

Tribunal de Arbitramento

Comercializadora y Constructora Integral Limitada

v.

Makro de Colombia S.A.

Mayo 24 de 2006

Laudo Arbitral

Bogotá D.C., Mayo 24 de 2006.

Encontrándose surtidas en su totalidad las actuaciones procesales previstas en el Decreto 2279 de 1989, la Ley 23 de 1991 y la Ley 446 de 1998 para la debida instrucción del trámite arbitral, y siendo la fecha señalada para llevar a cabo la audiencia de fallo, el tribunal de arbitramento profiere el laudo conclusivo del proceso arbitral convocado para dirimir las diferencias entre Comercializadora y Constructora Integral Limitada y Makro de Colombia S.A., previos los siguientes antecedentes y consideraciones:

1. Primera parte: antecedentes.

1.1. Los contratos.

Entre Héctor Ignacio, Hugo Germán, Francisco Herrera Díaz, Comerintegral, Academia Royal Raquet Tourist Ltda., en su calidad de fideicomitentes y la Fiduciaria Suramericana S.A., hoy Fiducolombia, se celebró, con fecha 25 de julio de 1994, un negocio jurídico que denominaron “Constitución de la fiducia en garantía y en el encargo de vender a Makro de Colombia S.A.” de ahora en adelante el contrato de fiducia, contenido en la escritura pública 3020 del 25 de julio de 1994, otorgada en la Notaría 35 del Círculo de Bogotá, por medio del cual se convino ampliar el número de fideicomitentes y modificar en todas su partes el contrato de fiducia mercantil irrevocable constituida mediante escritura pública número ochocientos quince (815) de veinticinco (25) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994) de la notaría veinticinco (25) del Círculo de Bogotá D.C., registrada en la oficina de registro de instrumentos públicos de Bogotá D.C. en el folio de matrícula inmobiliaria 050-200330958, contrato de fiducia mercantil en garantía que le fue cedido a “Sufiducia” hoy Fiducolombia, mediante escritura pública de número mil novecientos cincuenta y nueve (1959) de 19 de julio de 1994 de la notaría cuarenta (40) del Círculo de Bogotá D.C., registrada en la oficina de registro de instrumentos públicos de Bogotá D.C., en el folio de matrícula inmobiliaria 050-200330958. Dicho contrato también fue suscrito por Makro de Colombia S.A. en su calidad de beneficiario.

Así mismo, mediante escritura pública 4090 del 22 de diciembre de 1994, de la Notaría Treinta de Círculo de Bogotá, Fiduciaria Suramericana S.A. hoy Fiducolombia, en su calidad de titular del patrimonio autónomo constituido mediante el contrato de fiducia, celebró un contrato de compraventa con Makro de Colombia S.A., sobre el lote denominado “Royal”. Dicho contrato de compraventa, se llevó a cabo en ejecución del encargo contenido en la mencionada escritura 3020 de 25 de julio de 1994.

1.2. El pacto arbitral.

En la cláusula vigésima primera del contrato de fiducia, se pactó la siguiente cláusula compromisoria:

“Vigésima primera: cláusula compromisoria: las diferencias que se presenten entre las partes a raíz de la interpretación, cumplimiento y terminación del presente contrato, serán obligatoriamente sometidas a la decisión de un tribunal de arbitramento, el cual fallará en derecho, funcionará en la ciudad de Bogotá, y estará integrado por tres (3) ciudadanos colombianos en ejercicio de sus derechos civiles y abogados inscritos, designados por la Cámara de Comercio de Bogotá, a solicitud del fideicomitente o de la fiduciaria” (cdno. de pbas. 1 fl. 124).

1.3. Partes procesales.

1.3.1. Parte convocante y convocada en reconvencción.

La parte convocante y convocada en reconvencción en este trámite arbitral es Comercializadora y Constructora Integral Ltda., Comerintegral Limitada en liquidación, en adelante Comerintegral, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá, constituida mediante escritura pública 1.785 del 3 de octubre de 1983, otorgada en la Notaría Veinticuatro (24) del Círculo de Bogotá, representada legalmente por su liquidador, señor Héctor Ignacio Herrera Díaz, como consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá (fls. 14 y 15 del cdno. ppal. 1).

En el presente proceso arbitral, está representada judicialmente por el abogado Andrés Gouffray Nieto de acuerdo con el poder visible a folio 13 del cuaderno principal 1.

1.3.2. Partes convocadas en reconvencción.

Las partes convocadas en reconvencción en este trámite arbitral, en adición a la ya indicada en el numeral inmediatamente anterior, Comerintegral, son:

a) El señor Héctor Ignacio Herrera Díaz, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá, en nombre propio.

En el presente proceso arbitral, está representado judicialmente por el abogado Andrés Gouffray Nieto de acuerdo con el poder visible a folio 298 del cuaderno principal 1.

b) El señor Hugo Germán Herrera Díaz, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá, quien comparece a este proceso en nombre propio.

c) El señor Francisco Javier Herrera Díaz, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá, quien comparece a este proceso en nombre propio.

En el presente proceso arbitral, están representados judicialmente por el abogado Manuel José Galvis Mantilla de acuerdo con el poder visible a folio 239 del cuaderno principal 1.

1.3.3. Parte convocada y demandante en reconvencción

La parte convocada y demandante en reconvencción en el presente trámite arbitral es Makro de Colombia S.A. (hoy Comercial Inmobiliaria Internacional S.A.) en adelante Makro, sociedad comercial constituida mediante escritura pública 1.157, del 7 de mayo de 1993, otorgada en la Notaría Dieciséis (16) del Círculo de Bogotá, varias veces reformada, domiciliada en la ciudad de Bogotá.

Mediante escritura pública 4193 de 2 de diciembre de 2005, otorgada en la Notaría Sesenta y Tres del Círculo de Bogotá, Makro de Colombia S.A. formalizó un proceso de escisión parcial y como consecuencia de ello se creó una nueva sociedad.

En virtud de dicho proceso, la compañía escindida Makro de Colombia S.A. cambió su denominación social, inicialmente, por la de Inmobiliaria Internacional S.A.

Posteriormente, mediante la escritura pública 4301 otorgada el 7 de diciembre de 2005 en la Notaría 63 de Bogotá, la sociedad Inmobiliaria Internacional S.A. modificó su nombre por el de Comercial Inmobiliaria Internacional S.A.

Como consecuencia del proceso de escisión, se creó a su vez, como beneficiaria la sociedad Makro Supermayorista S.A., a la cual se trasladó una parte del patrimonio de la sociedad escindida, representada en activos y pasivos vinculados con la actividad operativa, continuando con la operación de explotación de supermercados mayoristas y minoristas.

De conformidad con la escritura pública de escisión 4193 citada, artículo cuarto, numeral 8° denominado “contratos” en el acuerdo de escisión se convino:

“8. Contratos/ Todos los actos jurídicos, convenios y contratos en que sea parte Makro continuarán en cabeza de la compañía beneficiaria luego de la escisión y, en consecuencia, la compañía beneficiaria asumirá todas las obligaciones y adquirirá todos los derechos derivados de tales actos jurídicos, convenios y contratos” (resaltado es propio). (fls. 43 y ss. del cdno. ppal. 2).

Makro está representada legalmente por la señora Ángela Liliana Covaleda Sanabria, como consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por Cámara de Comercio de Bogotá y judicialmente por el doctor Carlos Felipe Mayorga (fls. 74 a 78 y 136 y 137 del cdno. ppal. 1).

1.3.4. Litis consorte cuasinecesario.

El tribunal mediante auto 27 del 8 de marzo de 2006, aceptó la intervención de Makro Supermayorista S.A. como litis consorte cuasinecesario de la sociedad convocada y convocante en reconvencción (fls. 163 y ss. del cdno. ppal. 2).

Esta sociedad se encuentra sociedad representada legalmente por Renato Minuzzo y judicialmente por el doctor Carlos Felipe Mayorga (fls. 48 y ss. del cdno. ppal. 2).

1.4. Iniciación del trámite.

1.4.1. Con fundamento en la cláusula compromisoria, el 12 de octubre de 2004, Comerintegral presentó solicitud de convocatoria frente a Makro, ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (cdno. ppal. 1, fls. 1 a 17).

1.4.2. El 1º de marzo de 2005, se dio inicio a la audiencia de instalación, en la cual, mediante auto 1 de la misma fecha (auto 1), se declaró legalmente instalado el tribunal, se nombró secretaria del mismo, el tribunal asumió competencia para diligenciar la etapa prearbitral o inicial, se optó por aplazar la fijación de las sumas correspondientes a honorarios y gastos de funcionamiento del tribunal y se reconoció personería jurídica a los señores apoderados (cdno. ppal. 1, fls. 79 y 80).

1.4.3. El día 7 de marzo de 2005, mediante auto 2 de la misma fecha (auto 2), se admitió la demanda arbitral y se ordenó correr traslado a la parte convocada por el término legal. (cdno. ppal. 1, fls. 81 a 84).

1.4.4. El 22 de marzo de 2005, en oportunidad para ello, Makro contestó la demanda arbitral, con expresa oposición a las pretensiones e interposición de excepciones de mérito (cdno. ppal. 1, fls. 87 a 123). Así mismo presentó demanda de reconvencción contra Comerintegral, Héctor Ignacio Herrera Díaz, Hugo Germán Herrera Díaz y Francisco Javier Herrera Díaz (cdno. ppal. 1 fls. 124 a 135).

1.4.5. Mediante auto 3, del 4 de abril de 2005 (auto 3), el tribunal admitió la demanda de reconvencción, ordenó notificar dicha providencia personalmente y correr traslado a los convocados en reconvencción. (cdno. ppal. 1, fls. 150 a 151).

1.4.6. La providencia admisorio de la demanda de reconvencción fue notificada personalmente a la parte convocante el 6 de abril de 2005 (cdno. ppal. 1, fls. 152 a 158).

1.4.7. El día 6 de abril de 2005, se procedió a remitir a los señores Francisco Javier Herrera Díaz, Hugo Germán Herrera Díaz y Héctor Ignacio Herrera Díaz las notificaciones judiciales de conformidad con lo dispuesto en el artículo 315 del Código de Procedimiento Civil.

1.4.8. El día 7 de abril de 2005, el señor apoderado de Comerintegral, interpuso recurso de reposición en contra del auto 3 proferido por el tribunal el día 4 de abril de 2005, del cual se corrió traslado a la parte convocada mediante fijación en lista, el día 13 de abril de 2005. Dicho recurso fue resuelto mediante auto 5 del 20 de abril de 2005, en el cual se confirmó en su integridad la providencia del 4 de abril de 2005.

1.4.9. El 4 de mayo de 2005, en oportunidad para ello, la parte convocante y convocada en reconvencción, Comerintegral contestó la demanda de reconvencción, proponiendo excepciones de mérito (cdno. ppal. 1 fls. 269 a 271).

1.4.10. El 20 de junio de 2005, por intermedio de su apoderado, se notificó la demanda de reconvencción a los señores Hugo Germán Herrera Díaz y Francisco Javier Herrera Díaz.

1.4.11. El 23 de junio de 2005, el señor apoderado de los señores Hugo Germán Herrera Díaz y Francisco Javier Herrera Díaz, interpuso recurso de reposición contra el auto 3 proferido por el tribunal de arbitramento el día 4 de abril de 2005, del cual se corrió traslado a las partes por el término legal, en los términos del artículo 108 del Código de Procedimiento Civil.

