (acta 652, página 283) se pensó que "el rompecabezas... hay que armarlo rápidamente pero de manera muy inteligente, pues hay que evitar a toda costa que inversionistas nacionales o extranjeros puedan apoderarse de empresas tan importantes como el Éxito y Cadenalco,..."; en agosto 25 siguiente (acta 654, página 294), quedó claro que ÉXITO era más que inversionista, "se trata de ir más adelante, (...) conciliar y ordenar intereses expansionistas en el ámbito comercial, etc., lo que implica ir mucho más allá que tener una mera presencia a nivel de la Junta Directiva de la mencionada cadena comercial"; en diciembre 1 de 1998 (acta 660, página 324), consta, de boca del representante legal de la convocada, refiriéndose a su participación en CADENALCO, que las circunstancias del mercado eran difíciles "y en este sentido hay que dar una batalla diaria para que otros competidores no vayan erosionando progresivamente nuestro posicionamiento. Lograr este objetivo significa disponer de suficientes recursos de capital de los que hoy infortunadamente carecemos y, es precisamente en esa

238
coyuntura, que se vislumbra la importancia de incrementar la participación accionaria del Éxito en Cadenalco".

Con ese esquema ha de revisarse si esa acción de la opositora, de buscar el control de la sociedad competidora, acción indudablemente lícita, fue abusiva y si acaso arrastró daño para los accionistas de CADENALCO: es decir, si la sociedad convocada incurrió o no incurrió en acciones u omisiones con intención de inferir daño, o si ese propósito no existió, si esas acciones u omisiones correspondieron al ejercicio de un derecho pero con exceso de sus límites normales, o en contra de la buena fe, la moral o las buenas costumbres.

V. EL DERECHO DE LOS DEMANDANTES. DOS HECHOS EXTREMOS SUFICIENTEMENTE DEMOSTRADOS

La determinación de la existencia de un abuso del derecho, como atrás se destacó, supone, en concepto del Tribunal, la demostración por quien se presenta como víctima del abuso, de que era titular de un derecho y que éste fue vulnerado de alguna forma. Para el caso subjudice, se trata de establecer si los demandantes eran accionistas de CADENALCO, en las épocas en que se atribuye a ÉXITO un abuso de su derecho.

Dos hechos extremos se encuentran suficientemente demostrados en el proceso: por una parte, que en febrero de 1999, ante el resultado de una oferta pública de intercambio de acciones, ÉXITO abrió definitivamente las puertas del camino que condujo al control de CADENALCO, control que no fue solamente accionario; y, por otra, que CADENALCO terminó absorbida, en una fusión, en agosto de 2001, hecho el de la fusión que se recoge en la escritura pública No. 5012 de 9 de noviembre del mismo año, la cual se encuentra a folios 97 a 110 del cuaderno No. 1.

¿Eran los actores accionistas de CADENALCO en los meses de febrero de 1999 y agosto de 2001?

Por lo que concierne a la primera de estas fechas, aportó la demandada, en la contestación a la reforma a la demanda, y como se lee en el folio 779, cuaderno No. 2 del expediente, la relación de la participación de los demandantes en CADENALCO, "según el listado maestro". Por vía de esa confesión, entonces, fue probada la calidad de accionistas de CADENALCO, de cada uno de los

2382

demandantes, para febrero de 1999.

Acerca de la misma prueba para agosto de 2001, cuando se decretó la fusión de ÉXITO y CADENALCO, asume el Tribunal que aquella se configura por la concurrencia de tres elementos de convicción: así, la contestación a la reforma a la demanda, por la convocada, no niega que las personas naturales y jurídicas convocantes fueran accionistas de CADENALCO para el tiempo de la fusión, sino que insiste en que para enero de 2006 solamente nueve de ellas conservaban esa condición; igualmente, en el acta No. 54 de la Asamblea General Extraordinaria de Accionistas de CADENALCO, realizada para aprobar la fusión, de fecha 31 de agosto de 2001, se encuentra que entre los asistentes a la reunión estuvieron varios de los acá demandantes; y, finalmente, en la oposición planteada por ÉXITO se hizo hincapié en que la vía procesal elegida por los actores no era adecuada, porque éstos debían haber ejercido el derecho de retiro contemplado en el artículo 12 de la Ley 222 de 1995, aceptándose que, entonces, eran accionistas, y diciéndose expresamente (folios 505 y 506 del cuaderno No. 2), que "Cabe advertir además que, de los poderdantes, sólo el señor Francisco Estrada tiene la condición de disidente, pues manifestó su voto en contra de la fusión sometida a consideración de la Asamblea de Accionistas del 31 de agosto de 2001, y de los restantes, sólo algunos ostentan la calidad de ausentes, y los demás, es decir, las señoras Alicia Echavarría, Alba Marina Estrada, Maria Helena Mejía de Gómez, María Luz Mejía de Puyo, y Gabriel Mejía Echavarría y Guillermo León Puyo, no solo asistieron a dicha asamblea, sino que votaron a favor del proceso de fusión".

Entonces, quedó demostrado para el Tribunal que los actores sí eran accionistas de CADENALCO en los meses de febrero de 1999 y agosto de 2001. Lo cual supone que, como titulares de un derecho, podría éste haber sido vulnerado por el comportamiento de la demandada, de tenerse por abusivo.

VI. HECHOS DE CONTROL. VERIFICACIÓN DE ABUSOS O EXCESOS

Obra prueba y bastante, del ejercicio del control desplegado por ÉXITO en CADENALCO y del aumento de su participación accionaria después de la OPI, pasando del 56.95% al 70.76%. Mas no consta lo predicado en el hecho quinto de la demanda, a saber, que ese control buscó acabar con CADENALCO. En efecto, de los medios de convicción aunados emergen los siguientes hechos:

2383

a) En primer lugar, la citada OPI, que contó con la autorización exigida por la ley y la divulgación necesaria, no fue adelantada con exclusión de ninguno de los accionantes.

Al respecto se citan algunos interrogatorios de parte de los convocantes:

"INTERROGATORIO DE PARTE ABSUELTO POR EL SEÑOR JUAN AGUSTÍN POSADA ECHAVARRÍA. PREGUNTA # 1: Diga si usted participó en la oferta pública de intercambio de acciones de EXITO por acciones de CADENALCO, que tuvo lugar en febrero de mil novecientos noventa y nueve (1999). **CONTESTO:** No, no participé en ella, en la asamblea no participé, perdón, en el intercambio accionario. (...) **PREGUNTA # 3:** ¿Alguien llegó a informarle a usted que esa operación pública de intercambio de acciones hubiera sido cerrada, es decir, no abierta a todo el público en general? **CONTESTO:** No, es claro que fue abierta, es claro que fue abierta, nadie me informó que había sido cerrada. **PREGUNTA # 4:** ¿Usted sabe por qué concretamente su apoderado en este proceso afirmó en la demanda que esa operación pública de intercambio había sido cerrada y no abierta a todo el público? **CONTESTO:** No tengo ni idea. No tengo ni idea porque yo considero que el texto de la demanda es un texto eminentemente técnico y es como que yo le dijera a mi médico que me mostrara la historia de mis operaciones, no entiendo nada." (Folio 1856 del Cuaderno No. 5).

"INTERROGATORIO DE PARTE ABSUELTO POR EL SEÑOR LUIS ARGEMIRO SALAZAR S. PREGUNTA # 2: ¿Usted intentó participar en esa oferta pública de intercambio de acciones? **CONTESTO:** Es que a mí nadie me aconsejó eso. A mí nadie me aconsejó, si me hubieran aconsejado yo lo hubiera hecho, porque yo tenía mucha acción. Es que yo, por ejemplo, yo juego en las acciones, yo compro acciones y vendo, yo hace diez o doce años estoy en ese mercado. **PREGUNTADO:** Está bien, usted hace referencia nuevamente a esa situación, pero mi pregunta es diferente. Mi pregunta es si puedo deducir de su respuesta a la pregunta anterior que lo único que explica que usted no hubiera participado en esa OPI de 1999 fue el hecho de no haber recibido de nadie un consejo para que lo hiciera, y no otra razón adicional. **CONTESTO:** Así es, a mí nadie me dijo." (Folio 1899 del Cuaderno No. 5).

"INTERROGATORIO DE PARTE ABSUELTO POR EL SEÑOR JUAN DAVID TAMAYO T. PREGUNTA # 1: En febrero de mil novecientos noventa y nueve (1999) ALMACENES EXITO hizo una oferta pública de intercambio de acciones de EXITO por acciones de CADENALCO. **CONTESTO:** No. **PREGUNTA # 2:** ¿Usted participó en esa operación? **CONTESTO:** Porque yo me encontraba ¿Por qué razón no participó? **CONTESTO:** Porque yo me encontraba en la ciudad de Bogotá como estudiante de bachillerato. No podía asistir por razones de estudio. **PREGUNTA # 3:** ¿Alguien llegó a informarle que esa operación fuera cerrada, es decir no abierta a todo el público? **CONTESTO:** No." (Folio 2000 del Cuaderno No. 5).

"INTERROGATORIO DE PARTE ABSUELTO POR EL SEÑOR FRANCISCO ANTONIO ESTRADA RESTREPO. PREGUNTA # 1: ¿Usted participó en la OPI de febrero de mil novecientos noventa y nueve (1999)? **CONTESTO:** No, no participé. **PREGUNTA # 2:** ¿Por qué razón? **CONTESTO:** Porque no me informaron a tiempo.

2384

PREGUNTA # 3: *¿Deduzco de su respuesta que a usted no le llegaron a decir en algún momento que esa operación fuera cerrada, es decir que usted no pudiera participar en ella por no ser una operación abierta a todos los accionistas?* **CONTESTO:** *No fui informado a tiempo, me di cuenta después que hubo la tal OPI.* (Folio 2016 del Cuaderno No. 5).

Queda establecido, en efecto, por los convocantes que respondieron interrogatorio de parte MARÍA ELENA MEJÍA DE GOMEZ, MARÍA LUZ MEJÍA DE PUYO, GUILLERMO LEÓN PUYO DÍAZ, GABRIEL JOSÉ MEJÍA ECHAVARRÍA, JUAN AGUSTÍN POSADA ECHAVARRÍA, SERGIO LALINDE DE BEDOUT, DIEGO LALINDE DE BEDOUT, GLORIA LUCY MARTÍNEZ RAMÍREZ, DAVID ANDRÉS GONZALEZ CASTAÑO, LUÍS ARGEMIRO SALAZAR SALAZAR, ALBA MARINA ESTRADA TORO, FRANCISCO LUIS PALACIO ARANGO, BERTA TAMAYO DE VARGAS, JUAN DAVID TAMAYO TAMAYO, HERNANDO NAVARRO GUTIÉRREZ, SOFÍA NAVARRO DE PALACIO, ROCÍO ÁLVAREZ ARANGO, FRANCISCO ANTONIO ESTRADA RESTREPO, FRANCISCO LUÍS MURILLO CANO y MARIA ELVIRA RUIZ PÉREZ, folios 1858 a 1908 y folios 1993 a 2037 del cuaderno No. 5, que los demandantes no estuvieron en la OPI, pero igualmente es claro para los árbitros, y éstos se persuaden de ello, que no hubo hechos que les impidieran intervenir y mucho menos situaciones atribuibles a la convocada, por las cuales pudiera afirmarse que ésta buscó que los demandantes no estuvieran en la OPI.