1.4.12. El día 14 de julio de 2005, por conducto de apoderado, el señor Héctor Herrera Díaz, se dio por notificado de la demanda de reconvencción formulada por Makro e interpuso recurso de reposición contra el auto 3 que admitió la demanda de reconvencción.

1.4.13. Mediante auto 9 del 10 de agosto de 2005, se resolvieron los recursos de reposición interpuestos contra al auto 3, en el cual se confirmó la admisión de la demanda de reconvencción formulada por Makro contra Comerintegral y los señores Héctor, Hugo Germán y Francisco Herrera Díaz.

1.4.14. El 29 de agosto de 2005, los señores Hugo Germán Herrera Díaz y Francisco Javier Herrera Díaz contestaron la demanda de reconvencción, proponiendo excepciones de mérito. (cdno. ppal. 1 fls. 347 a 354).

1.4.15. El 30 de agosto de 2005, el señor Héctor Ignacio Herrera Díaz contestó la demanda de reconvencción, proponiendo excepciones de mérito (cdno. ppal. 1 fls. 355 a 366).

1.4.16. El 2 de septiembre de 2005 se corrió traslado a las partes de las respectivas excepciones de mérito propuestas por ellas.

1.4.17. El 9 de septiembre de 2005, Comerintegral, Héctor Herrera Díaz y Makro, por intermedio de sus apoderados y mediante escritos separados recorrieron el traslado de las excepciones propuestas por las partes (cdno. ppal. 1, fls. 369 a 394).

1.4.18. El día 21 de septiembre de 2005 mediante auto 11 (auto 9), se fijaron los honorarios y gastos del proceso, los cuales fueron oportunamente entregados por las partes al presidente del tribunal, y se fijó fecha y hora para la celebración de la audiencia de conciliación, providencia que fue notificada en estrados a las partes (cdno. ppal. 1, fls. 406 a 413).

1.4.19. El día 13 de octubre de 2005, se dio inicio a cabo la audiencia de conciliación, la cual fue suspendida para continuarla el 31 de octubre del mismo. En dicha fecha, mediante auto 13, se declaró fracasada la audiencia de conciliación por no haberse logrado acuerdo conciliatorio alguno.

1.5. Trámite arbitral.

1.5.1. Primera audiencia de trámite.

El 31 de octubre de 2005 a las 10:00 a.m., auto 11, se dio inicio a la primera audiencia de trámite dándose lectura al pacto arbitral acordado en la cláusula vigésima primera del contrato, a las cuestiones sometidas a decisión arbitral expresadas en las pretensiones de la demanda, en su contestación y la demanda de reconvencción y sus contestaciones. Así mismo, mediante auto 14, se declaró competente para conocer y decidir en derecho las controversias sometidas a su consideración. La presente audiencia fue suspendida y se fijó como fecha para su continuación el día 8 de noviembre de 2005.

El día 8 de noviembre de 2005, a las 3:00 p.m., el tribunal, mediante auto 15, decretó las pruebas del proceso.

1.5.2. Audiencias de instrucción del proceso.

Definida la competencia del tribunal, se decretaron las pruebas solicitadas por las partes mediante auto 15 proferido en la audiencia del 8 de noviembre de 2005, auto 12 (cdno. ppal. 1, fls. 450 a 466).

El presente proceso se llevó a cabo en 23 audiencias, en las cuales se asumió competencia, se decretaron y

practicaron las pruebas solicitadas y aquellas decretadas de oficio, se recibieron los alegatos de conclusión y se profirió este laudo. En audiencia celebrada el 4 de abril de 2006, el tribunal citó a las partes el día 24 de mayo de 2006, para audiencia de fallo.

1.5.3. Pruebas decretadas y practicadas

Por auto 15, auto 12, el tribunal de arbitramento, en audiencia realizada el 8 de noviembre de 2005, decretó las pruebas del proceso, las cuales se practicaron de la siguiente manera:

1.5.3.1. Documentales.

Se ordenó tener como pruebas documentales los documentos presentados y numerados en la demanda arbitral, en la contestación de la demanda de reconvención, en el memorial por medio del cual su apoderado se pronuncia sobre las excepciones propuestas por las partes. De igual forma, los documentos presentados en la contestación de la demanda, en la demanda de reconvención, así como aquellos aportados con el escrito por medio del cual se pronuncia sobre el traslado de las excepciones. Igualmente, aquellos aportados por los demandados en reconvención en la contestación a la demanda. Se incorporaron documentos en respuesta a los oficios librados, los entregados por algunos testigos en el transcurso de sus testimonios, como parte de las declaraciones, y en las diligencias de inspección judicial con exhibición de documentos practicadas.

1.5.3.1. Dictamen pericial.

Se decretó y practicó un dictamen pericial financiero rendido por la señora Gloria Zady Correa Palacio. Las partes solicitaron aclaraciones y complementaciones, las cuales fueron rendidas por la perito en la debida oportunidad.

El dictamen fue objetado por error grave por el apoderado de la parte convocante.

1.5.3.2. Oficios.

Se ordenó oficiar y se obtuvo respuesta de las siguientes entidades

- Notaría 15 del Círculo de Bogotá.
- Tribunal Superior de Bogotá.
- Notaría 5 del Círculo de Bogotá.
- Secretaría del tribunal de arbitramento de Makro de Colombia v. Fiducolombia y otros.

1.5.3.3. Informe de instituciones de crédito.

En los términos del artículo 278 del Código de Procedimiento Civil, se decretó la rendición de un informe de institución de crédito a cargo de la sociedad Fiducolombia S.A.

1.5.3.4. Testimonios y declaraciones de parte.

En las oportunidades procesales señaladas se practicaron los testimonios de:

Luís Alberto Penagos Martínez, el día 20 de noviembre de 2005.

Moisés León Rubinstein Lerner, el día 29 de noviembre de 2005.

El día 16 de noviembre de 2005 se recibió el testimonio del señor Hernán Santacruz Guerrero, Representante Legal de la sociedad Fiducolombia S.A.

El día 19 de enero de 2006 se recibieron las declaraciones de parte de Ángela Liliana Covaleta Sanabria, representante legal de Makro. En la misma fecha se recibieron las declaraciones de parte de los señores Héctor Herrera Díaz, en nombre propio y en calidad de Representante Legal de Comerintegral, Francisco Javier Herrera Díaz y Hugo Germán Herrera Díaz.

1.5.3.5. Inspección judicial con exhibición de documentos

El día 28 de noviembre de 2005 se llevó a cabo la inspección judicial con exhibición e intervención de perito en las oficinas de Comerintegral.

1.5.3.6. Exhibición de documentos.

El día 20 de noviembre de 2005, se llevó a cabo la exhibición de documentos por parte de los señores Héctor Herrera Díaz y Hugo Germán Herrera Díaz.

El día 13 de diciembre de 2005, se llevó a cabo la exhibición de documentos por parte del señor Francisco Javier Herrera Díaz.

1.5.3.7. Audiencia de alegatos de conclusión.

Concluida la etapa probatoria, los señores apoderados de las partes en audiencia del día 4 de abril de 2006 expusieron sus alegatos de manera oral y al final presentaron los correspondientes escritos (cdno. ppal. 2, fls. 191 y ss.).

1.6. Audiencia de fallo.

El tribunal, por auto 22 proferido en la audiencia llevada a cabo el día 4 de abril de 2006, auto 22, señaló el presente día y hora para la audiencia de fallo que se realiza (cdno. ppal. 2 fl.s 191 y ss.).

1.7. Término para fallar.

De conformidad con el artículo 103 de la Ley 23 de 1991, cuando las partes no señalan el término para la duración del proceso arbitral, este será de seis (6) meses contados a partir de la primera audiencia de trámite, “al cual se adicionarán los días que por causas legales se interrumpa o suspenda el proceso”.

El tribunal se encuentra en término para fallar, conforme a las siguientes circunstancias:

a) El día 8 de noviembre de 2005 se realizó la audiencia en la cual se decretaron las pruebas solicitadas por las partes por lo que el término vencería en principio el 8 de mayo de 2006.

Sin embargo, a solicitud conjunta de ambas partes el proceso se suspendió entre los días 14 de diciembre de 2005 y 12 de enero de 2006, ambas fechas inclusive (auto 17 correspondiente a la audiencia celebrada el 13 de diciembre de 2005), y entre el 5 de abril y el 17 de abril de 2006, ambas fechas (auto 22, correspondiente a la audiencia celebrada el 4 de abril de 2006) para un total de 28 días hábiles.

b) Adicionados los días hábiles de suspensión del proceso, el término vence el 16 de junio de 2006 y, por tanto, el tribunal se encuentra en la oportunidad legal para proferir el fallo.

1.8. Contenido de la demanda, de la demanda de reconvencción y sus contestaciones.

A continuación se presenta una síntesis de los hechos tal y como fueron presentados por Comerintegral en la demanda principal y por Makro en la demanda de reconvencción que han servido como soporte de sus pretensiones:

1.8.1. Hechos presentados por la parte convocante en su escrito de demanda.

1.8.1.1. Mediante escritura pública 3.020 del 25 de julio de 1994, otorgada en la Notaría 35 del Círculo de Bogotá, entre Héctor Ignacio, Hugo Germán, Francisco Javier Herrera Díaz, Constructora Royal y Cía. Ltda., hoy Comercializadora y Constructora Integral Ltda. Comerintegral Ltda. en liquidación y Academia Royal Raquet Tourist Ltda., hoy Instituto de Salud Royal Center S.A., en liquidación obligatoria, en calidad de fideicomitentes, Makro, en calidad de beneficiaria y Fiduciaria Suramericana S.A. Sufiducia hoy Fiducolombia S.A. se celebró contrato de fiducia mercantil irrevocable de garantía.

1.8.1.2. Mediante el citado contrato de fiducia se transfirió a la Fiduciaria Suramericana S.A. Sufiducia hoy

Fiducolombia S.A. el inmueble Royal, ubicado en la Carrera 71 81 — 88 de esta Ciudad de Bogotá con el encargo de venderlo a Makro, otorgaron hipoteca abierta de primer grado y sin límite de cuantía sobre dicho inmueble, con el fin de garantizar cualquier suma que llegaren a deber a Makro , por cualquier concepto y celebraron contrato de comodato.

1.8.1.3. El avalúo comercial que se le dio al inmueble fue de \$ 8'030.755.800.00 M/cte.

1.8.1.4. Si bien el objeto último del contrato era transferir a Makro, el inmueble Royal. Makro, se reservó el derecho de adquirir el inmueble fideicomitado, si se verificaban las condiciones establecidas en la cláusula octava del contrato de fiducia.

1.8.1.5. Mediante escritura pública 4.090 del 22 de diciembre de 1994, otorgada en la Notaría 30 del Circulo de Bogotá, la Sociedad Fiduciaria Suramericana S.A., Sufiducia, procedió a la venta del lote Royal, a Makro en calidad de única beneficiaria del contrato de fiducia mercantil citado.

1.8.1.6. En la citada escritura pública de compraventa, se estableció en la cláusula quinta, que el saldo de la compraventa, esto es la suma de \$1'596.918.600.00 M/cte., sería pagado por Makro, a los fideicomitentes aportantes a la entrega del inmueble a Makro.

1.8.1.7. Makro, depositó la suma de \$1'600.000.000.00 M/cte., mediante el encargo fiduciario 0020 000000196, de fecha 13 de enero de 1995, hecho que fue notificado a los fideicomitentes, por la gerente de la fiduciaria Dra. Laura María Cifuentes Muñoz, mediante comunicación de fecha 16 de enero de 1994.

1.8.1.8. Mediante Resolución 1.690 del 9 de noviembre de 1994, el Departamento Administrativo de Planeación Distrital, reglamentó la incorporación de la denominada Avenida Morisca como vía pública afectando el lote Royal. Tal afectación, a modo de ver de los fideicomitentes, generó la imposibilidad de dar por cumplidas las condiciones estipuladas en la cláusula octava del contrato de fiducia.

1.8.1.9. Llegado el 31 de enero de 1995 fecha pactada para la entrega del inmueble, el Instituto de Salud Royal Center S.A., en liquidación, se negó a realizar la entrega, aduciendo que las condiciones pactadas en la cláusula octava, no se habían verificado.

1.8.1.10. Makro inició, proceso de entrega del tradente al adquirente ante el Juzgado 27 Civil del Circuito de Sf. de Bogotá, en contra de la Sociedad Fiduciaria Suramericana S.A. Sufiducia hoy Fiducolombia S.A., y en contra de los fideicomitentes. En tal proceso la Sociedad Fiduciaria Suramericana S.A. Sufiducia hoy Fiducolombia S.A., llamó a su vez en garantía a los fideicomitentes. El citado proceso terminó el 27 de febrero de 2000, al declararse la prosperidad de la excepción previa propuesta por la parte demandada, relacionada con la existencia de cláusula compromisoria.

1.8.1.11. Mediante resolución 0736 del 18 de mayo de 1999, la Superintendencia Bancaria, ordenó la disolución y liquidación obligatoria de la Sociedad Instituto de Salud Royal Center S.A.

1.8.1.12. El Juzgado 33 Civil del Circuito de Bogotá ordenó la apertura del trámite de la liquidación obligatoria del Instituto de Salud Royal Center S.A. el 25 de mayo de 2000.

1.8.1.13. Mediante documento de fecha 30 de junio de 2000, Héctor Ignacio, Hugo Germán y Francisco Javier Herrera Díaz, procedieron a ceder a Comerintegral en liquidación, los derechos fiduciarios que tenían en el contrato de fiducia mercantil celebrado mediante citada escritura pública 3.020.

1.8.1.14. Tal cesión fue notificada a Fiducolombia S.A. mediante comunicación de fecha julio de 2000, aclarada el día 27 de julio de 2000.

1.8.1.15. El liquidador del Instituto De Salud Royal Center S.A. en liquidación, a raíz de la intervención y toma de posesión y previo concepto del Juez 33 Civil del Circuito de Bogotá, hizo entrega del inmueble a su propietaria Makro, el 18 de octubre de 2001.

1.8.1.16. Previo a la entrega del inmueble, el Juez 33 Civil del Circuito de Bogotá, que conoce de la liquidación,

exigió a la Sociedad Makro que pagara al Instituto De Salud Royal Center S.A. En liquidación, la suma de \$392'841.976.00 M/cte., correspondiente a su porcentaje del saldo del precio, suma que fue depositada por Makro a órdenes del juzgado el mismo 18 de octubre de 2001.

1.8.1.17. Makro quedó adeudando el 75.4% del valor total del saldo calculado sobre \$1'596'918.600.00 M/cte., a los demás fideicomitentes, esto es la suma \$1'204'076.624.00 M/cte., que se repartía entre demás comuneros del inmueble con base en los siguientes porcentajes:

Titular	Porcentaje de participación	Valor
Comerintegral Ltda.	31.5%	\$ 503'029.359.00
Héctor Ignacio Herrera Díaz,	22.8%	364'097.440.80
Hugo Germán Herrera Díaz.	17.3%	276'266.917.80
Francisco Javier Herrera Díaz	3.8%	60'682.906.80
Totales	75.4%	1'204'076.624.00

1.8.1.18. Entregado el inmueble Comerintegral en liquidación, solicitó el pago del saldo adeudado a Fiducolombia S.A., dejando constancia de tal solicitud, mediante comunicación de fecha 30 de octubre de 2001.

1.8.1.19. Por su parte Fiducolombia S.A. mediante comunicación DJ-SG 059650, de fecha octubre 31 de 1995, solicitó a Makro un pronunciamiento sobre la viabilidad de dicha solicitud, sin recibir respuesta alguna.

1.8.1.20. Mediante sendas comunicaciones de fecha 9 de noviembre de 2001 GFG01 060281 y 14 de noviembre del mismo año, GFG 01060494, la fiduciaria volvió a requerir a Makro para que diera contestación a la solicitud de entrega de los recursos.

1.8.1.21. El día 24 de diciembre de 2001 nuevamente Fiducolombia, mediante comunicación GFG-2001 063880 requirió a Makro, para que pusiera a disposición de la fiduciaria, los recursos correspondientes al saldo del precio.

1.8.1.22. Makro, adeuda la suma \$ 1'204'076.624.00 M/cte., correspondiente al saldo de la compraventa del Lote Royal, perfeccionada mediante escritura pública 4.090 con la rentabilidad que dicha suma debió producir en el fondo común ordinario de Fiduciaria Suramericana S.A. Sufiducia hoy Fiducolombia S.A., y los intereses de mora causados desde que debió pagar el saldo, a la entrega del inmueble, el 18 de octubre de 2001.

1.8.1.23. El día 21 de marzo de 2003, la Sociedad Makro, convocó tribunal de arbitramento para dirimir las controversias suscitadas con Fiducolombia S.A., Comerintegral Ltda., Instituto de Salud Royal Center S.A., en liquidación obligatoria, y Héctor Ignacio, Hugo Germán, Francisco Javier Herrera Díaz, tribunal que terminó mediante laudo proferido el día 2 de junio de 2004., cuyo resuelve es transcrito en este hecho.

1.8.1.24. El día 18 de marzo de 2003, la Sociedad Comerintegral, convocó tribunal de arbitramento para dirimir las controversias suscitadas con Fiducolombia S.A., relacionadas con el pago del saldo del precio adeudado por el lote Royal, tribunal que terminó mediante laudo proferido el día 25 de junio de 2004, (se hace una transcripción del la parte resolutoria de dicho laudo).Dicho trámite arbitral fue protocolizado mediante escritura pública 1.768 del 12 de julio de 2004, en la Notaría 15 del Círculo de Bogotá.

1.8.2. Hechos presentados por la parte convocada en su escrito de demanda de reconvención.

1.8.2.1. Las sociedades Constructora Royal & Cía. Ltda., Academia Royal Racquet Tourist Ltda. y los señores Héctor Ignacio, Hugo Germán y Francisco Javier Herrera Díaz, en condición de fideicomitentes, y la sociedad Fiduciaria Suramericana S.A., en condición de fiduciaria, celebraron un Contrato de fiducia mercantil irrevocable de garantía contenido en la escritura 3.020 de 25 de julio de 1994 de la Notaría 35 del Círculo de Bogotá.

1.8.2.2. Se hace referencia a la cláusula quinta, el citado contrato de fiducia mercantil irrevocable de garantía, que

determina el objeto de dicho contrato.

1.8.2.3. Mediante contrato de comodato o préstamo gratuito de uso, la sociedad fiduciaria a los fideicomitentes la tenencia material del inmueble objeto del contrato de fiducia mercantil irrevocable de garantía, tal cual consta en la cláusula séptima del contrato de fiducia mercantil.

1.8.2.4. En el contrato de fiducia se consignó que una vez vencido el termino concedido en el contrato de comodato citado, previsto para el 30 de enero de 1995, y efectuada la escritura de venta del inmueble, los comodatarios efectuarían directamente la entrega del inmueble, según se previó en el parágrafo quinto de la cláusula octava.

1.8.2.5. En el contrato de fiducia en garantía se pactó expresamente que el saldo del precio de compraventa solo sería exigible una vez se efectuara la entrega material del inmueble. Igual previsión se consignó en el contrato de venta contenido en la escritura 4090 de 22 de diciembre de 1994. Este aspecto ya fue materia de decisión judicial en el proceso promovido por Comerintegral v. Fiducolombia en el que mediante laudo de 25 de junio de 2004 se declaró que el saldo del precio solamente era exigible previa entrega material del inmueble.

1.8.2.6. En cumplimiento del objeto de la fiducia mercantil, mediante escritura publica 4.090 de 22 de diciembre de 1994, la sociedad fiduciaria procedió a transferir a nombre de Makro, la titularidad sobre el derecho de dominio o propiedad sobre el inmueble denominado Lote Royal.

En la misma se hizo constar que para entonces Makro ya había pagado la suma de \$6.433'837.280, correspondientes a parte del precio de compraventa del inmueble.

1.8.2.7. No obstante, llegado el día 30 de enero de 1995, los comodatarios fueron renuentes y se negaron a efectuar la entrega o restitución del lote royal. Este incumplimiento de los fideicomitentes de su obligación de restituir ya ha sido judicialmente reconocida a su cargo y con efecto de cosa juzgada en el laudo arbitral de 2 de junio de 2004.

1.8.2.8. En la misma decisión arbitral de 2 de junio de 2004, se condenó solidariamente a los fideicomitentes a pagar a Makro, el valor de las multas incurridas por valor de \$ 2.452'000.000, el valor la obra de traslado y relocalización de la tubería de 24" que atravesaba el predio por valor de \$ 326.463.938, y la suma de \$ 10'331.970, más sus correspondientes intereses de mora. El 11 de junio tuvo lugar, la audiencia de aclaraciones al citado laudo.

1.8.2.9. El día 18 de octubre de 2001 se produjo a instancia de las múltiples actuaciones de Makro y previa autorización judicial, la entrega material del inmueble. Solo en esta fecha se verificó la condición a la que se sujetaba la exigibilidad del saldo del precio de compraventa.

1.8.2.10. Toda suma que Makro adeudara por concepto de saldo del precio, para el día 11 de junio de 2004 se extinguió por haber operado su compensación legal frente al crédito que a favor de Makro y a cargo de los fideicomitentes fue reconocido en el laudo arbitral de junio 2 de 2004.

1.8.3. Pretensiones y excepciones formuladas por las partes.

El ejercicio del derecho de acción y de réplica se ha presentado así en este trámite:

1.8.3.1. Pretensiones de la parte convocante.

Con apoyo en su relato de los hechos y la normatividad invocada en su escrito de demanda, la parte convocante solicita al tribunal que decrete lo siguiente:

I. Principales:

“1. Se declare que Makro de Colombia S.A., adeuda a Comercializadora Y Constructora Integral Ltda. Comerintegral Ltda. En liquidación, la suma de \$1'204'076.624 M/cte., correspondiente al saldo de la compraventa del Lote Royal ubicado en la Carrera 71 81—88 de esta Ciudad de Bogotá, perfeccionada mediante escritura pública 4.090 del 22 de diciembre de 1994, otorgada en la Notaría 30 del Círculo de Bogotá, venta de Fiduciaria Suramericana S.A., Sufiducia, a Makro de Colombia S.A.”.

“2. Se condene a Makro de Colombia S.A., a pagar a Comercializadora Y Constructora Integral Ltda. Comerintegral Ltda. en liquidación, la suma de \$1´204´076.624.00 M/cte., correspondiente al saldo del precio por la venta del inmueble Royal ubicado en la Carrera 71 81-88 de esta ciudad de Bogotá, venta que le fuere hecha por Fiduciaria Suramericana S.A. Sufiducia, hoy Fiducolombia S.A. en desarrollo del encargo de venta conferido mediante escritura pública 3.020 del 25 de julio de 1994, otorgada en la Notaría 35 del Círculo de Bogotá y perfeccionada mediante escritura pública 4.090 del 22 de diciembre de 1994, otorgada en la Notaría 30 del Círculo de Bogotá”.