Más aún, puede leerse en actas de la Junta Directiva de CADENALCO, tales como la 1.253 de 4 de febrero de 1999 y 1.254 de 11 de febrero del mismo año, previas a la OPI, que esta compañía conoció el aviso público para esa operación. De este modo, es evidente que no se trató de un acto cerrado, y tampoco vedado a los actores.

Constan en el expediente (folio 1758 a 1760 del cuaderno No. 5 y 1115 al 1119 del cuaderno No. 3), así mismo, dos documentos relacionados con la OPI, con los cuales fueron respondidos sendos oficios librados por el Tribunal, uno proveniente de la Bolsa de Valores de Bogotá en Liquidación, que da cuenta de las personas que participaron en la OPI, y otro originado en la convocada, en el que se detallan las acciones de que eran titulares quienes participaron en la OPI. Un análisis pausado de estos documentos ratifica la inferencia de no haber sido la OPI llevada a cabo en febrero de 1999, una operación cerrada, lo que se juzga por el número de personas que intervinieron y las acciones de CADENALCO que poseían, saltando a la vista que no todas las que intercambiaron acciones suyas por las de Éxito eran accionistas mayoritarios de CADENALCO.

Respecto de la autorización legal para la celebración de la OPI y su publicidad, se encuentra en el expediente la respuesta al oficio No. 8 por parte de la Superintendente Financiera Delegada para Emisores (Portafolios de Inversiones y otros Agentes) a folios 1 – 2 del Cuaderno Anexo No. 1, prueba que no fue objeto de discusión probatoria particular, y en la que puntualmente se dijo: *“En lo referente a la existencia del algún hecho que afectara la validez de dicha oferta de manera atenta me permito informarte que la referida sociedad cumplió con los requisitos sobre régimen de oferta pública regulado en la Resolución 400 de 1995, y ésta entidad no tiene conocimiento de que se hubiera presentado hecho alguno que afectara la validez para la aprobación de la Oferta Pública de Intercambio. Por considerarlo de su interés, adjunto copia de la Resolución No. 0067 del 28 de enero de 1998, por la cual se autorizó el reglamento de suscripción de acciones ordinarias emitidas por Almacenes Éxito y la oferta de las mismas”*. Por lo mismo, el Tribunal no puede menos que considerar que su convicción, en este aspecto, no es otra que la de no asistirle razón a los demandantes cuando en su libelo plantean que la OPI fue una operación restringida.

b) Adquirida la mayoría accionaria por ÉXITO, se retiró el representante legal de CADENALCO, Germán Jaramillo Olano, y en su reemplazo fue designado Darío Jaramillo, quien para entonces era vicepresidente comercial de ÉXITO, cargo que volvió a tener después de la fusión de las dos compañías.

c) Quedó comprobado, también, que la postulación de ciertas personas como miembros de la Junta de CADENALCO, en la Asamblea de ésta, en 1999, fue efectuada por la persona que representaba al accionista ÉXITO. En el acta respectiva, a la que remite el Tribunal, se lee que la plancha fue presentada por Tatyana Aristizábal, quien asistió a la Asamblea como representante de ÉXITO.

d) Se demostró que ÉXITO no pretendía un logro individual sino que entendía que su estrategia debía beneficiar a CADENALCO.

Por ejemplo, se lee en el Acta No. 661 Junta Directiva de diciembre 15 de 1998 que:

“Esta estrategia de toma de control se considera vital para la supervivencia en el mediano y largo plazo de ambas compañías y puede evitar, además, la toma hostil de ambas por parte de un competidor extranjero con grandes recursos de capital.”

e) Se probó que para el ejercicio de 1998 los resultados de los estados

2386

financieros de CADENALCO S.A. arrojaron utilidades y para el ejercicio de 1999 mostraron pérdidas, lo cual se explicó, principalmente, por el menor valor en el avalúo técnico de unos inmuebles de propiedad de esa persona jurídica, inmuebles que la sociedad tenía en Medellín, a saber, la edificación de la que fuera la Cooperativa Cafetera en la calle 33 y la de Mercados La Candelaria en el Centro Comercial Oviedo (folios 1442 a 1628); y por la modificación de los guarismos correspondientes a una inversión en Cativen, en Venezuela, debida a la tasa de cambio.

Dichas explicaciones fueron objetivas y válidas para el Tribunal y no puede negarse que los cambios en los estados financieros debían producirse. Ahora bien, en el caso de la inversión en Venezuela, aunque la devaluación debió afectar también a ÉXITO, fue probado que la convocada buscaba, por la época, como se lee en las actas de su Junta Directiva, fuentes para obtener recursos, que en últimas logró por capitalización de cuenta de la firma CASINO de Francia, siendo esa la razón para que ÉXITO no revelara, en iguales períodos, un cuadro similar a CADENALCO, pese a pertenecer las dos organizaciones al mismo sector y desplegar actividades comerciales parecidas, hallándose por ende sometidas a las mismas reglas y contingencias de mercado.

Además, la anotada explicación no puede ser valorada por fuera del contexto de la realidad económica y comercial de las dos empresas, para 1998 y 1999. Basta leer en la declaración de Germán Jaramillo Olano lo siguiente:

"PREGUNTADO: Recuérdenos, doctor, qué cuantía de esos recursos así obtenida, se destinó a las inversiones de Cativen y Makro de un lado, y cómo fue analizada la efectividad del EXITO de esa operación de inversión en Cativen y Makro. ¿Cómo le fue a CADENALCO con esa inversión? **CONTESTO:** Cifras, no quiero francamente decir cifras porque yo soy muy malo para recordar ese tipo de cosas, además que en cierta forma algunos tipos de cosas numéricas las detesto..... Yo fui más de ochenta veces a Venezuela entre los años noventa y cuatro (94) y noventa y nueve (99). Desde allá tampoco se recibió absolutamente un centavo de dividendos. No sé hoy en día cómo andará ese tema. De manera que realmente como resultado económico, de ese par de inversiones, no fue bueno. Pero tampoco afectó, digamos que comprometió un capital, pero ocasionó desembolsos adicionales." (Folio 1073 a 1075 del cuaderno No. 3).

Sobre la situación financiera de CADENALCO al año 1999 la testigo Tatyana Aristizábal, dijo:

"(...) en el mismo año 99, la posición financiera de CADENALCO es débil, es muy débil. Está endeudada, muy endeudada. Por eso viene la inyección de capital de ALMACENES EXITO, para ayudarle a sustituir deuda y a hacer inversión. CADENALCO estaba con muy

2387

poca liquidez allí, entonces EXITO le inyecta ese capital, alrededor de setenta mil millones de pesos. Eso es digamos que en febrero, en el año 2000, si mi memoria no me falla. Eso le da un alivio indudablemente a CADENALCO y le permite hacer inversiones, especialmente diría yo se empieza la remodelación (...). Un *over hall* de esos almacenes no se hacía hace muchísimos años, porque la plata de CADENALCO, que iba teniendo, se la fue tragando mucho la inversión de Cativen. Cativen, que en algún momento se pensó que era una cosa muy bonita, resultó ser un desastre universal." (Folio 1281 del Cuaderno No. 4).

Por su parte la declarante Edith Maria Hoyos al respecto manifestó:

"¿Y cuál era la situación y cuál era el plan? **CONTESTO:** En la década del año noventa (porque en planeación nunca se puede parar uno en un año, hay que pararse siempre en varios años) fue buena para ALMACENES CADENALCO como hasta el año noventa y cuatro (94) cuando empezó la crisis. La crisis de la economía afectó fuertemente los resultados nuestros, recuerden el famoso efecto tequila después de los Adrs que se emitieron en CADENALCO, que los emitieron en ese entonces más o menos cinco compañías en Colombia, Bancolombia, Corfivalle, Carulla Vivero, salimos al mercado internacional. Los años noventa y cinco (95), noventa y seis (96) y noventa y siete (97) si bien mostraban resultados buenos en términos del P y G, eran resultados que iban ya mostrando un deterioro, que se volvieron absolutamente preocupantes a partir del año noventa y ocho (98)..." (Folio 1675 del cuaderno No. 4).

Y el señor Guillermo Valencia expresó:

"Recuerdo también que el tema financiero, digamos, en CADENALCO no era el mejor, tenía un alto endeudamiento, hizo unas titularizaciones que le dieron un poco de aire. Posteriormente recuerdo también que hubo un problema por una desvalorización de activos a los dos o tres años siguientes que mostraba una pérdida grande en CADENALCO". (Folio 1643 del Cuaderno No. 4).

Al respecto, continúa diciendo:

"(...) pero es evidente que EXITO tradicionalmente ha tenido un EBITDA muy bueno, una caja excelente, ha tenido posibilidad de endeudamiento financiero. Es decir, el camino para EXITO crecer está expedito." (Folio 1665 y 1666 del Cuaderno No. 4).

"En realidad los planes para el Ley y Superley ya estaban como programados, que era un ensanche vía crecimiento orgánico, no era abrir almacenes, pero era una situación que le quedaba muy complicada a CADENALCO por su situación financiera. Es que tenía cerrado el camino para crecer orgánicamente (...)" (Folio 1669 del Cuaderno No. 4).

Finalmente, el testimonio del señor Darío Jaramillo, en los apartes en que se refirió a CADENALCO, al recibir la presidencia, es muy dicente, al puntualizar los cuatro aspectos principales de la crisis que vivía dicha organización:

"La primera era que las ventas, al cierre de junio, venían muy malas. Es decir, las ventas reales, las ventas a precios nominales venían decreciendo como un 9%. Estábamos en plena crisis del año 99, que a CADENALCO le dio particularmente duro. El presupuesto, por supuesto, no se estaba cumpliendo. El doctor Germán me dijo: "Darío, hay un plan de emergencia de tipo administrativo y de control de costos que está evaluado, yo le recomiendo que lo ejecute". Eso me lo dijo y me encantó, porque vi que era muy razonable. Me dijo también: "un negocio como Superley es necesario estudiarlo bien, aquí hay estudios, hay que tratar de definir qué sigue, no está fácil, hay que definir qué sigue". Me dijo "hay necesidad de modernizar la cadena Ley, el tema es de recursos". En general fue bien. Después me di cuenta que le faltó una cosa que no conocí muy bien ahí y no tuve mucha información, fue Cativen. Para mí era el hueco negro. El verdadero hueco negro estaba allá concentrado y de ese no tuve mucha información. Después en la medida en que yo me fui metiendo lo conocí. Sabía por supuesto que ahí había dificultades, pero ya el conocimiento de lo que por dentro estaba pasando yo no lo tenía muy claro. Me di cuenta también desde el área financiera que teníamos dificultades, pues cuando uno no vende en un negocio como estos, las dificultades aparecen de inmediato, porque cuando no hay ventas no hay rentabilidad y la cadena continúa." (Folio 1916 del cuaderno No. 5). (Negrilla y subrayas fuera de texto)

CADENALCO, entonces, realizó inversiones de baja rentabilidad o "de baja visibilidad", como las denomina la declarante Edith María Hoyos (folio 1675 del Cuaderno No. 4), en el exterior, en Venezuela, en las empresas Cativen y Makro, punto que además se revela, entre otras, en las siguientes acta de la Junta Directiva de CADENALCO: Acta No. 1.212 del 7 de marzo de 1997, 1.214 del 4 de abril de 1997, 1.230 del 15 de enero de 1998, 1.236 del 16 de abril de 1998, 1.239 del 4 de junio de 1998, 1.241 del 2 de junio de 1.998, 1.244 del 20 de agosto de 1998, 1.256 del 4 de marzo de 1999, 1.269 del 16 de septiembre de 1999.

En cuanto a la situación real de CADENALCO, y la del mercado y de la economía para la época de los hechos de que trata la demanda, se acreditó:

i. CADENALCO, como se pone en evidencia en estados financieros (que obran como anexos del dictamen pericial), para la época en que se inician los hechos que sustentan la acción de los demandantes, es decir, 1999, tenía un alto endeudamiento.

ii. Para la consecución de recursos la mencionada sociedad apeló a diversos mecanismos, entre ellos la titularización de activos. Y quedó establecido que la llamada segunda titularización fracasó en sus objetivos, como lo acepta quien fuera el representante legal de entonces, Germán Jaramillo Olano, en el pasaje de su versión, que se resalta, así:

"La segunda fue la de Chipichape, creo que tal vez la de Salitre y la Candelaria, no recuerdo así muy exactamente pero tal vez fueron esas. Esa titularización tuvo un porcentaje de venta muy bajo, debido fundamentalmente a un tema, y fue que los fondos de pensión que en este país manejan unas sumas de dinero realmente muy importantes, por el momento su portafolio de almacenes y no querían comprar más, entonces no compraron, los fondos de inversión, que fueron quienes compraron un porcentaje importante en la primera titularización. De todas maneras eso tal como estaba poca importancia tenía, porque las titularizaciones tal como se hacían era que si uno vendía el 100%, muy bien, vendía el 100% y empezaba a pagarle unos arriendos a esas compañías que habían titularizado el inmueble. Pero si vendía por ejemplo, por decir cualquier cosa, el 20%, quería decir que CADENALCO quedaba dueña del 80%, entonces no le pagaba el arriendo del 80% a su propia parte, sino que le pagaba el arriendo del 20% que había vendido. Entonces realmente no fue bien porque no se vendió, y la idea era vender y recibir unos recursos, pero no ocasionó un problema económico o financiero de ninguna índole, porque no existía." (Folios 1073 del cuaderno No. 3).

iii. CADENALCO atravesaba por un atraso significativo en el mantenimiento y modernización de almacenes. Al efecto pueden consultarse las declaraciones de Germán Jaramillo, Edith María Hoyos, Darío Jaramillo, así como confrontarse actas de la Junta Directiva de CADENALCO, que en su respectivo orden figuran a folios 1048 a 1051 del cuaderno No. 3, 1674 a 1677 del cuaderno No. 4, 1913 a 1922 del cuaderno No. 5, y Actas 1.247 del 14 de octubre, 1.248 del 5 de noviembre, 1.249 del 19 de noviembre, 1.250 del 3 de diciembre, todas del año 1998, y lo concluido por el perito a folios 33 del dictamen pericial, así:

"Cadenalco presenta una empresa con un multiformato con presencia en 31 ciudades por medio de 77 almacenes, con diferentes alternativas de atención al público, como sería el caso de Óptimo, Ley, Superley, Pomona, Candelaria, Próximos, y Cedis. Muy baja rentabilidad en los almacenes, incluyendo almacenes con pérdidas operativas y con ventas decrecientes que permiten pensar en una redefinición de los mismos formatos por parte de la compañía, inclusive en algunos casos con cambio total del proceso de venta o eliminación del almacén."

Lo propio aparece en las declaraciones de algunos testigos. Por ejemplo, al efecto, afirmó Edith María Hoyos a folios 1676 del cuaderno No. 4:

"(...) para nosotros la inversión era muy importante en actualizar los negocios, y nosotros nos atrasamos mucho en eso. ¿Qué quiere decir eso? Usted entraba a un Ley y le parecía oscuro, deteriorado. Nosotros teníamos una gran necesidad de actualizar los negocios (...)". Así mismo se expresó el doctor Darío Jaramillo a folios 1919 del Cuaderno No. 5, al exponer: "pero los Ley seguían viejos, seguían sin inversión, seguían sin pintura, seguían sin estantería, en muchos de los Ley había

2390
que hacer reformas estructurales al negocio porque se iban a caer, pero no había plata”.

Tatyana Aristizabal expuso, a folios 1281 del cuaderno No. 4:

“si uno pudiese mostrar dos fotos de lo que eran los almacenes Ley cuando el EXITO llegó, y lo que son ahora, son dos cosas distintas. Eran almacenes envejecidos, caídos, no había nada, un peso para mantenimiento.”

Y Darío Jaramillo a folios 1916 del cuaderno No. 5, refiriéndose a la información que recibió de Germán Jaramillo Olano, dijo: *“hay necesidad de modernizar la cadena Ley, el tema es de recursos.”*

iv. Se probó, en fin, mediante prueba testimonial (declaraciones de Germán Jaramillo, Juan Guillermo Londoño, Edith María Hoyos), que en 1999 se presentó una situación de crisis económica en Colombia. Y, además, que se experimentó en el país el ingreso de una fuerte e importante competencia extranjera, en lo cual coinciden los testigos Germán Jaramillo, Juan Guillermo Londoño, Edith Maria Hoyos, Tatyana Aristizabal, entre otros, que en su parte pertinente narraron esto:

El testigo Germán Jaramillo Olano, manifestó:

“PREGUNTADO: ¿cómo fueron analizadas por CADENALCO en relación con el aspecto específico de hacer frente al futuro de su sector y al futuro de la competencia internacional que se venía en los años siguientes o que se preveía que vendría en los años siguientes?, ¿qué importancia tenían esas operaciones para el futuro de la compañía en el contexto que llegaba? **CONTESTO:** Me parece muy importante esa pregunta. Repito que CADENALCO tenía una concepción eminentemente de multiformato. Multiformato es pensar que uno trabaja mejor teniendo varios tipos de almacenes, que teniendo un solo tipo de almacén. El EXITO tenía en ese momento una concepción claramente de monoformato, o sea un solo formato. (...)” El hipermercado fue un desarrollo de Carrefour de los años sesenta y por mucho tiempo el que manejó el tema de hipermercado o los que manejaron el tema de hipermercado fueron los franceses. Entonces se veía y se dijo: **“a CADENALCO le hace falta esto”**, y entonces hicimos un programa muy detallado y además rapidísimo de crear un hipermercado y creamos el primer hipermercado que hubo en Colombia que fue el de Ibagué, nos le adelantamos un poquitico al mismo Carrefour que llegó poco después, y vino entonces como el llenar ese concepto. Entonces quedaban faltando, por decirlo de alguna manera, dos formatos adicionales para completar el panorama completo. ¿Cuáles eran esos formatos? El uno era el formato de bodega. Entonces vamos a participar en Makro para tener parte del formato de bodega. Y el otro era el formato de Supercenter. Para aquellos que no conozcan bien qué es el Supercenter, el Supercenter es el formato digamos masivo de Wal mart. La diferencia entre un hipermercado y un Supercenter es relativamente importante. El hipermercado es un almacén completo alrededor de un gran mercado.

2391

Es decir, el polo de atracción es el supermercado y alrededor de eso se forma con un esquema muy establecido – que lo pueden ver por ejemplo en cualquier Carrefour – la parte de variedades, textiles, cafeterías y todas esas cosas. El Supercenter, que era el formato de Wal mart, era un poco distinto en el sentido de que Wal mart no tenía mercado, era siempre un almacén de variedades textiles, y de un momento a otro se les ocurrió “por qué no le metemos un supermercado”. Entonces lo que hicieron fue coger un Wal mart y ponerle al lado un supermercado, inclusive a veces separado. Eso era el EXITO, y más aún el EXITO lo decía abiertamente: “nosotros somos un Supercenter”. Y si uno ve por ejemplo al del Poblado, era claramente eso, cuando en las épocas pasadas que el mercado era a un lado y el almacén era al otro. Entonces a través de esa proyección, de esa visión, estábamos atacando los siete tipos de almacenes completos. Entonces esa era la visión que uno podía tener hacia adelante de tener todos los tipos de almacenes en una forma, algunos directamente y otros relacionados a través de otra empresa. Con Makro obviamente era siendo accionista de Makro y con el EXITO era haciendo o logrando posteriormente una integración con el EXITO.” (Folios 1065 a 1067 del cuaderno No. 3).

El declarante Juan Guillermo Londoño a su vez dijo:

“CONTESTO: Yo no sé el EXITO si venía trabajando en ese sentido, porque yo no estaba en la junta del EXITO. Yo sé que desde el punto de vista de CADENALCO estábamos nosotros mirando que el escenario de fortalecimiento que tenía Carrefour, todos los rumores de llegada de jugadores internacionales y la complementariedad de las dos organizaciones, una concentrada en dos ciudades y media, por decir, y otra en treinta y pico, con formatos, el EXITO no tenía formatos chiquitos, y sí los tenía CADENALCO. Entonces nosotros veíamos como dijéramos de una lógica, por llamarlo de alguna manera, la fusión de las dos compañías, no solo desde el punto de vista del back office, sino comercial, y para poder establecer menos marcas, que ese es otro tema que quiero mencionar: que la publicidad a nosotros en CADENALCO nos estaba resultando demasiado costosa para posicionar un Óptimo. “(...)”. Entonces en ese sentido encontrábamos que era como de lógica, que eran dos organizaciones complementarias, y quiero ahí destacar, de pronto menciono unas frases de Gonzalo Restrepo, unas frases que fueron dichas que a mí me parecen trascendentes por Gonzalo Restrepo en las declaraciones de prensa, frases que de alguna manera daban a entender que desde la dirección del EXITO se veía la complementariedad de esas organizaciones. Dice: *“Planteamientos públicos de Gonzalo Restrepo, en marzo del noventa y nueve (99). No vamos a buscar más eficiencia costo – empleo (...). Las dos cadenas son complementarias, no substitutivas, y pueden integrarse en mercados geográficos muy importantes. Se trata de una toma de control por construcción, no por adquisición. No buscamos (estas son declaraciones públicas que están en los medios) hacer imposiciones o llegar a cambiar los avisos de los almacenes de esa organización. La toma de control reciente solo es un paso más de preparación de las dos compañías para una eventual fusión, que en caso de presentarse sería lo menos traumática posible (...). Se debe evitar el desperdicio de capital en ambas compañías (eso fue cuando la Opi) al evitar inversiones similares en una misma ciudad, por ejemplo el trabajar con las mismas firmas asesoras en logística, (ese era un tema que era traumático en las dos compañías, traumático, el tema de logística), se optimizan recursos de distribución, bodegaje de transporte, en las*

importaciones se pueden lograr mejores precios, pelear descuentos, en el futuro se puede pensar en una central de compras. Le corresponderá a los nuevos directores de esta importante compañía colombiana, Cadenalco, posicionarla y fortalecerla, para responder con acierto y eficiencia los grande retos que implica la presencia creciente de la competencia". (Folios 1368 y 1369 del cuaderno No. 4).