“3. Se condene a Makro de Colombia S.A., a pagar a Comercializadora y Constructora Integral Ltda. Comerintegral Ltda. en liquidación, la rentabilidad que dicha suma debió producir en el fondo común ordinario de la fiduciaria liquidada sobre la suma de \$1´204´076.624 M/cte., desde el 30 de enero de 1995, fecha en que se debió pagar el saldo a la vendedora Fiduciaria Suramericana S.A. Sufiducia hoy Fiducolombia S.A., para que esta a su vez, lo entregara los fideicomitentes a la entrega del inmueble”.

“4. Se condene a Makro de Colombia S.A., a pagar a Comercializadora y Constructora Integral Ltda. Comerintegral Ltda. en liquidación, los intereses moratorios liquidados sobre la suma que resulte de aplicar la rentabilidad que debió producir el saldo adeudado por valor de \$1´204´076.624 M/cte., en el fondo común ordinario de Fiduciaria Suramericana S.A. Sufiducia hoy Fiducolombia S.A., de conformidad con el numeral anterior. Los intereses de mora se deberán liquidar sobre el capital con la rentabilidad que debió producir en dicho fondo, desde el 18 de octubre de 2001, fecha en que se debió entregar el saldo a Comercializadora y Constructora Integral Ltda. Comerintegral Ltda., y hasta cuando efectivamente se produzca su pago, teniendo en cuenta la fluctuación de la tasa del interés bancario corriente y hasta los límites establecidos en el artículo 882 del Código Civil”.

“5. Se condene a Makro de Colombia S.A., a pagar a Comercializadora y Constructora Integral Ltda. Comerintegral Ltda. en liquidación, los demás perjuicios que por concepto de daño emergente y lucro cesante, se probaren en el curso del proceso”.

“6. Se condene en costas y en agencias en derecho a la parte convocada”.

II. Secundarias

“1. Se declare que Makro de Colombia S.A., adeuda a Comercializadora y Constructora Integral Ltda. Comerintegral Ltda. en liquidación, la suma de \$1´204´076.624 M/cte., correspondiente al saldo de la compraventa del Lote Royal ubicado en la Carrera 71 81-88 de esta ciudad de Bogotá, perfeccionada mediante escritura pública 4.090 del 22 de diciembre de 1994, otorgada en la Notaría 30 del Círculo de Bogotá, venta de Fiduciaria Suramericana S.A., Sufiducia, a Makro de Colombia S.A.”.

“2. Se condene a Makro de Colombia S.A., a pagar a Comercializadora y Constructora Integral Ltda. Comerintegral Ltda. en liquidación, la suma de \$1´204´076.624 M/cte., correspondiente al saldo del precio por la venta del inmueble Royal ubicado en la Carrera 71 81-88 de esta ciudad de Bogotá, venta que le fuera hecha por Fiducolombia S.A. en desarrollo del encargo de venta conferido mediante escritura pública 3.020 del 25 de julio de 1994, otorgada en la Notaría 35 del Círculo de Bogotá y perfeccionada mediante escritura pública 4.090 del 22 de diciembre de 1994, otorgada en la Notaría 30 del Círculo de Bogotá”.

“3. Se condene a Makro de Colombia S.A., a pagar a Comercializadora y Constructora Integral Ltda. Comerintegral Ltda. en liquidación, la suma de \$1´204´076.624 M/cte., expresada en el numeral anterior, con la corrección monetaria causada desde el 31 de enero de 1995, y hasta el 17 de octubre de 2001”.

“4. Se condene a Makro de Colombia S.A., a pagar a Comercializadora y Constructora Integral Ltda. Comerintegral Ltda. en liquidación, los intereses moratorios liquidados sobre la suma que resulte de aplicar la corrección monetaria sobre saldo adeudado por \$1´204´076.624 M/cte., Los intereses de mora se deberán liquidar sobre el capital corregido monetariamente, desde el 18 de octubre de 2001, fecha en que se debió entregar, y, hasta cuando efectivamente se produzca su pago, teniendo en cuenta la fluctuación de la tasa del interés bancario corriente hasta los límites establecidos en el artículo 882 del Código Civil”.

“5. Se condene a Makro de Colombia S.A., a pagar a Comercializadora y Constructora Integral Ltda. Comerintegral Ltda. en liquidación, los demás perjuicios que por concepto de daño emergente y lucro cesante, se probaren en el curso del proceso”.

“6. Se condene en costas y en agencias en derecho a la parte convocada”.

1.8.3.2. Pretensiones de la parte convocada en su escrito de demanda de reconvención.

“Primera. Se declare que la obligación de pagar el 75.4% del saldo del precio de compraventa del inmueble Fideicomitido según escritura pública 3.020 de 25 de julio de 1994 de la Notaría 35 del que fueron titulares la sociedad Comerintegral Ltda., —antes Constructora Royal & Cía. Ltda.—, y los señores Héctor Ignacio Herrera Díaz, Hugo Germán Herrera Díaz y Francisco Javier Herrera Díaz, en proporciones de 31.50%, 22.8%, 17.30% y 3.8% respectivamente, solo se hizo exigible desde el 18 de octubre de 2001”.

“Segunda. Que el citado saldo del precio nunca se encontró en mora de ser pagado por parte de Makro de Colombia S.A.”.

“Tercera. Que desde el 11 de junio de 2004, el débito por la suma de un mil doscientos cuatro millones setenta y seis mil seiscientos veinticinco pesos (\$1.204'076.625), que correspondía al 75.4% del saldo del precio de compraventa del lote Royal acordado en el contrato de fiducia mercantil contenido en la escritura pública 3020 de 25 de julio de 1994 de la Notaría 35 de Bogotá, se encuentra extinguido por haber operado su compensación frente a las obligaciones y condenas judicialmente reconocidas a cargo de los fideicomitentes, Comerintegral Ltda., —antes Constructora Royal & Cía., Ltda. —, y los señores Héctor Ignacio Herrera Díaz, Hugo Germán Herrera Díaz Y Francisco Javier Herrera Díaz establecidos solidariamente a su cargo en el laudo de junio 2 de 2004”.

“Cuarta. Se Condene a las sociedades Comerintegral Ltda., — antes Constructora Royal & Cía. Ltda. —, y los Señores Héctor Ignacio Herrera Díaz, Hugo Germán Herrera Díaz Y Francisco Javier Herrera Díaz a pagar a Makro de Colombia S.A., el saldo de sus obligaciones, dentro de los tres días siguientes al proferimiento del laudo arbitral”.

“Quinta. Se condene solidariamente a las sociedades convocadas a pagar a Makro de Colombia S.A. el valor de las costas y agencias en derecho ocasionadas por el trámite del presente tribunal de arbitramento”.

1.8.4. Contestación y excepciones de las partes.

1.8.4.1. Contestación de la demanda y formulación de excepciones de la parte convocada.

Frente a las pretensiones, la parte convocada se opuso a todas y cada una de ellas. Así mismo, aceptó algunos hechos como ciertos, admitió otros como parcialmente ciertos y rechazó los restantes.

Adicionalmente, formuló las siguientes excepciones, que denominó de mérito:

- Improcedencia de ajustes sobre el saldo del precio con anterioridad a su exigibilidad.
- Contrato no cumplido. –La inexistencia de mora sobre el saldo del precio.
- Extinción de la obligación de pago del saldo del precio. Compensación legal.
- Falta de legitimación en la causa.
- Excepción genérica.

En sus alegatos de conclusión adicionó los siguientes medios de defensa:

- Carencia de efectos frente a Makro de Colombia S.A. de la cesión de derechos fiduciarios celebrada entre los fideicomitentes.

- La cesión de derechos fiduciarios de fecha 30 de junio de 2000 es un negocio absolutamente simulado.
- Cosa juzgada.

1.8.4.2. Contestación de la demanda de reconvención de la parte convocante, Comerintegral.

Frente a las pretensiones, la parte convocada en reconvención se opuso a todas y cada una de ellas.

Así mismo, aceptó algunos hechos como ciertos, admitió otros como parcialmente ciertos y rechazó los restantes.

Adicionalmente, formuló las siguientes excepciones, que denominó de mérito:

- Imposibilidad de compensar las obligaciones de Makro de Colombia S.A. por el pago del saldo con las condenas y obligaciones judicialmente reconocidas a cargo de Comerintegral Ltda. y Héctor Herrera Díaz.
- La solicitud de compensación se debe alegar como excepción y no como acción.
- La compensación solo opera hasta concurrencia de sus valores.
- Inexistencia de la obligación a favor de Makro de Colombia S.A., que le dé derecho a solicitar la declaratoria judicial de la procedencia de la compensación.
- Improcedencia de la declaratoria sobre mora.

1.8.4.3. Contestación de la demanda de reconvención por parte de Héctor Herrera Díaz.

Frente a las pretensiones, la parte convocada en reconvención se opuso a todas y cada una de ellas.

Así mismo, aceptó algunos hechos como ciertos, admitió otros como parcialmente ciertos y rechazó los restantes.

Adicionalmente, formuló las siguientes excepciones, que denominó de mérito:

- Imposibilidad de compensar las obligaciones de Makro de Colombia S.A. por el pago del saldo con las condenas y obligaciones judicialmente reconocidas a cargo de Comerintegral Ltda. y Héctor Herrera Díaz.
- La solicitud de compensación se debe alegar como excepción y no como acción.
- La compensación solo opera hasta concurrencia de sus valores.
- Inexistencia de la obligación a favor de Makro de Colombia S.A., que le dé derecho a solicitar la declaratoria judicial de la procedencia de la compensación.
- Improcedencia de la declaratoria sobre mora.
- La demanda de reconvención constituye un cobro ejecutivo, que no puede tramitarse por el procedimiento arbitral. Falta de competencia del tribunal.
- Exclusión de la cláusula compromisoria para Makro de Colombia S.A. falta de competencia del tribunal.
- Extinción de la cláusula compromisoria para Makro de Colombia S.A.

1.8.4.4. Contestación de la demanda de reconvención de Hugo Germán Herrera Díaz y Francisco Javier Herrera Díaz.

Frente a las pretensiones, las partes convocadas en reconvención se opuso a todas y cada una de ellas.

Así mismo, aceptó algunos hechos como ciertos, admitió otros como parcialmente ciertos y rechazó los restantes.

Adicionalmente, formuló las siguientes excepciones:

- Falta de jurisdicción.
- Falta de competencia del tribunal.
- Cobro doble de la obligación.
- Carencia de obligación.
- Inexistencia del derecho de Makro.
- Cosa juzgada.
- Ausencia de legitimación en causa por Makro.
- Indebida Integración del contradictorio.
- Incumplimiento de contrato.
- Ineptitud de demanda.
- Petición antes de tiempo.
- De oficio.