La declarante Edith María Hoyos, a su turno narró lo siguiente:

"PREGUNTADA: ¿Y cuál era la situación y cuál era el plan?
CONTESTO: (...) Si ustedes analizan los estados financieros tanto de EXITO como de CADENALCO, casi que el margen se bajó un punto, porque todos pensamos, todos sentimos que con la llegada de los operadores internacionales había una presión muy fuerte sobre los resultados de las compañías. CADENALCO estaba endeudada, porque las inversiones que se habían hecho yo las denomino de "baja visibilidad". "Baja visibilidad" son aquellas inversiones que uno espera que le renten pero algún día, como fueron las inversiones que se hicieron en Cativen, las que hicimos en Makro, las que hicimos en Superkids, que no dieron resultado, y se empezó a tener un nivel de endeudamiento preocupante que se mejoró cuando se hizo la capitalización de ochenta millones de acciones (me parece, como setenta y dos mil millones de pesos) que bajó el endeudamiento. O sea las circunstancias empezaron a deteriorarse hacia finales de la década de los noventa (90). Y si uno coge un P y G empieza a mirar cómo venía de unos evit y unos evitdas que eran más o menos del tres y pico, y empieza a subir como hasta el noventa y cinco (95) que tenía todavía la platica, y después empieza una curva a bajar, eso se ve cuando uno hace el análisis financiero." (Folio 1675 cuaderno No. 4).

Y por último, la testigo Tatyana Aristizábal, al respecto dijo:

"CONTESTO: (...). Y quizás para buscar capital, porque ya se vislumbraba en esa época una apertura, una globalización y especialmente en todo este comercio al detal o *retail*, como le decimos, ya se venía la amenaza de competidores extranjeros para el país. Entonces digamos que se hace la inscripción en bolsa. La inscripción en bolsa a todos nos llamó profundamente la atención, porque fue una acción que fue ahí muy reconocida y adquirió unos precios impresionantes. Esa acción ahí, de entrada, llegó a alcanzar el valor de siete mil pesos (\$7.000.00) acción de esa época, del año 94. Se da en el año 95 un hecho importante, porque entonces está Makro y se hace como un intercambio de acciones de varias empresas del Grupo Empresarial Antioqueño, y entran ALMACENES EXITO; ALMACENES EXITO invierte un poco en ellas, incluyendo CADENALCO, y CADENALCO también invierte algo en EXITO. EXITO Y CADENALCO para mi fueron siempre una competencia, pero eran compañías que si bien ALMACENES EXITO era un monoformato, un solo formato, y la otra multiformato, éramos digamos los únicos que teníamos grandes superficies, lo que hoy se conoce como grandes superficies, y entonces dentro del gremio nosotros hicimos trabajos conjuntos. Desde antes, desde que yo me vinculé, hicimos trabajos conjuntos como por ejemplo: la negociación de las tarjetas débito la lideramos CADENALCO y EXITO para todo el sector de los almacenes al detal, como las cajas de compensación, como Olímpica, como Carulla. Eso lo lideramos nosotros y tuvimos una buena negociación ahí con los dueños de esta tarjeta débito y crédito.

2393

Y más adelante, a raíz de ese intercambio de acciones, hicimos otro trabajo conjunto en mi área, que fue la negociación de las tarjetas crédito." (Folio 1278 y 1279 del cuaderno No. 4)

¿Y cuál era la situación de ÉXITO? Un resumen de ella es la que aparece en el interrogatorio parte absuelto por el representante legal de la convocada, Gonzalo Restrepo López, quien dijo:

"PREGUNTA # 28: Sírvase decirme si es cierto, sí o no, que usted le manifestó a la junta, con relación al precio que le ofrecía Casino de Francia (que de acuerdo con lo que reposa en las juntas, era un precio promedio de entre tres mil quinientos a cuatro mil doscientos por acción) que estaría dispuesto a negociar la acción de ALMACENES EXITO a cinco mil pesos. **CONTESTO:** No recuerdo. Puede que sí, puede que no, pero sinceramente no recuerdo, porque son negociaciones que van y uno las va desarrollando y va informando en lo que está en cada momento." (...) **"PREGUNTA # 30:** Sírvase decir en qué fecha se hizo definitivamente, se cerró, se concretó, se efectuó la transacción con Casino de Francia, y si recuerda a qué precio se negociaron las acciones finalmente. **CONTESTO:** Sí, yo creo que eso fue en junio o en julio del noventa y nueve (99), uno de los dos, por ahí, y se negociaron a cuatro dólares con veinticinco por acción del EXITO, y recuerdo yo que le entró a ALMACENES EXITO un cheque por ciento setenta y tres millones de dólares, y el resto hasta los doscientos tres millones de dólares, o lo que de la suma, la multiplicación, le entró, como lo dije ahora, por el mercado secundario a todos los accionistas que participaron en la venta de esas acciones, que le vendieron unas acciones secundarias a Casino." (Folio 2054 y 2055 del cuaderno No. 5).

e) Concuerdan las partes que entre CADENALCO y ÉXITO, después de la OPI, se desarrolló un proceso de integración, fundamentalmente iniciado en 2000 y que culminó con la fusión de las sociedades. Durante ese tiempo se presentó el retiro de un personal de CADENALCO y se tomaron acciones frente a los formatos de almacenes, que se mudaron prácticamente después de la fusión; y para ésta, se llevó a cabo la valoración de las dos compañías por la banca de inversión SALOMON SMITH BARNEY, con la información que le fue suministrada, valoración con fundamento en la cual se decidió por sus juntas directivas la relación de intercambio para la fusión surtida en agosto de 2001 y que, de acuerdo con la evidencia, fue una relación de intercambio muy diferente a la que se tuvo en cuenta en febrero de 1999.

Lo anterior consta en el plenario de la siguiente forma:

(a) Acuerdo de colaboración empresarial entre CADENALCO y EXITO

Se recoge en un documento de carácter privado, admitido por las dos partes

2394

procesales. El acuerdo fue aprobado por la Junta Directiva de la convocada que tuvo lugar el 11 de junio de 2000, acta 692, folio 885 y siguientes del expediente, cuaderno No. 3.

Según su texto, dado su propósito, las dos sociedades supervivirían, a punto que se había conformado un grupo empresarial.

La vigencia del acuerdo se estipuló indefinida, pero podía el terminar, entre otras causas, por la fusión que vinculara a ÉXITO y CADENALCO.

(b) La liquidación de personal de CADENALCO por la nueva administración, una vez producido el retiro de GERMAN JARAMILLO OLANO.

A partir del folio 1121 del cuaderno No. 3 del expediente, hasta el folio 1187, reposan fotocopias de las liquidaciones de personal de CADENALCO, efectuadas después de la toma de control por ÉXITO, a raíz de la adquisición de acciones en la OPI de febrero de 1999. Dichos documentos pueden ser apreciados por presumirse su autenticidad y haberse aceptado ésta, además, por las partes procesales.

Se descubre de tales papeles, todos correspondientes a un formato o minuta similar, que hubo acuerdos entre el empleador CADENALCO y empleados de ésta (como Ramiro Restrepo González, vinculado desde noviembre de 1995, Vicepresidente de Gestión Humana- julio de 2000-; Adolfo León Gómez Duque, vinculado desde enero de 1998, - junio de 2001-; Carlos Alberto Jaramillo Jaramillo, vinculado desde agosto de 1995, - agosto de 2000-; Silvia Castaño de González, vinculada desde septiembre de 1989, - abril de 2000-; Antonio Salazar Molina, vinculado desde septiembre de 1996, Director General Optimo- junio de 2000-; Marta Mercedes Arango de Flórez, vinculado desde agosto de 1987, - septiembre de 2001-; Jairo Botero Duque, vinculado desde febrero de 1970, - julio de 2001-; Jorge Alberto Pérez Duque, vinculado desde febrero de 1967, -agosto de 2001-; etc).

Afirma la demanda, en el hecho sexto, que el deterioro de CADENALCO, por parte del ÉXITO, obedeció a situaciones como "el despido de la mayoría del personal directivo, el Presidente, cinco Vicepresidentes, el Contralor, la Secretaria General, 11 directivos de los almacenes como tesorero, Jefes de Mercadeo, de Compras, etc., a quienes se les cancelaron exorbitantes sumas de dinero en bonificaciones voluntarias que superaron los \$5.000.000.000".

2395

Tres temas han de revisarse en el hecho: la calidad de los empleados desvinculados, la forma de desvinculación y los pagos, en tanto eran bonificaciones y su monto.

Los documentos examinados dan cuenta de la desvinculación de empleados de CADENALCO, sin detalle de sus cargos – si bien estos se determinan en algunas de las actas de la Junta Directiva de CADENALCO obrantes en el expediente y cuyo mérito probatorio es igual al anotado para documentos similares en otro aparte –; pero tal desvinculación, según rezan los documentos de folios 1121 a 1187 del cuaderno No. 3 del expediente, tuvo lugar mediante acuerdos, lo que impide concluir sobre despidos, desde el punto de vista rigurosamente laboral. Y muestran pagos, en grandes cuantías, por bonificaciones, totalizados por el dictamen pericial en la suma de \$5.144.681.795 (Folio 38 del dictamen pericial).

Quedó de ese modo probado el hecho del retiro de personal, pero no la connotación misma, en lo pretendido por la demanda, esto es, un despido, sugerido como colectivo y dañino, que al no tenerse por demostrado no permite inferir que el ejercicio del control de CADENALCO por su accionista mayoritario fuera irregular.