2. Segunda parte: consideraciones del tribunal

A. La demanda de Comerintegral

La demanda de Comerintegral comprende seis (6) pretensiones principales y, en forma subsidiaria seis (6) que el actor denominó “secundarias”. La primera pretensión de cada uno de estos grupos se ubica dentro de aquellas de carácter declarativo y las cinco (5) subsiguientes consecuenciales (de condena), cuya estructura se resume así:

- En primer lugar se le solicita al tribunal que declare que Makro adeuda a Comerintegral la suma de \$ 1.204.076.624 correspondiente al saldo de la compraventa del lote Royal ubicado en la carrera 71 81-88 de esta ciudad de Bogotá, perfeccionada mediante escritura pública 4090 del 22 de diciembre de 1994 de la Notaría 30 de esta ciudad.
- Consecuencialmente y bajo la condición de haber prosperado la anterior declaración, solicita la demandante en el cuerpo de sus pretensiones principales la condena a cargo de Makro consistente en el pago del saldo adeudado, incrementado en la rentabilidad que esta suma debió producir en el fondo común ordinario de Sufiducia, desde el 30 de enero de 1995, nuevo valor al que pide se le apliquen intereses moratorios desde el 18 de octubre de 2001 hasta cuando se produzca su pago efectivo, y se adicione con la condena en los perjuicios por daño emergente y lucro cesante que se llegaren a probar en el curso del proceso, junto con la imposición al pago de las costas y agencias en derecho a cargo de la convocada.
- Las denominadas pretensiones “secundarias”, tienen su apoyo en la misma declaración básica de la existencia de la deuda a cargo de Makro en cuantía de \$1.204.076.624 correspondiente al saldo de la compraventa arriba reseñada, pero difiere parcialmente de lo pretendido en forma principal en cuanto a las condenas consecuenciales, concretamente al pedir que el saldo adeudado, en lugar de incrementarse con los rendimientos del fondo común ordinario de Sufiducia, se ajuste desde el 31 de enero de 1995 hasta el 18 de octubre de 2001 de acuerdo con el factor de la corrección monetaria por la pérdida del valor adquisitivo de la moneda colombiana.

B. La demanda de reconvención de Makro

Por su parte, la demanda de reconvención formulada por Makro incorpora tres (3) pretensiones de tipo declarativo y, en forma subsiguiente y consecencial dos (2) de condena, bajo la siguiente estructura:

- Se le solicita al tribunal que declare que la obligación de pagar el 75,4% del saldo del precio de la compraventa

del lote Royal solo se hizo exigible desde el 18 de octubre de 2001 y que dicho porcentaje esta en realidad discriminado en un 31,5% a favor de Comerintegral; 22,8% a favor de Héctor Ignacio Herrera Díaz; 17,30% a favor de Hugo Germán Herrera Díaz. Igualmente se pide al tribunal que declare que dicho saldo nunca se encontró en mora de ser pagado por parte de Makro.

- También se pide al tribunal que declare que el saldo a su cargo de \$1.204.076.625 correspondiente al 75,4% arriba indicado, se encuentra extinguido por haber operado su compensación frente a las condenas judicialmente reconocidas solidariamente a cargo de Comerintegral, Héctor Ignacio Herrera Díaz, Hugo Germán Herrera Díaz y Francisco Javier Herrera Díaz establecidas en el laudo del 2 de junio de 2004.

- Como consecuencia de las anteriores declaraciones Makro pide que se condene a Comerintegral y a las citadas personas naturales a pagar el saldo de las obligaciones resultante de la compensación dentro de los tres días siguientes al proferimiento del laudo, incluyendo el valor de las costas y agencias en derecho ocasionadas por el presente trámite arbitral.

Las anteriores pretensiones de las partes, en concordancia con los hechos que las fundamentan, dan como resultado la existencia de los siguientes problemas jurídicos principales que debe resolver el tribunal:

(i) La competencia del tribunal y la vigencia de la cláusula compromisoria.

(ii) La existencia, y fecha de exigibilidad del saldo del precio de la compraventa del lote Royal a cargo de Makro, junto con la procedencia o no de su reajuste dentro del período comprendido entre el 30 de enero de 1995 y el 18 de octubre de 2001.

(iii) La existencia o no de una situación de mora en el pago de dicho saldo, su cuantía y las fechas de su cómputo.

(iv) La titularidad de la acreencia por el saldo del precio y, por ende, la legitimación en la causa para solicitar su reconocimiento y pago.

(v) Los alcances de las previas decisiones arbitrales, y su obligatoriedad a la luz de la institución de la cosa juzgada.

(vi) La factibilidad de declarar o no la extinción de obligaciones como consecuencia de haberse invocado por vía de acción un fenómeno compensatorio.

Para resolver los anteriores problemas jurídicos y proveer sobre las pretensiones de las partes, el tribunal hace las siguientes consideraciones:

2.1. Jurisdicción, competencia y alcance de la cláusula compromisoria.

El apoderado de los señores Francisco Javier y Hugo Germán Herrera Díaz, en la contestación a la demanda de reconvencción plantea como excepción de mérito la de “falta de jurisdicción del tribunal”. Considera el citado apoderado, que Makro ya hizo uso de dicha jurisdicción especial para resolver un incumplimiento y que dicha controversia ya fue desatada a través del laudo de de junio de 2004, lo que implica que Makro no puede cobrar dicho incumplimiento, ya reconocido, a través de la figura de la compensación.

Adicionalmente, alega como excepción la de “falta de competencia del tribunal”, aduciendo las mismas razones expuestas en la excepción anterior, adicionando que la acción que intenta Makro por la vía de la reconvencción “la convierte en una especial atinente a los procesos ejecutivos que escapan desde luego de la esfera de la cláusula compromisoria contenida en la cláusula vigésima primera de la escritura 03020 del 25 de junio de 1994 de la Notaría 35 de Bogotá”.

En sus alegatos de conclusión reitera lo dicho en la contestación de la demanda en el sentido de afirmar que por vía de la reconvencción se está cobrando una deuda que ya fue reconocida y que, en su sentir, la misma debe cobrarse mediante un proceso ejecutivo, lo cual no se contempla en el pacto arbitral.

Por su parte, el apoderado de Héctor Herrera Díaz en la contestación de la demanda de reconvencción propone,

entre otras, tres excepciones de mérito que denomina: (i) “la demanda de reconversión constituye un cobro ejecutivo, que no puede tramitarse por el procedimiento arbitral, falta de competencia del tribunal”, (ii) “exclusión de la cláusula compromisoria para Makro de Colombia S.A., falta de competencia del tribunal” y; (iii) “extinción de la cláusula compromisoria para Makro de Colombia S.A.”.

Dichas excepciones tanto en el escrito de contestación de la demanda de reconversión como en los alegatos de conclusión se fundamentan en lo siguiente:

En cuanto a la primera excepción, la referente a que la demanda de reconversión constituye un cobro ejecutivo, se sostiene que Makro ha solicitado al tribunal que condene a pagar unas sumas sobre las que ya otro tribunal de arbitramento se pronunció, lo que necesariamente lleva a concluir que la pretensión se dirige a solicitar la ejecución de una sentencia, que ha hecho tránsito a cosa juzgada, título sobre el cual no existe controversia. Y que por lo tanto, por tratarse de la ejecución de una sentencia, el tribunal carece de competencia, pues la justicia arbitral no puede conocer de este tipo de proceso, según lo ha dicho la Corte Constitucional en sentencia C-294 de 1995.

Así mismo, en cuanto al segunda excepción, de la exclusión de la cláusula compromisoria para Makro, alega el mismo apoderado que la cláusula compromisoria tiene un alcance restrictivo en cuanto a las partes que pueden presentar solicitud de convocatoria del tribunal, ya que solo puede ser convocado por los fideicomitentes o la fiduciaria quienes sí requieren de un proceso declarativo para acceder a ejecutar el saldo y las indemnizaciones surgidas como consecuencia de la mora en su pago. Que cumplido el objeto del contrato de fiducia, esto es la compraventa del lote, “quienes redactaron el contrato consideraron que no era necesario que un tribunal de arbitramento declarara la “exigibilidad” de la cláusula penal de apremio, por lo que se restringió el alcance de la cláusula en cuanto a las partes que la podrían invocar a la fiduciaria y a los fideicomitentes, excluyendo a Makro de Colombia S.A. en su calidad de beneficiario”. Por lo tanto que el tribunal no es competente para conocer de la demanda de reconversión presentada por Makro.

Por último, en lo que tiene que ver con la llamada extinción de la cláusula compromisoria para Makro señala que esta ya convocó un arbitramento para dirimir las controversias relativas a “interpretación, cumplimiento y terminación de este contrato” el cual profirió el laudo correspondiente al 2 de junio de 2004 y que, por lo tanto, Makro ya agotó íntegramente la posibilidad de convocar nuevamente un tribunal para que se dirima lo que ya se dirimió y que por lo tanto, no le es dable solicitar nuevamente la declaración de pago cuando la cláusula compromisoria referente a la declaración y ejecución de multas fue agotada.

Sobre estas excepciones, el tribunal reiterando lo dicho en el auto 14 del 31 de octubre de 2005, por medio del cual resolvió su propia, se pronuncia sobre el particular así:

En primer lugar, en lo que tiene que ver con la excepción “exclusión de la cláusula compromisoria para Makro de Colombia S.A. falta de competencia del tribunal” considera el tribunal que Makro se encuentra obligada por el pacto arbitral consagrado en el contrato de fiducia, por las siguientes razones: al analizar el contrato de fiducia mercantil contenido en la escritura pública 3020, se encuentra que según la cláusula quinta, el objeto del contrato consistía en que, por una parte, el bien entregado a la fiduciaria garantizara a Makro el pago de las obligaciones contraídas en su favor y por la otra, en que la fiduciaria cumpliera el encargo que le dieron los constituyentes de vender a Makro, de manera irrevocable, el inmueble fideicomitado, previo cumplimiento de las condiciones establecidas en la cláusula octava. De su lado Makro se obligaba a comprar dicho inmueble una vez se cumplieran a cabalidad las condiciones de la cláusula séptima. Por otra parte, en la cláusula sexta se designó como beneficiario a Makro. Adicionalmente en la cláusula octava se establecieron las condiciones que debían garantizar los fideicomitentes para la venta del inmueble a Makro, mientras que en la cláusula décima, relativa a las obligaciones de la fiduciaria, se definió, entre otros, la forma como se pagaría el valor del precio del lote Royal en caso de venta a Makro, definiendo en particular lo relativo al pago de la última cuota de la compraventa.

Resulta de la mayor relevancia anotar que Makro concurrió a firmar la mencionada escritura pública aceptando expresamente todas las condiciones pactadas en la misma, incluida la cláusula compromisoria.

Ahora bien, en el contrato de compraventa celebrado entre la fiduciaria y Makro, en el parágrafo primero de la

cláusula primera, se dice que la fiduciaria efectúa la transferencia del dominio y la posesión sobre el lote descrito, a favor de Makro “en ejecución y cumplimiento de las instrucciones impartidas por los fideicomitentes por medio de la escritura pública 3.020 de 25 de julio de 1994 (...) y en atención a que se han cumplido las condiciones y requisitos a los cuales está sujeto la celebración de la misma, contenidos en la cláusula octava del citado contrato (...) y en cumplimiento de las obligaciones contenidas en los numerales 10.7 y 10.9 de la cláusula décima del citado contrato de fiducia mercantil”. Así mismo en la cláusula quinta relativa el precio, también se hace alusión expresa al mencionado contrato de fiducia, situación que también se presenta en la cláusula sexta, en la que se menciona que la entrega del inmueble se debe realizar de conformidad con lo establecido en el párrafo quinto de la cláusula octava del contrato de fiducia.

Así las cosas, debe concluirse que en razón de lo dispuesto en el contrato de fiducia, el contrato de compraventa se llevó a cabo en cumplimiento del citado contrato de fiducia y, por ello, la cláusula compromisoria pactada en este se extiende a las diferencias que surgen con ocasión del contrato de compraventa. Así lo reconoció el laudo arbitral de 2 de junio de 2004 y la justicia ordinaria en otro asunto, con fuerza de cosa juzgada.