(c) Acerca del asunto de los formatos de almacenes, ilustra la prueba testimonial. La declarante Edith Maria Hoyos, por ejemplo, se refirió a la cuestión:

“PREGUNTADA: ¿Qué cambios detectó usted en cuanto al manejo de los formatos, al manejo empresarial en general que había en CADENALCO a partir de la toma del control de la mayoría accionaria por ALMACENES EXITO? **CONTESTO:** Primero, en el año noventa y nueve (99) llegó Darío Jaramillo, ya eso implica un cambio en una organización que cambia de un presidente que llevaba quince años, que era el doctor Germán Jaramillo. Yo diría que en ese momento a mi me llamó mucho la atención, porque nosotros desde el momento que llegó Darío Jaramillo, junio del noventa y nueve (99) a junio del dos mil (2000) la compañía se impregnó de una energía nueva, de verdad que les digo que así es. O sea, como que Darío es un tipo absolutamente proactivo y de resultado, y en estos negocios yo siempre digo que uno a veces necesita alguien que lo despierte. Darío despertó un espíritu comercial en el negocio. Las compañías pasan por épocas, y yo que he sido financiera algunos años siempre digo que no es el financiero el que mueve la cifra; es la estrategia y el comercial el que hace mover la cifra. Entonces ahí hubo un primer cambio, un primer cambio que fue muy interesante. Es más, si uno analiza el resultado de junio-junio fue un resultado muy bueno, yo los invito a que lo revisen, junio-junio, un año corrido. Fue el primer cambio. El segundo cambio que hubo cuando ya nos integramos, cuando ya nos fuimos para EXITO, era una revisión profunda que se empezó a hacer a las marcas y a los formatos. También hubo una

2340

visión muchísimo, diría yo, muchísimo más comercial del negocio. (...)” **PREGUNTADA:** Pero usted se refería a marcas y formatos. Específicamente, ¿qué pasó con eso? **CONTESTO:** Marcas y formatos. Nosotros veníamos de tener marcas Ley, Superley, Candelaria, Próximo, Óptimo, ya habíamos cerrado Superkids, creo que teníamos cinco marcas. En esas cinco marcas teníamos varios tipos de formatos, porque el Ley siempre para nosotros fue una dificultad enorme. El Ley es una cadena centenaria donde uno tenía que distribuir ese almacén, no era claro como Superley u Óptimo, que tenía una claridad en la marca y el concepto del negocio. En el Ley yo tengo almacenes de ochocientos metros y de cuatro mil, en barrios de ciudades grandes y en barrios de ciudades intermedias, y en centros de ciudad, eso era una mezcla, es hoy una mezcla. Nosotros teníamos cinco marcas y yo creo que como cinco formatos, si vamos a hablar de formato supermercado, hipermercado, bazar (porque el Ley realmente es un bazar), hipermercado como los Óptimos, el más high de los supermercados que era La Candelaria, etcétera. Nosotros ahí en el año dos mil uno (2001), que fue cuando se cambió la marca Superley a Ley, fue producto de un análisis juicioso, de qué estaba pasando con un formato que no tenía posibilidades de crecimiento, que lo creamos en el año ochenta y ocho (88), si mi memoria no me falla, yo estaba en la compañía, lo expandimos hasta el año noventa y pico y no crecimos más, porque de hecho la compañía estratégicamente había decidido en ese entonces irse para el hipermercado y no seguir creciendo los Superley. Entonces hubo un análisis sobre los Superley, sobre los Óptimos, que se cambiaron – y en este momento les diría mentiras si recuerdo la fecha exacta – a EXITOS, los Superley que los cambiamos a Ley, y los Candelaria que los convertimos en Pomona. No tengo las fechas exactas de cada uno de esos momentos, pero sí hubo un análisis juicioso de cada una de las marcas y los formatos.” (Folios 1685 y 1686 del cuaderno No. 4).

Otro declarante, Guillermo Valencia, expuso:

“Cuando en la junta del EXITO se presentan las cifras de ventas, el EBITDA, la utilidad operacional por grupos, por formatos, por EXITO, por Ley, el Ley siempre es la cenicienta del paseo. Aún hoy después de todas las reformas que se le han hecho, a pesar de haber convertido en EXITOS algunos negocios que no eran rentables, a pesar de todo eso el Ley hoy sigue siendo de resultados muy pobres, incluso aquí tengo, no tengo muchas cosas para mostrar acá, pero tenía a propósito de lo que les estoy diciendo, los resultados presentados en la junta de EXITO en cuanto a ventas. Por ejemplo el EXITO tiene acumulado a julio de este año, tiene una utilidad operativa de noventa y seis mil doscientos millones, y el Ley, doce mil ochocientos. El EBITDA, que lo tengo acá también, de EXITO es de ocho, ocho, seis, y del Ley es de cinco, seis. Es decir, estos daticos para mostrarles que no obstante todo el trabajo que se ha hecho no ha sido posible recuperar totalmente los resultados que venía mostrando el Ley y que aún hoy muestra. Y se han hecho muchos esfuerzos, muchos esfuerzos porque incluso fuimos a visitar algunos de esos negocios, y otro problema que tal vez no sé si valga la pena mencionarlo ahora es el de los formatos, que Germán, de muy buena fe pensó que tener muchos formatos era muy bueno, entonces puso el Superley, convirtió el Ley en Superley, creo uno que se llamaba Óptimo, que fuimos a visitar uno en Villavicencio, creó algunos almacenes más pequeños que se llamaban Próximo, y eso nos daba

2397

una masa crítica, era un gran problema, porque Óptimo había no sé cuántos pero muy poquitos, uno o dos, Próximos me acuerdo que Germán, y fue un dolor de cabeza posterior hasta el punto que los negocios, algunos de los Superley, el EXITO decidió volverlos EXITOS, y el resultado ha sido casi duplicar las ventas. El Óptimo de Villavicencio también, es decir, los negocios que podrían volverse EXITOS por su tamaño, por sus metros cuadrados, por ser capaces de albergar un hipermercado, y no ser un supermercado como son los Ley o Superley." (Folios 1646 y 1647 del Cuaderno No. 4).

Por el conocimiento de estos declarantes de la referida situación de los almacenes de CADENALCO, queda claro que para la época en que Darío Jaramillo asumió la Presidencia de esa sociedad ésta afrontaba problemas y con su llegada hubo alguna mejoría, siguiéndose de ello que ÉXITO procedió en forma acorde con las condiciones que se vivían a la sazón y que lo que pretendía era evitar que inversionistas extranjeros se tomaran a CADENALCO y no, como se afirma en la demanda, aniquilar o acabar con ésta.

(d) La valoración de las empresas realizada por SALOMÓN SMITH BARNEY

En cuanto a la valoración de las sociedades CADENALCO y ÉXITO, que fue realizada por la banca de inversión Salomón Smith Barney, advierte el Tribunal que encuentra establecido el hecho, como corolario del análisis de la prueba practicada, de que quién suministró la información a la firma valoradora fue Edith Maria Hoyos. En este particular manifestó lo siguiente:

"PREGUNTADA: Y situándonos en el otro extremo, en julio del dos mil uno (2001), ¿su participación en el tema de la fusión en qué consistió? **CONTESTO:** Consistió en que como responsable de la planeación financiera de las compañías en ese momento, yo manejaba los presupuestos y las proyecciones de cada una de las organizaciones que hasta ese momento tenían un Nit cada una, un Nit distinto. Ya estábamos integrados y por lo tanto todo el equipo de planeación dependía de mí, entonces tuve toda la cercanía digámoslo así a la presupuestación del año dos mil uno (2001), a la banca de inversión para entregarle la información, a la revisión de los estados financieros, al estudio y la responsabilidad que reviste un momento de esos. **PREGUNTADA:** ¿Cuál banca de inversión? **CONTESTO:** La banca de inversión fue Salomon Smith Barney, que hoy es del Citigroup. **PREGUNTADA:** ¿Usted dice que se entendió con ella directamente? **CONTESTO:** Sí señor, cuando la banca de inversión como sabemos, o de pronto ilustro un poquito: cuando se contrata una banca de inversión la banca de inversión necesita un interlocutor al interior de la compañía, y ese interlocutor al interior de la compañía es el que canaliza tanto la historia, o sea el pasado, como las proyecciones futuras. Entonces en ese momento yo era la responsable de trabajar con ellos directamente. (...) **PREGUNTADA:** ¿Cuándo comenzó su relación con Salomon Smith Barney, en fechas y épocas, para esos efectos? **CONTESTO:** Creo que para esos

efectos exactamente no recuerdo, pero debió haber sido en el año dos mil uno (2001), no recuerdo la fecha exacta. **PREGUNTADA:** ¿Usted qué funciones tenía para esa fecha con relación a ambas compañías? **CONTESTO:** Con relación a ambas compañías a esa fecha yo era la directora de planeación financiera, de ambas compañías, porque ya nos habíamos integrado. **PREGUNTADA:** ¿Durante cuánto tiempo se entendió usted con Salomon Smith? **CONTESTO:** Me entendí por ahí tres, cuatro meses, hasta la fusión, donde ellos ya entregaron toda la información y entregaron todo el documento de respaldo a las valoraciones y a las proyecciones financieras, y dieron el fairness opinion y ya, hasta ahí. Luego en alguno de los momentos después nosotros tuvimos relación con ellos para hacerles alguna consulta especial por alguna razón, pero ya de ahí se acabó la relación como contractual." (Folios 1673 y 1674 del Cuaderno No. 4).

Ahora bien, no hay ningún elemento probatorio en el proceso que permita concluir que la información suministrada por Edith María Hoyos a la firma Salomón Smith haya sido arbitraria, manipulada, o sesgada (y dispuesta) para producir unos términos de valoración que finalmente beneficiaran a ÉXITO y perjudicaran a CADENALCO.

Sirven al efecto, además, las observaciones del perito en su dictamen pericial las cuales se encuentran entre las páginas 68 y 75, consistentes en que:

"Las inversiones proyectadas para Cadenalco en la valoración realizada por SSB se tomaron como requerimientos de inversión, que como en cualquier firma realiza en las proyecciones del flujo de caja y así se definen, deben hacerse para poder cumplir con el crecimiento proyectado en los flujos de caja, posicionamiento y defensa sobre la competencia con el mercado. Estos valores están claramente definidos en el proceso de "Due Diligence" que fue utilizado como base en la aplicación de la metodología de FCD y que reposa en el proceso. Todos los valores utilizados en el proceso están de acuerdo con la metodología utilizada y la realización de las investigaciones planteadas."

"(...) La metodología definida por SSB, como banca de inversión, utilizó FCD durante el período explícito de proyección y el múltiplo de EBITDA para valorar el valor residual y descontado todo al costo de capital promedio ponderado. Esta metodología es generalmente aceptada y utilizada globalmente como una metodología razonable para los procesos de valoración de empresas."

"(...) Es importante resaltar que la metodología de FCD es una de las metodologías más aceptadas en los procesos de valoración y que la metodología de la valoración de opciones sería otra completamente distinta."

"(...) En respuesta directa a la pregunta, en mi concepto, sí se considera una práctica sana que la banca de inversión en el proceso de avalúo de una fusión sea la misma, partiendo de la premisa de idoneidad e independencia, para que se tengan en cuenta, desde el

2399

punto de vista de una fusión, los elementos comunes, y además, el mismo proceso de valoración utilizado evitaría la creación de diferencias marcadas en el manejo de la información."

De esta manera, alcanza el Tribunal la persuasión de que no hay elementos de prueba que habiliten inferir que ÉXITO, en razón del control que ejercía en CADENALCO, lo hubiera utilizado abusivamente, para la determinación de la firma que haría los estudios de valoración de ambas compañías, o en orden a la entrega de la información, que fuera, se repite, arbitraria, manipulada o sesgada, en fin, destinada a la determinación de unos ciertos resultados, como los términos de intercambio accionario, que por tanto fueran contrarios a la realidad económica de las sociedades, y con el fin de que se favoreciera a ÉXITO y, en sentido contrario, se perjudicaran CADENALCO y sus accionistas.

Conclusión:

Todo lo expresado hasta acá constituye, en concepto del Tribunal, valorados los diversos medios de prueba en su conjunto y con las reglas de la sana crítica, la demostración de cómo se desarrolló CADENALCO durante el período de integración empresarial con ÉXITO, tiempo en el cual su situación financiera fue difícil, contaba con poca liquidez y un alto endeudamiento, había realizado una mala inversión en Venezuela, y mostraba un envejecimiento de sus almacenes. Por otra parte, no se acreditó que la desvinculación de algunos empleados de CADENALCO se hubiera debido a un despido, ni individual ni colectivo, tendiente a desmejorar o agravar la situación de la empresa; ni que el simple cambio de Presidente se hubiera hecho para desmejorar a CADENALCO. Por el contrario, aparece establecido que en el período en que se desempeñó como su Presidente Darío Jaramillo, hubo una mejoría en las ventas.

De tal suerte, no juzgan los árbitros que los hechos de control hubieran sido excesivos, o anómalos, o contrarios a la buena fe. A diferencia de ello, concluyen que ÉXITO obró sin desviación de su derecho de control de la sociedad de la cual era accionista mayoritario.

VII. RELACIÓN DE CAUSALIDAD

Por lo que la demanda pretende, además, es menester identificar si hubo, para declarar, una relación de causalidad entre la gestión adelantada en CADENALCO a partir de la toma de control, por parte de Éxito y la

"desvalorización" de CADENALCO.

Teniendo como premisa la supuesta relación causal (hecho – daño) antes mencionada, el Tribunal analizó bajo el prisma de la sana crítica el material probatorio arrimado a este proceso y verificó lo siguiente:

- a) No fue demostrada relación de causalidad entre el despido de funcionarios de la cúpula de CADENALCO y la valoración hecha para determinar los términos de intercambio para la fusión.
- b) Tampoco existe prueba alguna en cuanto a que las pérdidas ocurridas en 1999, se hubieran debido a la gestión resultante de la toma de control de CADENALCO por parte de ÉXITO.
- c) No hay comprobación en el proceso de que la capitalización de CADENALCO realizada en el año 2000 por ÉXITO hubiese tenido alguna incidencia negativa en la valoración efectuada de las dos sociedades para la fusión.
- d) Igualmente, no se allegó prueba en el proceso acerca de una actitud negligente de los administradores de CADENALCO durante el tiempo en que ÉXITO tomó su control.

Lo anterior encuentra apoyo en lo expresado por el perito en su experticia técnica, a folio 29, así:

"En definitiva, no existen razones y evidencias en la información aportada para el presente dictamen que me lleven a concluir que las variaciones de precio de la acción de Cadenalco sufrieron cambios únicamente por la relación del proceso de integración y posterior toma de control entre las dos compañías. Puesto que este hecho aislado, la toma de control por parte de Almacenes Éxito, de los demás factores que inciden en el precio de una acción, factores económicos, capitalizaciones, circunstancias sociales, mundiales, etc., como se dijo anteriormente, incidirían de manera directa en las fluctuaciones del valor de la acción en el mercado de acciones, por lo tanto en este caso sería imposible determinar el cómo afecto y se quiere al cuánto se afecto el valor de la acción de Cadenalco por éste sólo hecho." (Negrilla y subrayas por fuera de texto).

- e) En sentido contrario, hay evidencia probatoria tanto testimonial, como documental (actas de las juntas directivas de ambas compañías), de una actitud diligente de ÉXITO, como accionista mayoritario y sociedad controlante y de los miembros de Junta Directiva y Directivos de CADENALCO, en cuanto a la suerte empresarial y comercial de esta última sociedad. Adicionalmente, es necesario

dejar muy en claro que la responsabilidad de los administradores e incluso de la sociedad matriz o controlante en este aspecto (resultados económicos y financieros de la filial) no es ni era de resultado sino de medio.

El Tribunal, luego de realizar una evaluación serena y en conjunto de la prueba testimonial y documental obrante en el proceso, particularmente las actas de las Juntas Directivas de ambas compañías, CADENALCO y ÉXITO, concluye que el propósito que se trazó antes de la OPI se mantuvo, toda vez que en CADENALCO, antes de la toma de control por ÉXITO hubo una reiterada solicitud de la Junta Directiva a la administración, para la presentación permanente de estudios de rentabilidad por formatos y por almacenes. Una de las recomendaciones de la Junta era la de cambiar la cultura de las ventas por la cultura de la rentabilidad. También se expresaban preocupaciones de dicha Junta por la estructura central de la compañía y su tamaño con relación a otras y a los gastos. Y se veía que el comportamiento de Cativen y Makro no era satisfactorio.

Ahora bien, con posterioridad a la toma de control de CADENALCO, en la Junta Directiva de ÉXITO, se realizaron diagnósticos permanentes sobre la situación de la filial y el gran costo financiero que presentaba, y acerca de las importantes necesidades de modernización de los almacenes y de inversiones en tecnología y logística. El objetivo expreso de la Junta Directiva de ÉXITO era incrementar el nivel de exigencia a CADENALCO en todos los órdenes y hacer de la filial una empresa muy eficiente y rentable.

Por tanto, no dudan los árbitros en entender, con fundamento en esos medios de convicción, que la conducta de ÉXITO no consistió en designio alguno orientado a deteriorar a CADENALCO, después de la OPI y, en cambio, de esa prueba se descubre que su acción estuvo encaminada a desarrollar esfuerzos por superar los problemas que la subordinada afrontaba. Comportamiento, entonces, que no puede ser valorado como doloso.

Sobre la prueba testimonial, precisamente, representada en versiones como las de Tatiana Aristizábal, Edith María Hoyos, Juan Guillermo Londoño, Guillermo Valencia, Darío Jaramillo y Jesús Alberto Quintero, advierte el Tribunal que la encuentra, a la luz de la crítica del testimonio, ajustada a derecho y digna de crédito, considerada la idoneidad y conocimiento directo de los hechos narrados por esos declarantes, suficiente para establecer la ciencia de su dicho, por demás coherente y sólido. Se trata de testimonios completos que llevan convicción a los árbitros, en la conclusión antes resaltada relativa a la gestión de ÉXITO en

CADENALCO y en otros asuntos más que fueron debatidos en el proceso.

Dado lo anterior, es necesario afirmar que en el proceso no existe prueba de una relación de causalidad, cierta y directa, entre los hechos de gestión del ÉXITO señalados en la demanda y el supuesto daño económico de CADENALCO, y por ende, el pregonado detrimento de los accionistas minoritarios que obran como convocantes.

VIII. EL DAÑO ALEGADO POR LOS DEMANDANTES

Se recrimina en la demanda que mientras en febrero de 1999 hubo una relación de intercambio accionario según la cual por una acción de ÉXITO se entregaron 2.5 acciones de CADENALCO, en el segundo, agosto de 2001, esa relación varió, equivaliendo una acción del éxito a 4.7 acciones de CADENALCO.

Las relaciones de intercambio de acciones de CADENALCO y ÉXITO, en 1999, y en 2001, están suficientemente acreditadas en el proceso, ora por la aceptación de la demandada, ora por la prueba documental misma. También se sabe y no está en discusión, que la relación de intercambio accionario, para 1999 se efectuó con base en el precio promedio de acciones de CADENALCO y ÉXITO en la Bolsa de Valores para diciembre de 1998; y la relación de intercambio en 2001, al momento de la fusión, se calculó con fundamento en una valoración de las dos sociedades. Mas, si se quisiera tener una comparación que tuviera apoyo en un elemento común, puede considerarse que a folios 14 del dictamen pericial, se encuentra como análisis de los valores en bolsa de las acciones de las dos empresas, que la relación de intercambio, para julio de 2001, era de una acción de ÉXITO por 3.99 de CADENALCO. Lo consignado en la peritación revela que tal relación de intercambio, en 2001, fue muy oscilante: en enero fue de 5.77; en febrero de 4.96; en marzo, de 5.21; en abril, 6.10; en mayo, 4.74; en junio, de 4.37.

En el interregno entre febrero de 1999 y julio de 2001, tiempo durante el cual se ejercitó el control por ÉXITO de CADENALCO, revelado en diversas ejecutorias que la demanda estableció y se confirmaron en la instrucción, tales como retiro de directivos de CADENALCO, control administrativo, etc., se observa (así lo informa el dictamen pericial) que de los valores en bolsa de las acciones de estas sociedades, los de la acción de CADENALCO fueron siempre menores que los de las acciones del ÉXITO.

¿Si el proceso de integración perseguía beneficiar a las dos sociedades; si el ÉXITO pasó a administrar a CADENALCO; y si no era lógico, como se alega, desvalorizar una inversión, qué podría explicar que la acción de CADENALCO mantuviera todo ese tiempo un valor sensiblemente menor que la de ÉXITO?

La respuesta, para el Tribunal, no es otra que un hecho económico obvio: el efecto destacado, del menor valor de la acción de CADENALCO, obedeció al hecho del control que la convocada tuvo de CADENALCO, pues económicamente no llegaría a ocurrir que la acción de la filial fuera de más precio que la acción de la matriz. Se trata, en este particular, de una máxima de la experiencia que perfectamente puede ser empleada por el juez en la valoración de la prueba.

Pero lo anterior no significa, mandado como está que la decisión judicial descansa en la prueba oportuna y regularmente allegada al proceso, que se pueda afirmar que por el solo control que ÉXITO ejerció en CADENALCO, el precio de las acciones de esta última sociedad vino a menos, pues lo que tendría que establecerse, como lo indicó la propia demanda, es que ese control fue abusivo y dirigido a ese resultado.

Ocurre, empero, que esa prueba, la de que el control fue causa eficiente del deterioro del precio de la acción de CADENALCO, no milita en el proceso.

Bien delimitada ha quedado la siguiente premisa: ÉXITO tenía derecho de adquirir acciones de CADENALCO, llegar a ser su accionista mayoritario y tener su control.

Así las cosas, atendidos los elementos del abuso del derecho, ¿cómo debía ÉXITO ejercer ese derecho de control? La respuesta es simple, aunque abierta: de manera seria y razonable. Para el Tribunal esto implica que el control de CADENALCO, que en definitiva es el derecho en el que se centra la búsqueda del abuso, debió ser proporcional, orientado al beneficio general de los accionistas de CADENALCO – y no solo pensando en los de ÉXITO –, puesto en marcha con prudencia, con la carga de la advertencia de una posible lesión de derechos de terceros.