Por último no sobra anotar que la solicitud de convocatoria de este tribunal y la solicitud de designación de árbitros fue presentada por uno de los fideicomitentes en el contrato de fiducia, de conformidad con lo previsto sobre el particular en la cláusula compromisoria antes transcrita. Por lo tanto, no resulta aceptable ni lógico el argumento de la convocante según el cual Makro estaría cobijado por la cláusula compromisoria para ser su contraparte en la demanda que presenta, pero no para actuar como demandante en reconvencción.

Por todo lo anterior esta excepción no prosperará y así se reconocerá en la parte resolutive de este laudo.

En lo atinente a las excepciones denominadas extinción de la cláusula compromisoria para Makro de Colombia S.A., falta de competencia y falta de jurisdicción, para el tribunal es evidente que la cláusula compromisoria pactada en el contrato de fiducia, extensible al contrato de compraventa por las razones ya expuestas, comprende todas las diferencias que se presenten con ocasión de la interpretación, cumplimiento y terminación de dichos contratos y, por ende, se puede acudir a ella cuantas veces se presente un conflicto relacionado con los mismos, sin que por el simple hecho de que con anterioridad se hayan sometido a arbitramento otras diferencias, se extienda extinguida la cláusula compromisoria. Para el caso que nos ocupa, todas las pretensiones sometidas a la decisión del tribunal se encuentran comprendidas dentro del mencionado pacto arbitral, pues todas ellas tienen que ver con el contrato de fiducia y de compraventa. Cosa distinta es si los asuntos que se someten a la decisión de este tribunal son objeto de cosa juzgada o no, tema que se trata en detalle más adelante en este laudo.

Por último, en lo que tiene que ver con la excepción relativa a que las pretensiones de la demanda de reconvencción son propias de un proceso ejecutivo, el tribunal, sin entrar a analizar si la justicia arbitral puede o no conocer de procesos de ejecución, reitera que todas las pretensiones de la demanda de reconvencción se encuentran comprendidas dentro de la cláusula compromisoria y son de aquella naturaleza que la doctrina ha reconocido como pretensiones declarativas constitutivas, según se expone con detalle más adelante. En efecto, se está solicitando que el tribunal declare que la obligación del saldo del precio del lote solo se hizo exigible desde el 18 de octubre de 2001, que el citado precio nunca se encontró en mora y que desde el 11 de junio de 2004, dicho saldo se encuentra extinguido por haber operado la compensación frente a las obligaciones y condenas reconocidas en el laudo de junio 2 de 2004, lo que implica definir la cuantía del saldo que a su favor Makro reclama y la fecha de su exigibilidad.

Por todo lo anterior estas excepciones no prosperarán y así se declarará en la parte resolutive de este laudo.

2.2. La cosa juzgada y las decisiones adoptadas en otros tribunales de arbitramento.

A lo largo del proceso y como hecho materia de prueba, las partes invocaron diferentes aspectos relacionados con decisiones que fueron previamente adoptadas en otros trámites arbitrales, que indudablemente pero en grado diferente guardan relación con los hechos que aquí se debaten.

Al expediente fueron allegados tres laudos con constancia de su ejecutoria, proferidos así: (i) el laudo fechado el 29 de enero de 2003 dentro del proceso arbitral promovido por Comercializadora y Constructora Integral Ltda.

Comerintegral Ltda. contra Fiducolombia S.A.; (ii) El laudo proferido el 2 de junio de 2004 siendo parte convocante Makro de Colombia S.A. y parte convocada, además de Fiducolombia S.A., Comerintegral Ltda., Instituto de Salud Royal Center S.A. (en liquidación obligatoria), y Héctor Ignacio, Hugo Germán y Francisco Javier Herrera Díaz; y, por último, (iii) El laudo de fecha 25 de junio de 2004 dentro del trámite promovido por Comercializadora y Constructora Integral Ltda. Comerintegral Ltda. contra Fiducolombia S.A.

Resulta de enorme importancia para la definición que hoy nos ocupa, disponer sobre los alcances y la obligatoriedad o incidencia que las citadas providencias tienen dentro del presente proceso arbitral. Para ello es necesario recordar en primer lugar que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil, se habla de sentencias con fuerza de cosa juzgada siempre que el proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa y cuando entre ambos procesos exista identidad jurídica de partes (énfasis añadido).

Por vía de doctrina se ha reconocido que la cosa juzgada es, en general, el efecto que produce una decisión procesal al ser indiscutible e inatacable después de emitida. Como bien lo enseña Guasp⁽¹⁾, la indiscutibilidad o inatacabilidad de una providencia puede predicarse de dos órdenes distintos de acaecimientos: el primero directo e inmediato cuando se recurre la decisión, y el segundo mediato e indirecto, cuando se abre un nuevo proceso en el que surge la posibilidad de definir de modo distinto, incluso opuesto, al hasta entonces pronunciado. Al primero de estos ataques se enfrenta la idea de la que denomina este catedrático español cosa juzgada formal, y al segundo, a lo que refiere como cosa juzgada material. De aquí se desprende entonces que, dentro del marco de esta terminología, la cosa juzgada material es precisamente la inatacabilidad indirecta o mediata de un resultado procesal, es decir el cierre de toda posibilidad de emitir por la vía de apertura de un nuevo proceso ninguna decisión que se oponga o contradiga a la que goza de esta clase de autoridad.

No obstante lo anterior y puesto que los jueces no pueden proveer por vía general y deben limitarse a decidir el caso concreto, resulta evidente que la fuerza de los efectos de inmutabilidad de la cosa juzgada está sujeta a dos límites: el objetivo por razón del objeto o cosa sobre el que versó el litigio (*eadem res*) y por razón de la causa o título de donde se quiso deducir la pretensión (*eadem causa petendi*); y el subjetivo en razón de las personas que han sido partes en ese proceso (*eadem conditio personarum*). Tales límites son, precisamente, los que enuncia y dispone la citada norma del artículo 332 del Código de Procedimiento Civil.

La Corte Constitucional ha resumido en forma adecuada los citados límites a la institución de la cosa juzgada cuando dispuso:

“(…) El fenómeno de la cosa juzgada ocurre cuando entre dos procesos judiciales se presenta una serie de identidades procesales que determinan que en el segundo juicio al juez le resulte vedado pronunciarse sobre aquellas cuestiones sobre las que concurren las anotadas identidades. En Colombia, los criterios que permiten determinar si, en cierto caso, existe cosa juzgada se encuentran establecidos en los distintos Códigos de Procedimiento. Sin embargo, los principios ‘tutelares’ —como los ha denominado el Consejo de Estado— de esta institución jurídica, son los establecidos en el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil, los cuales son aplicables a otros procedimientos y, en especial, al contencioso administrativo. La norma señalada indica que existe cosa juzgada entre dos procesos judiciales y esta puede ser declarada en el juicio posterior cuando: (1) ambos procesos versan sobre el mismo objeto; (2) ambos juicios se fundan en la misma causa; y (3) existe identidad jurídica de partes entre ambos procesos. La jurisprudencia colombiana ha estimado que, mientras que los dos primeros elementos constituyen el límite objetivo de la cosa juzgada y responden, respectivamente, a las preguntas acerca de sobre qué se litiga y por qué se litiga, el último elemento constituye el límite subjetivo de la cosa juzgada.

Conforme a la jurisprudencia y a la doctrina nacional, el objeto de un proceso se encuentra definido tanto por las declaraciones que, en concreto, se solicitan de la administración de justicia (*petitum*), como por el pronunciamiento específico del órgano judicial en la parte resolutive de la respectiva sentencia con respecto al *petitum*. En relación con la causa petendi o causa de pedir, las mismas fuentes señalan que esta hace referencia a las razones que sustentan las peticiones del demandante ante el juez. Es así como la *causa petendi* contiene, por una parte, un componente fáctico constituido por una serie de hechos concretos y, de otro lado, un componente jurídico constituido no solo por las normas jurídicas a las cuales se deben adecuar los hechos planteados sino,

también, por el específico proceso argumentativo que sustenta la anotada adecuación. En suma, es posible afirmar que la *causa petendi* es aquel grupo de hechos jurídicamente calificados de los cuales se busca extraer una concreta consecuencia jurídica”⁽²⁾.

Traído todo lo anterior al caso en estudio, no es difícil verificar que, independientemente de cualquier cercanía fáctica, al no ser parte Fiducolumbia S.A. en el presente proceso arbitral, resulta improcedente invocar aquí por vía de excepción lo decidido en los laudos del 29 de enero de 2003 y 25 de junio de 2004. Puntualmente esto significa que las decisiones adoptadas en estas providencias, independientemente de que su cumplimiento pueda ser exigido entre los sujetos que allí fueron reconocidas como partes, no constituyen límite ni talanquera alguna para las decisiones del presente tribunal en el cual —en estricto sentido—, se ventilan relaciones diferentes entre sujetos distintos. Desde luego, esto no necesariamente implica que este tribunal encuentre discrepancia frontal con lo ya decidido, o que no sea válido encontrar en tales laudos algún punto de apoyo doctrinario que eventualmente sirva de fundamento para las resoluciones que aquí se adoptan.

En sentido contrario, la ausencia del requisito de identidad de partes que se echa de menos en los dos citados laudos, se cumple a cabalidad en lo que hace referencia con el laudo proferido el 2 de junio de 2004, y concretamente en cuanto se adoptan resoluciones vinculantes entre Comerintegral, los hermanos Herrera Díaz y Makro, como quiera que se trata de sujetos reconocidos como partes en este proceso.

En este orden de ideas y por fuerza de los efectos de la cosa juzgada, el tribunal está impedido a hacer modificación o pronunciamiento alguno sobre las condenas que le fueron impuestas solidariamente a favor de Makro y a cargo de Comerintegral y de los Herrera Díaz. Lo anterior implica que ningún pronunciamiento resulta viable respecto del incumplimiento y mora en la obligación de efectuar la entrega material del inmueble fideicomitido que dicho tribunal encontró demostrada y que dio lugar a la imposición de la condena solidaria por valor de \$2.452000.000 a cargo de Comerintegral, Instituto de Salud Royal Center S.A. en liquidación (antes Academia Royal Racquet Tourist Ltda.) y de Héctor Ignacio, Hugo Germán y Francisco Javier Herrera Díaz.

Así mismo se encuentra impedido este tribunal para hacer pronunciamiento alguno respecto de la condena o de las causas que a ella dieron lugar, para que el citado laudo del 2 de junio de 2004 hubiera declarado el incumplimiento a cargo de las mismas personas por causa del traslado de la tubería de 24” en el lote Royal e impuesto una condena solidaria en cuantía de \$326.463.938 con intereses moratorios entre las fechas en que se efectuaron los desembolsos pertinentes y hasta la fecha en que se efectúe su pago efectivo. Igual reflexión cabe respecto de la declaración de incumplimiento y condena a pagar el 50% del valor de los gastos notariales de la escritura de compraventa 4090 del 22 de diciembre de 1994 de la Notaría 30 de Bogotá, estimada en la suma de \$10.331.970 más intereses moratorios liquidados desde el día siguiente, o sea desde el 23 de diciembre de 1994, hasta la fecha en que se efectúe el pago.

Una trascendente precisión sí corresponde hacer a este tribunal en materia de la cuantía o de los intereses impuestos en la citada condena. Por una parte debe indicarse que no le es dable a este tribunal referirse al documento arrimado con el alegato de conclusión por parte del apoderado de Comerintegral, según el cual la obligación de cancelar el 50% de los gastos notariales ya habría sido oportunamente cumplida por la fiduciaria, lo que implicaría la improcedencia de la condena impuesta por este concepto. La imposibilidad de hacer pronunciamiento sobre este hecho alegado en forma tardía, tiene como fundamento no solo el vencimiento del período probatorio y la ausencia de contradicción del documento, sino principalmente la inmutabilidad del laudo proferido en la fecha indicada del 2 de junio de 2004, el cual solo podría ser enmendado en cualquier eventual error a través de las causales taxativas del recurso extraordinario de revisión, en el sentido que lo indica el numeral 1° del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, que hace referencia precisamente a las circunstancias sobre aparición de nuevos documentos con posterioridad a la ejecutoria de las sentencias.

También amparado en el mismo hecho de la inmutabilidad del laudo del 2 de junio, este tribunal se encuentra impedido por causa de los efectos de cosa juzgada a reconocer interés moratorio respecto de la condena a favor de Makro en cuantía de \$2.452000.000 a que se refiere el numeral segundo de su parte resolutive. Lo anterior resulta evidente si se tiene en cuenta que, de una parte el citado tribunal denegó expresamente el reconocimiento de los intereses solicitados por este concepto por parte de Makro y, de otra, porque de acuerdo con la norma expresa del

artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, la actualización de las condenas impuestas en el lapso comprendido entre la fecha de la sentencia definitiva y el día del pago, “se hará en el proceso ejecutivo que se adelante para su cobro”. Obviamente, el presente proceso arbitral no es ni puede ser entendido como un proceso ejecutivo, ni por ende los suscritos árbitros tenemos competencia para ser tenidos como funcionarios judiciales de ejecución. También debe observarse que las condenas por multas en sentencias judiciales no son susceptibles de generar intereses moratorios, encontrando este principio general una excepción no aplicable al caso controvertido, pero que el tribunal acotará para mayor claridad conceptual en la denegación del punto, cual es el supuesto de las sentencias dictadas contra la Nación o demás sujetos de derecho público, según los establece el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo⁽³⁾.

Lo anterior significa en síntesis que, para los efectos que más adelante se indican, la condena proferida por el laudo del 2 de junio de 2004 será tenida en cuenta por este tribunal en los valores y cantidades determinados en forma expresa y concreta, sin ninguna adición ni ningún recorte.

Otro aspecto de singular importancia en el tema de cosa juzgada al que venimos haciendo alusión, tiene que ver con lo declarado en el laudo del 2 junio de 2004 respecto de la improcedencia de reconocer la eventual compensación entre las sumas adeudadas por Makro como parte del precio de la compraventa del lote Royal y las multas a su favor pactadas en el contrato de fiducia mercantil respecto del incumplimiento en la fecha de entrega establecida. Tal pronunciamiento, no ata ni vincula de manera forzosa al presente tribunal como quiera que entre esa declaración y la que ahora se invoca, no existe identidad en la *causa petendi*, exigencia necesaria para que, según lo expuesto, pueda reconocerse la fuerza y los efectos de la cosa juzgada. En efecto, lo que hoy se pretende no es una compensación entre unas multas estipuladas contractualmente y un saldo de un precio, sino entre este último y una suma líquida concretada en una condena judicial. Sobre el punto resulta útil traer las palabras de COVIELLO, cuando señalaba que “Para que exista la identidad de la cuestión y, por ende, la excepción de cosa juzgada, no basta que el objeto de la nueva demanda sea idéntico al anterior, sino que es preciso, además, que se pida el mismo objeto por la misma causa”⁽⁴⁾ (énfasis añadido).

Como conclusión de este capítulo, dirá el tribunal que los planteamientos aquí esbozados fijan la pauta y los límites precisos para el radio de acción de su decisión en lo que respecta al tema de la cosa juzgada invocada por Makro en su alegato de conclusión.

3.3. El contrato de fiducia, la compraventa y el saldo del precio.

Mediante escritura pública 3020 del 25 de julio de 1994 de la Notaría 35 del Círculo de Bogotá, en la que intervinieron la Fiduciaria Suramericana Sufiducia S.A., como cesionaria del patrimonio autónomo constituido mediante fiducia mercantil en garantía tal como consta en la escritura pública 815 de 25 de marzo de 1994 de la Notaría 25 de Bogotá; Constructora Royal Ltda., Academia Royal Raquet Touris Ltda., y los hermanos Héctor Ignacio, Hugo Germán y Francisco Javier Herrera Díaz, como fideicomitentes y Makro como beneficiaria, se acordó ampliar el número de fideicomitentes y modificar en todas sus partes el mencionado contrato de fiducia mercantil, con el objeto de que el bien raíz denominado lote Royal, recibido por la fiduciaria de los fideicomitentes, garantizara el pago oportuno de las obligaciones contraídas por estos con Makro de Colombia S.A.

Se encargó además a la fiduciaria, cumplidas determinadas condiciones, vender el inmueble fideicomitado a la misma sociedad acreedora, en cuyo caso con el producto de la venta se cancelarían las obligaciones a su favor. En ejecución del mencionado encargo, la fiduciaria vendió a Makro de Colombia S.A. el lote Royal, mediante escritura pública 4090 de 22 de diciembre de 1994 de la Notaría 30 del Círculo de Bogotá.

Con la venta se terminó la fiducia en garantía, dado que era uno de los mecanismos previstos para el pago de las sumas adeudadas a Makro de Colombia S.A., sociedad beneficiaria de la garantía, pero no se terminaron las obligaciones de las partes que, solo concluían con el cumplimiento de lo pactado en el contrato de compraventa, a lo que debe estarse el tribunal para analizar las pretensiones de las partes.

Establece la cláusula quinta de la escritura de compraventa: precio y forma de pago. “El precio del derecho de dominio del lote Royal, inmueble que por el presente instrumento se enajena en venta, es la suma de ocho mil

treinta millones setecientos cincuenta y cinco mil ochocientos pesos moneda legal colombiana (\$8.030.755.800), cantidad que es pagada por la compradora, de la siguiente manera: la suma de seis mil cuatrocientos treinta y tres millones ochocientos treinta y siete mil doscientos pesos moneda legal colombiana (\$6.433.837.200) que los fideicomitentes del contrato de fiducia mercantil mencionado han recibido de manos de la compradora, sociedad Makro de Colombia S.A., a su entera satisfacción para la fecha de la firma de la presente escritura, y que han imputado a buena cuenta del precio de compra del inmueble; y el saldo, es decir, la suma de mil quinientos noventa y seis millones novecientos diez y ocho mil seiscientos pesos moneda legal colombiana (\$1.596.918.600), que será pagado por la compradora contra la entrega material del inmueble objeto de la presente venta a manos de la compradora, y que fiduciaria Suramericana S.A. “Sufiducia” entregará a los mencionados fideicomitentes en los siguientes porcentajes. Constructora Royal y Cía. Ltda. 31.50%; Academia Royal Racquet Tourist Ltda.: 24.6%; Héctor Ignacio Herrera Díaz: 22.8%; Hugo Germán Herrera Díaz: 17.30%; Francisco Javier Herrera Díaz: 3.8%. La compradora y la vendedora acuerdan que es expresa condición de exigibilidad del saldo que se acaba de determinar, la previa entrega de la tenencia material del inmueble objeto del presente contrato a la compradora no obstante lo estipulado en la presente cláusula la vendedora renuncia expresamente a la condición resolutoria por falta del pago del precio, contenida en los artículos 1.930 y 1.546 del Código Civil y, por lo tanto, la presente venta se celebra de manera firme e irresoluble” (énfasis añadido).

No corresponde a este tribunal conceptuar si la cláusula transcrita se aparta o no de las instrucciones dadas por los fideicomitentes a la fiduciaria, tema que ya fue objeto de decisión arbitral, sino determinar de acuerdo con ella, si falta por cancelar parte del precio de la compraventa como lo afirma el demandante y, de ser así, desde cuando se adeuda y en que condiciones debe ser cancelado.

Al respecto, se consagró en el contrato que el saldo del precio “será pagado por la compradora contra la entrega material del inmueble”, la que estaba prevista para el 30 de enero de 1995, (cláusula sexta de la escritura 4090 de 22 de diciembre de 1994) y que solo vino a producirse el 18 de octubre de 2001, cuando dentro del proceso liquidatorio de uno de los fideicomitentes, la Sociedad Instituto de Salud Royal Center S.A. en liquidación, fue autorizada por el juez 33 Civil del Circuito de Bogotá, previo el pago de \$392.841.976, que era el porcentaje del saldo del precio que correspondía a la liquidada.

A los demás fideicomitentes, no se les ha pagado el saldo adeudado, tal como lo reconoce el apoderado de la sociedad Makro con las consecuencias de la confesión (CPC, art. 197), cuando expresa en la primera pretensión de su demanda de reconvención: “Se declare que la obligación de pagar el 75.4% del saldo del precio de compraventa del inmueble fideicomitado según escritura pública 3.029 de 25 de julio de 1994 de la Notaría 35 del que fueron titulares la sociedad Comerintegral Ltda., —antes Constructora Royal & Cía. Ltda.— y los señores Héctor Ignacio Herrera Díaz, Hugo Germán Herrera Díaz y Francisco Javier Herrera Díaz, en proporciones del 31.50%, 22.8%, 17.30% y 3.8%, respectivamente, solo se hizo exigible desde el 18 de octubre de 2001” (página 2 de la demanda de reconvención) (negrilla fuera del texto) y lo ratifica en el alegato de conclusión, en los siguientes términos: (página 3 del alegato de conclusión) “luego de obtenida judicialmente la entrega del inmueble por parte de Makro de Colombia, todos los fideicomitentes solicitaron de la fiduciaria pronunciamiento en relación con el saldo del precio por valor de \$1.204.076.624, frente a lo cual Makro manifestó su improcedencia alegando que en su favor existían multas y obligaciones pendientes a cargo de los fideicomitentes por valores superiores al saldo del precio, diferencias que derivaron en un proceso arbitral promovido por Makro de Colombia S.A. en el que demandó y obtuvo condena solidaria a cargo de todos los fideicomitentes por concepto de la multa causada por el retardo en el entrega, el traslado de la tubería de 24”, el 50% de los derechos notariales de la escritura pública 4.090 de 22 de diciembre de 1994, en los términos que constan en el laudo arbitral de 2 de junio de 2004”.

Habrà de progresar entonces la primera petición de Comerintegral que solicita al tribunal declarar que Makro adeuda la suma de \$ 1.204.076.624 por concepto de la compraventa del lote Royal ubicado en la carrera 71 81-88 de esta ciudad de Bogotá, perfeccionada mediante escritura pública 4090 del 22 de diciembre de 1994 de la Notaría 30 de esta ciudad.

Procede el tribunal a examinar ahora la viabilidad o no de las pretensiones de la convocante en el sentido de que no solo se le pague el saldo del precio faltante sino que también se condene a Makro a pagar a Comerintegral los rendimientos financieros que tal suma de dinero habrían generado en el fondo común ordinario de la fiduciaria

desde la fecha en que debían ser entregados hasta la fecha en que efectivamente se efectúe el pago.