Revisada la prueba documental, consistente en actas de juntas y asambleas, de ÉXITO y CADENALCO, correspondientes al periodo de control, no se encuentra en ella que ÉXITO, en calidad accionista mayoritario, hubiera desarrollado alguna

idea, programa o plan en el cual se previera que el ejercicio del acuerdo de colaboración y luego la fusión misma de las dos sociedades hiciera referencia a las consecuencias que podrían sobrevenir a los derechos de los accionistas. Pero si no aparece por parte alguna que se hubiera analizado la situación de los minoritarios, tampoco se deduce que se hubiera ejecutado alguna acción o que se configura una omisión, de las que se siguiera ataque a los derechos de dichos accionistas minoritarios.

La situación de los precios de las acciones en la bolsa fue un hecho cumplido. Si como bien se dice que el derecho no puede ser considerado con categorías puras, como pretendía Kelsen, que el derecho es una realidad, incrustado en la realidad y que guarda estrecho vínculo con la economía, pasar por alto esta óptica deviene en grave error, de corte positivista. Entonces, puede el juez consultar esa realidad, cercana a su vivencia, a su experiencia, sin que sea válido exigir, para ciertos acontecimientos, una demostración concreta, técnica o de otra especie. La situación de control de una sociedad a otra implica, en la realidad económica, que la controlante tiene mayor poder económico, y mayor valor por consiguiente, que la controlada. Y esa relación de controlante a controlada se refleja, como realidad económica, en los precios de mercado de las acciones de una u otra.

¿Puede afirmarse o no que la resaltada diferencia en la relación de intercambio de acciones en las dos épocas tanto aludidas, constituye para cada uno de los demandantes un perjuicio?

Como se resaltó en otro aparte, no se deduce de la prueba recaudada que el ejercicio por ÉXITO de los derechos derivados del control que podía adelantar en CADENALCO como accionista mayoritario hubiera sido irregular, o excesivo, o anormal, o contrario a la buena fe o a las buenas costumbres (comerciales) en las ventajas que obtuvo, frente al efecto que pudo generar en contra de los accionistas minoritarios. Esto se advierte en función de un aspecto que no puede pasar desapercibido: el derecho de control por parte del ÉXITO se movió dentro del marco del acuerdo de colaboración que habían celebrado las dos sociedades, que aunque consideró la posibilidad de la fusión, no la contempló como un objetivo, máxime que en el pensamiento de las dos compañías, cuando años atrás se ocuparon de planear la participación de una en otra, no se vislumbraba la fusión como una meta expresa si bien, en la mente y sueños de ÉXITO, como lo declaró Darío Jaramillo a folio 1968 del Cuaderno No. 5, sí existía desde 1993, acaso, en una reunión de directivos de ÉXITO que sucedió en Quirama. Pero ese

no es un elemento suficiente para considerar que hubo dolo de parte de ÉXITO.

Además, quedó probado con las respuestas a los oficios 2, 3 y 8 dirigidos a las Superintendencias de Valores (ahora Financiera) y de Industria y Comercio obrantes, en su orden, a folios 1 a 1459 de los cuadernos anexos 1 al 6, y a folios 1 a 885 de los cuadernos anexos 1 al 3, que dichas entidades administrativas examinaron en su momento los presupuestos de validez trazados por la Resolución 400 de 1995 para la Oferta Pública de Intercambio presentada por Almacenes ÉXITO, y con base en su estudio aprobaron la operación y autorizaron el reglamento de suscripción de acciones ordinarias, emitidas a través de la Resolución No. 0067 del 28 de enero de 1999.

Respecto de la fusión entre ÉXITO y CADENALCO, no existe en el plenario prueba siquiera indiciaria de que haya existido alguna objeción de fondo a la misma por parte de las entidades administrativas antes referidas, y por el contrario, se demostró la aprobación oficial del acto, la cual no fue atacada por la parte convocante, y por tal razón el Tribunal se acoge íntegramente a la misma.

Los objetivos de la unión eran comerciales, como el desarrollo de sinergias, y obtener economías de escala. Pero, con el desenvolvimiento de esa integración, ÉXITO absorbió a CADENALCO, no siendo esto considerable para sostener que hubo daño para los accionistas de CADENALCO, representado, como lo hacen consistir los demandantes, en la diferencia de la relación de intercambio.

Correspondía a los demandantes, en aplicación del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, demostrar los factores constitutivos de la responsabilidad atribuida a la parte demandada, a saber, que los diversos hechos alegados (despido de empleados, cambio de formato de almacenes, manejo financiero que de un año a otro pasó de utilidades a pérdidas, etc.), relacionados con la conducta imputada como abusiva – el control de CADENALCO como accionista mayoritario – eran la causa de un efecto concreto, a saber, un daño, y éste mismo, no quedando satisfecha la carga de la prueba con la mera referencia a la diferencia entre las relaciones de intercambio accionario, establecido como quedó que las mismas fueron efectuadas con fundamento en criterios que, por ser diferentes, no son comparables.

Los términos de intercambio de acciones en la OPI fueron determinados por una oferta de transacción hecha por la sociedad oferente, con miras a tener éxito en dicha OPI. En cambio, los términos de intercambio de acciones para la fusión,

fueron el resultado de una valoración de ambas empresas, que para el caso en cuestión fue realizada por una firma independiente, con una metodología aceptada por la ley y por las compañías interesadas en la misma.

Así las cosas, para determinar el daño se requería que los extremos a tener en cuenta fuesen, en su naturaleza, comparables y aquí no lo son, motivo por el cual lo pretendido en la demanda, no está llamado a prosperar.

IX. DE LA IMBRICACIÓN

De acuerdo con la doctrina, se denomina *imbricación* a la existencia de participaciones recíprocas de capital entre una subordinada y la sociedad que la controle o dirija. EL artículo 262 del Código de Comercio, en la redacción que introdujo el artículo 32 de la Ley 222 de 1995, prohíbe la imbricación y sanciona con ineficacia los negocios que se celebren desconociendo esa prohibición.

Los demandantes de este proceso arbitral, al tiempo de plantear su alegato de conclusión, no así en las pretensiones de la demanda, aludieron a la existencia de una imbricación entre ÉXITO y CADENALCO, para afirmar y pedir:

La ineficacia, se proclama sobre todo el efecto del acto, que se realice entre las sociedades "imbricadas". ALMACENES ÉXITO sin importar si la causa de esa circunstancia, sea una cesión de acciones, una escisión, o una fusión, (como es el caso). Debe recordarse que la fusión, es de dos sociedades, pero en la práctica, y así ocurrió en este caso, es un intercambio accionario, se entregan las de la absorbida y se reciben de la absorbente.

En el caso que ahora se analiza, no se tuvo en cuenta que había imbricación en la fusión, y fue pasado por alto por las entidades de control, sin pronunciarse al respecto.

En consecuencia, al quedar probada la existencia de la imbricación, el acto jurídico, "el negocio" celebrado entre la sociedad "matriz", ALMACENES ÉXITO y la "subordinada", CADENALCO es ineficaz de pleno derecho, es decir, no produce efectos.

En ese orden de ideas, la "fusión" es inoponible a nuestros poderdantes. La fusión, por tanto, el intercambio accionario que en este acto se dice que se hizo, no puede predicarse realizado para las acciones de nuestros poderdantes. Circunstancia que obliga a devolver las cosas a su estado anterior, antes de la fusión, y que a los accionistas minoritarios, nuestros poderdantes, por este Tribunal de Arbitramento, les sea reestablecido el derecho, mediante unos términos de intercambio válidos, anteriores al periodo en el que ALMACENES ÉXITO tuvo la administración de CADENALCO, vale decir, la OPI.

Para el Tribunal, no hay lugar a efectuar pronunciamiento sobre el asunto, por dos motivos esenciales, uno de fondo atado a la interpretación del artículo 262 del Código de Comercio, a su aplicación en el tiempo y a la naturaleza de la ineficacia, y otro ligado a claras reglas procesales.

En primer lugar, tomado el texto de la norma citada, queda claro que la ineficacia afecta al acto de adquisición de la participación que la sociedad controlada haga de capital de la controlante. Sin ir muy lejos, no obra en el proceso prueba alguna de que CADENALCO, que era filial de ÉXITO a partir de la OPI tanto mencionada, hubiera adquirido acciones de la controlante.

Ahora bien, no se afectan en este asunto las adquisiciones de acciones anteriores a la OPI, pues en tal época no se daba situación de control por ÉXITO.

No consideran los árbitros, de otra parte, que la fusión signifique la participación de CADENALCO en ÉXITO, para predicar que esa operación se afectó por ineficacia. Justamente, con la fusión CADENALCO quedó disuelta (artículo 172 del Código de Comercio), por lo que no podría entenderse que simultáneamente, no obstante perder su personalidad jurídica, fuera titular de participación de capital en ÉXITO.

Todo, desde luego, sin contar con la circunstancia de que la ineficacia no requiere de declaración judicial y opera de pleno derecho.

Mas, es ahí cuando debe asumirse, a la luz de los mandatos procesales, que si se pudiera efectuar un pronunciamiento específico que acogiera el planteamiento de los actores en gracia de discusión, no es posible recogerlo en el presente laudo, por no haber sido el tema objeto de las pretensiones esgrimidas en la demanda, que hubieran permitido a la parte opositora el pleno ejercicio de su derecho de defensa.

Precisa el Tribunal, por tanto, que considera que en la fusión de ÉXITO y CADENALCO no hubo un acto constitutivo de una imbricación que estuviera prohibida legalmente y, además, que cualquier pronunciamiento en el particular desborda los límites del fallo que le fue encomendado.

X. LAS EXCEPCIONES DE LA PARTE DEMANDADA

Al no estructurarse los componentes o presupuestos de las pretensiones invocadas en la demanda, no están las mismas llamadas a prosperar, no siendo necesario estudiar las excepciones esgrimidas por la parte demandada.

XI. COSTAS PROCESALES

De acuerdo con el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, hay lugar a la condena en costas a cargo de la parte vencida, comprendiéndose en ellas los siguientes conceptos y liquidación:

1. Agencias en derecho.

Ha de aplicarse la normativa del Acuerdo No. 1887 de 26 de junio de 2003, en lo pertinente. Así las cosas, dado el monto de lo pretendido en la demanda, dispondrá el Tribunal que los demandantes cubran a la parte accionada el 10% del valor de las pretensiones.

2. Gastos.

La parte demandante deberá reembolsar a la demandada la suma que ésta pagó por honorarios de árbitros y secretario, gastos de administración y funcionamiento y honorarios periciales, todo lo cual se liquida de la siguiente forma:

CONCEPTO	VALOR
Honorarios 50%	\$86.972.950
Gastos de administración y funcionamiento 50%	\$ 7.497.900
Honorarios de perito	<u>\$ 7.500.000</u>
Total	\$101.970.850

por consiguiente, cada uno de los demandantes asumirá el valor de las costas procesales teniendo en cuenta el indicado porcentaje aplicado a su pretensión individualmente considerada, conforme se consignó en el cuadro incorporado en el punto IV del capítulo primero de este fallo.

CAPITULO TERCERO

DECISION

En mérito de las consideraciones que anteceden, el Tribunal de arbitramento designado para decidir las controversias entre FRANCISCO ESTRADA Y OTROS y ALMACENES ÉXITO S.A., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero. Por las razones expuestas en las consideraciones de este laudo, se declara que la tacha propuesta a los testimonios de los deponentes EDITH MARIA HOYOS y JESUS ALBERTO QUINTERO MARÍN no prospera.

Segundo. Por lo consignado en la parte motiva, no se acogen las súplicas de la demanda.

Tercero. Se condena a los demandantes a pagar a la demandada las costas del proceso, así como las agencias en derecho, liquidadas como sigue:

1. Agencias en derecho por valor de **\$218.584.219**
2. Gastos del proceso por valor de **\$101.970.850**

La cifra total a pagar por concepto de costas por parte de los demandantes a la demandada será de **\$320.555.069**, teniendo en cuenta para ello la forma y distribución indicada en la parte motiva del presente Laudo.

Cuarto. Se dispone que por el Presidente del Tribunal se protocolice el expediente en una de las Notarias de Medellín.

Quinto. Del presente Laudo se expedirá una copia auténtica a cada una de las partes.

NOTIFIQUESE.


JORGE PARRA BENITEZ
Presidente


JUAN MANUEL FERNANDEZ V.
Árbitro


LUIS FERNANDO MUÑOZ O.
Árbitro


JUAN DAVID POSADA G.
Secretario

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO DE FRANCISCO ESTRADA Y OTROS CONTRA
ALMACENES ÉXITO S.A.**

**AUDIENCIA DE ACLARACION, CORRECCION Y ADICION DEL LAUDO
ARBITRAL**

Medellín, veinticinco (25) de mayo de dos mil siete (2007).

Siendo las ocho y treinta de la mañana (8:30 a.m.), día y hora fijados mediante auto del 22 de mayo del año en curso, se reunieron en el lugar de funcionamiento del arbitraje, los árbitros Jorge Parra Benítez, Luís Fernando Muñoz Ochoa y Juan Manuel Fernández Velásquez, en compañía del secretario, Juan David Posada Gutiérrez, con el fin de resolver sobre las solicitudes de aclaración y corrección presentada por los apoderados de las partes.

A la audiencia concurren: el doctor Fernando Moreno Quijano, en calidad de apoderado de la parte convocada.

El Tribunal pasó a resolver las solicitudes de aclaración y de corrección presentadas por los apoderados de las partes, lo cual realizó de la siguiente forma:

a) En cuanto a la solicitud de la parte convocante, el Tribunal considera que la vía procesal escogida, esto es, la aclaración del laudo arbitral, no es la adecuada ya que conforme a lo dispuesto por el artículo 309 del C. de P. C., ésta se encuentra limitada para eventos en los cuales se verifiquen conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda y/o generen confusión, siempre y cuando se encuentren contenidos en la parte resolutoria del laudo o que influyan en él, así las cosas, la petición entroniza una nueva discusión frente a lo decidido en el laudo, circunstancia que por sí sola escapa de la potestad del Tribunal puesto que implicaría modificar de fondo lo decidido, y ello, se le encuentra vedado por la regla contenida en la primera parte de la citada norma procesal, siendo además, extemporánea, puesto que no se objetó la fijación de agencias en derecho de forma oportuna dentro de la audiencia pública de fallo arbitral, como se desprende que debió haber sido de lo dispuesto en el inciso segundo de la regla tercera del artículo 393 del C. de P. C., que a la letra dice: "Solo podrá reclamarse la fijación de agencias en derecho mediante objeción a la liquidación de costas". Lo que significa, se reitera, que tal objeción debió plantearse al tiempo de la notificación que fue por estrados.

b) En cuanto a la solicitud de corrección de errores realizada por la convocada el Tribunal considera, que la norma del artículo 310 del Código de Procedimiento Civil, que se refiere a la corrección de errores aritméticos, supone que en efecto se haya cometido alguno. Como tal, error aritmético es aquél en que se incurre al efectuar una operación determinada, simple o no (multiplicación, división, resta, suma, o de cálculo financiero, etc.).

De acuerdo con la solicitud del apoderado de la parte provocada, hubo un error porque la pretensión cobijaba indexación e intereses de mora, desde febrero de 1999 hasta la fecha de pago, o hasta ésta y desde el momento en que se pruebe en el proceso que se causó el perjuicio.

Podría decirse que ésta no era una verdadera pretensión, por no ser la principal sino consecucional, y en cierta forma accesoria: dependía de probar un abuso del derecho y subsiguientemente un perjuicio, pero si no se demostró ninguno no podría estimarse la cuantía por lo que no llegó a ser, y menos a partir de lo incierto (momento en que se probara que se causó el daño), y por ello era válido que el Tribunal se apoyara en la cifra que de manera concreta sí había pretendido la parte actora.

De igual modo se podría contemplar otra reflexión: ¿qué habría pasado si hubiera prosperado la pretensión subsidiaria, que pedía reconocimiento de acciones? Descartada la primera principal, ¿cómo se tasan las agencias en el segundo caso? ¿Con un porcentaje de las acciones?

Todo esto pone de presente una sola cosa: que no hubo error sino que existe una diferencia conceptual, de parte del apoderado, acerca de cuál debió ser la cantidad a la cual se aplicaría la tarifa de agencias en derecho autorizada legalmente. Error habría, de este modo, si al efectuar la operación respectiva, frente a la cifra elegida, se encontrara un resultado equivocado, como si al aplicar el 10% considerado a la cuantía de \$2.185.842.190 se obtuviera un valor de \$100, cuestión que aquí no ocurre.

De otro lado, considera este Tribunal que las agencias fijadas en el Laudo guardan el sentido que les es propio, de remuneración de una labor desplegada en el proceso, como reza el número 3 del artículo 393 del estatuto procesal y sin ignorar las reglas superiores (Acuerdo 1887 de 26 de junio de 2003), claro está, conforme al parámetro indicado en la cuantía de la pretensión, que en este caso sería la principal por ser la que determina el contenido económico de la demanda.

Por lo dicho, el Tribunal enfatiza, que no hubo error en la fijación de las agencias en derecho señaladas en el laudo arbitral que puso fin a la presente litis.

Ahora bien, esclarecida la diferencia conceptual anotada, dado que no hubo error, se descubre que existió inconformidad con la fijación de las agencias en derecho. En estas condiciones, el camino de la corrección no es de recibo, porque aún en el proceso arbitral se debe tener en cuenta la parte final del citado número 3 del artículo 393, para reclamar contra la fijación de las agencias en derecho, se debe objetar la liquidación de las costas, lo que debió ser, ante la notificación en estrados, en la audiencia de Laudo. Siendo lo cual la petición que se despacha extemporánea.

La corrección que se pide de la cifra de la pretensión de la señora Alba Marina Estrada sería procedente, en fin, si ello tuviera influencia en lo decidido. Se trata de una diferencia de dos mil pesos, cuyo 10% no deviene trascendente al tiempo de pensar en un error aritmético.

No obstante, en forma oficiosa, dispone el Tribunal la corrección del guarismo anotado en el laudo para la pretensión planteada por la señora Alba Marina Estrada, pues la cifra correcta es de \$420.754; y la de Francisco Murillo Cano que es de \$418.764 y no de \$418.754, como se anotó en la providencia final.

De este modo, el total de las pretensiones es de \$2.185.844.202, y no de \$2.185.842.192.

Se adiciona en consecuencia, con estas correcciones el laudo arbitral, con liquidación del porcentaje de cada demandante en el total de las pretensiones, así:

NOMBRE ACCIONISTA	VALOR DE LA PRETENSIÓN	PORCENTAJE
Alfonso Ángel Díaz	420.901.084	19,26
Juan Agustín Posada	285.776.426	13,07
Maria Elena Mejía	209.429.990	9,58
Maria Luz Mejía de Puyo	196.505.983	8,99
Francisco Estrada Restrepo.	145.388.864	6,65
Argemiro Salazar	127.842.532	5,85
Iván Posada Londoño	99.469.000	4,55
Sofía Navarro de Palacio	79.278.782	3,63
Margarita Lalinde	75.779.463	3,47
David Posada Londoño	69.628.300	3,19
Sergio Lalinde de Bedout	68.386.927	3,13
Roberto Lalinde de Bedout	68.206.888	3,12
Diego Lalinde de Bedout	61.338.554	2,81
Gabriel Jose Mejía	59.736.108	2,73
Vandergrift-Puyo y Cia...	52.685.745	2,41
Maria Efigenia Navarro	50.110.493	2,29
Inés Elena Betancur	24.761.813	1,13
Agropecuaria Navarro Gutiérrez	19.795.326	0,91
Ángel Díaz Ltda.	19.132.862	0,88
Mayka S.C.A.	9.050.684	0,41
David Andrés González Castaño	5.960.182	0,27
Maria Elvira Ruiz Pérez	5.742.345	0,26
Berta Tamayo Vargas	4.799.379	0,22
Juan David Tamayo	3.727.103	0,17
Rocío Álvarez Arango	3.708.204	0,17
Felipe Mendoza Vega	2.926.378	0,13
Gloria Lucy Martínez Ramírez	2.777.174	0,13
Patricia Eugenia Martínez	2.777.174	0,13
Guillermo León Puyo	2.208.212	0,10
Juan Esteban Restrepo	1.976.449	0,09
Juan Esteban Restrepo	1.957.550	0,09
Cristina Restrepo Betancur	1.551.716	0,07
Luz Estella Ramirez	1.219.490	0,06
Juanita Navarro	467.504	0,02
Francisco Luis Palacio	420.754	0,02
Alba Marina Estrada	418.764	0,02
Francisco Murillo Cano	2.185.844.202	100,00
TOTAL		

Sin más consideraciones, en merito de lo expuesto el Tribunal resuelve:

Primero: No acceder a las solicitudes de corrección y aclaración presentadas por los apoderados de las partes.

Segundo: En la forma indicada queda rectificadada la providencia del laudo en lo relacionado con el valor parcial y total de las pretensiones planteadas en la demanda y la participación de cada demandante en el total.

Tercero: Expídase copia autentica de este proveído a las partes de la presente litis.

Todo lo decidido queda notificado en estrados.

Agotado el objeto de la audiencia, se declaró cerrada a las 9:20 a.m. y se firma por los que en ella intervinieron.

JORGE PARRA BENITEZ
Árbitro Presidente

JUAN MANUEL FERNANDEZ V.
Árbitro

LUIS FERNANDO MUÑOZ OCHOA
Árbitro

FERNANDO MORENO QUIJANO
Apoderado convocada

JUAN DAVID POSADA G.
Secretario