En lo referente a la pretensión de que se condene a Makro a pagar a Comerintegral los rendimientos financieros que ese saldo impagado del precio habría producido en el fondo común ordinario de la fiduciaria el tribunal considera necesario hacer las siguientes consideraciones:

1. El contrato de compraventa celebrado entre Makro y Comerintegral no establece de ninguna manera la obligación de Makro de pagar el saldo del precio a la fiduciaria y poner ese saldo del precio a rendir en un fondo común ordinario, por lo cual tal obligación no era exigible a Makro.
2. Por no haber entregado Comerintegral la tenencia material del inmueble, Makro no se encontraba en mora del pago del saldo del precio (excepción de contrato no cumplido), lo cual implica que no debe responder por ningún detrimento patrimonial causado a la contraparte como fruto de su incumplimiento, tal como sería los rendimientos financieros que Comerintegral pretende se le reconozcan. Se presenta tal liberación del pago de los perjuicios causados a Comerintegral por la simple razón de que para que se genere la obligación de la responsabilidad contractual es necesario que el deudor esté en mora y Makro no lo estuvo sino hasta la fecha en que gozó de la tenencia material.
3. Comerintegral se encontraba en mora de entregar el lote Royal a Makro, razón por la cual Makro no podía lucrarse de dicho bien mientras tal entrega no se produjera, por lo que no puede entenderse como Comerintegral pretende derivar un lucro de su incumplimiento que no solo perjudicó a su contraparte comercial sino que lo enriquecería inicuaente.

Por las anteriores consideraciones el tribunal estima que no es procedente la pretensión de Comerintegral para que se declare que Makro le debe una suma de dinero equivalente a los rendimientos financieros que el saldo del precio impagado habría producido en el fondo común ordinario de la fiduciaria.

También ha solicitado Comerintegral a este tribunal que en subsidio de la pretensión de condena al pago de los rendimientos financieros que el saldo del precio habría producido en el fondo común ordinario de la fiduciaria se declare que Makro debe a Comerintegral el pago del saldo del precio actualizado según la corrección monetaria hasta la fecha en que efectivamente se entregó el inmueble objeto de la compraventa.

En lo referente a la corrección monetaria suplicada el tribunal considera apropiado hacer las siguientes consideraciones:

1. La actualización por corrección monetaria del saldo impagado del precio no está atada a que se haya producido o no un daño al acreedor del mismo, puesto que como lo ha reconocido nuestra jurisprudencia, no debe verse la corrección monetaria ya como un resarcimiento del daño sino como una aplicación de la equidad.
2. La actualización por corrección monetaria es un criterio activo para aplicar los conceptos de integridad e identidad que el pago debe tener con la respectiva obligación.

Así mismo, es claro que de no aplicarse la actualización por corrección monetaria se generaría un detrimento patrimonial a Comerintegral, ya que los detrimentos patrimoniales consisten o bien en la merma económica que resta un activo a un patrimonio o bien en el no incremento del patrimonio con activos que esperaba lo enriquecieran, siendo esta última hipótesis la que al *sub lite* atañe.

Por lo mismo la no aplicación de la corrección monetaria generaría un perjuicio a Comerintegral.

Vistas las anteriores consideraciones el tribunal no accederá a las súplicas de Comerintegral por las siguientes razones:

1. La desactualización del saldo impagado del precio representa un perjuicio para Comerintegral.
2. El hecho de que Comerintegral no cumpliera su obligación de entregar el lote Royal que había vendido fue a su turno el hecho generador de que Makro no pagara el saldo del precio debido y además de que no incurriera en mora por tal pago, por lo cual en conclusión la pérdida de valor del saldo del precio debido es imputable al mismo

Comerintegral.

3. Para la actualización monetaria también debe observar el tribunal lo preceptuado por nuestra Corte Suprema de Justicia en sentencia de casación civil del 29 de mayo de 1991, en la que señaló: con todo, no se impondrá a los demandados condena a pagar corrección monetaria como lo solicita el actor, puesto que siendo este partícipe del negocio simulado, no puede sacar ventaja de su propia actitud que halla incontrovertible censura en el principio “*nemo auditour turpitudinem propians alegans*”.

4. En aplicación del citado principio general de derecho “*nemo auditour turpitudinem propians alegans*” (nadie puede alegar en su favor su propia torpeza) no puede el tribunal tomar la propia torpeza de Comerintegral (torpeza consistente en el no cumplimiento oportuno de su obligación de entregar) a favor del mismo Comerintegral, ya que la declaración de actualización monetaria del precio debido enriquecería a la parte causante de su propio daño.

Por lo anterior se reitera que el tribunal no accederá a la pretensión subsidiaria de actualización por corrección monetaria del saldo impagado del precio.

Las anteriores consideraciones sirvan para que el tribunal declare, como en efecto lo consignará en la parte resolutive de este laudo, la prosperidad de la primera pretensión de la demanda principal en el sentido de ser procedente la declaración sobre el monto adeudado por Makro por causa del saldo insoluto del precio de la compraventa del lote Royal y la improsperidad de las pretensiones segunda y tercera de la demanda principal, tanto las consignadas bajo el rótulo de “principales” como aquellas agrupadas bajo la denominación de “secundarias”.

3.4. La mora y la excepción de contrato no cumplido.

En la demanda de reconvención, Makro acepta con la equivalencia legal de confesión que le asigna el artículo 197 del Código de Procedimiento Civil, que el saldo del precio de la compraventa del lote Royal se hizo exigible a su cargo desde el día 18 de octubre de 2001, fecha en la cual recibió materialmente el citado inmueble.

No obstante lo anterior, en esa misma demanda de reconvención y también al momento de proponer excepciones contra la demanda principal, expone Makro que dicho saldo no estaría ni ha estado nunca en mora, como quiera que para el momento de la entrega del inmueble, los fideicomitentes estaban en mora por causa del no pago de las multas pactadas. Según Makro esto configuraría los supuestos de hecho para la prosperidad de la excepción de contrato no cumplido que, con apoyo en la normativa del artículo 1609 del Código Civil, invoca en su favor.

Este planteamiento lo complementa la misma parte en su alegato de conclusión indicando que también es procedente la aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus*, aún frente al posible alcance del requerimiento judicial que podría otorgarse a la presente demanda arbitral. Esto por cuanto para la fecha de su presentación, los fideicomitentes “se encuentran en mora de cancelar varias y cuantiosas obligaciones de manera solidaria y a favor de Makro, incumplimiento grave que impide a todas luces considerar a Makro como incurso en mora”.

Para dilucidar la materia propuesta, estima oportuno el tribunal referirse de nuevo a lo expuesto en capítulo anterior donde claramente se indicó la imposibilidad de que el precio fuera materia de reajuste alguno por los rendimientos del Fondo Común de Sufiducia o por corrección monetaria entre la fecha del 30 de enero de 1995 y el 18 de octubre de 2001. Como se expuso, la base de esa conclusión tomó su apoyo principal la estipulación del contrato de compraventa respecto al momento en que debería cancelarse el precio se ató en cuanto al factor tiempo a la contraprestación simultánea a su entrega, de suerte que no quedó establecido ningún tipo de rendimiento a favor del vendedor que fuera aplicable o debiera reconocerse desde el 30 de enero de 1995, ni tampoco por razones de equidad puede ser aplicable una corrección monetaria, cuando la exposición a tal depreciación fue causada por la culpa o torpeza del acreedor al no cumplir con el plazo de entrega estipulado.

Sin embargo, en este capítulo del laudo, se analiza un aspecto fáctico distinto. Corresponde ahora referirnos a las consecuencias legales que se derivaron del hecho demostrado de la entrega real y material del inmueble llevada a cabo, como se sabe, el día 18 de octubre de 2001. Lo anterior teniendo en cuenta que Comerintegral como parte convocante pretende —en obvio sentido opuesto a Makro—, que exista una condena a cargo de esta última a pagar el precio con intereses moratorios desde la citada fecha de entrega hasta cuando se produzca su pago efectivo.

La mora encuentra su consagración normativa en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 1608 del Código Civil aplicable por remisión directa a las materias comerciales⁽⁵⁾. Este artículo está en estrecha relación con el artículo 1609 del mismo cuerpo normativo⁽⁶⁾, constituyéndose así en las normas aplicables a este aspecto del litigio.

En el cuerpo de la escritura de compraventa del lote Royal, y concretamente en su cláusula quinta sobre “precio y forma de pago”⁽⁷⁾, las partes establecieron que el pago del saldo del precio “será pagado por la compradora contra la entrega material del inmueble”. A su vez en la cláusula sexta de la misma escritura las partes convinieron en que dicha entrega debería producirse, conforme se había establecido de manera previa en el contrato de fiducia mercantil contenido en la escritura pública 3020 del 25 de julio de 1994, el día 30 de enero de 1995, sujetando la entrega de la suma adeudada a que le fuera entregada “la tenencia (sic) material del inmueble a la compradora”.

La lectura armónica del anterior clausulado, impone que tanto el pago del precio como la entrega material del inmueble debían llevarse a cabo el día 30 de enero de 1995, plazo establecido en forma expresa en el contrato y que revela la común intención de las partes, (C.C., art. 1618) en el obvio sentido de que sus obligaciones bilaterales fueran cumplidas en forma simultánea y conmutativa. También esta es la interpretación que mejor cuadra con la naturaleza del contrato de compraventa, según lo ordena el artículo 1621 del Código Civil, máxime si se tiene en cuenta lo dispuesto en el artículo 1929 del Código Civil respecto a que el precio “deberá pagarse en el lugar y el tiempo estipulado, o en el lugar y el tiempo de la entrega, no habiendo estipulación en contrario...”. Igual conclusión surge de aplicar en forma correcta la máxima interpretativa del artículo 1622 del Código Civil, según la cual “las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga”. Y, finalmente, el mismo resultado hermenéutico se obtiene con la regla consagrada en el artículo 1620 del Código Civil que señala la obligación del intérprete de entender las cláusulas contractuales en el sentido en que produzcan un efecto jurídico; en nuestro caso de no entenderse que la cláusula que fijó un día para la entrega del inmueble y el pago del precio estipulaba un plazo, se dejaría esta disposición sin efectos y carente de todo sentido.

De la anterior reflexión surge entonces que tanto el pago del precio como la entrega del inmueble quedaron sometidos a un plazo —no a una condición— o, en últimas, a una condición determinada⁽⁸⁾ es decir sometida a su cumplimiento dentro de un lapso de tiempo especificado (por oposición a la indeterminada que puede ocurrir en cualquier momento⁽⁹⁾ *sub examine* se presenta la situación que la doctrina ha llamado como “mora automática” en virtud del principio) a la cual, obviamente, le son aplicables en materia de mora las reglas de las obligaciones sujetas a plazo. Esto implica que en el caso *sub examine* se presenta la situación que la doctrina ha llamado como “mora automática” en virtud del principio *dies interpellat pro homine* pues, en las circunstancias ya expuestas, las partes se obligaron a pagar y a entregar en un plazo determinado.

En vista del señalamiento de un término para el cumplimiento de la obligación de pagar el precio y de la expiración de ese término sin que haya habido cumplimiento de la misma obligación, debe colegir el tribunal que, bajo este lente, Makro habría incurrido en la llamada mora automática a partir del día siguiente a aquel en que se presentó el vencimiento del término, es decir, Makro habría incurrido por este primer criterio en mora desde el 31 de enero de 1995 por el no pago del precio, sin necesidad de requerimiento judicial alguno. No obstante, no siempre puede entenderse el vencimiento del plazo como el momento a partir del cual el deudor incumplido queda constituido en mora, pues de presentarse la *exceptio non adimpleti contractus* la mora del deudor, como lo indica el artículo 1609 del Código Civil, solo operaría una vez el acreedor haya cumplido su correlativa obligación. Siendo coherente con la consideración de que la obligación de pago del saldo del precio estaba sometida a un plazo y no a una condición, este tribunal considera oportuno aclararle a los extremos litigiosos que el hecho de su incumplimiento recíproco era la causal para la improcedencia de la mora, pero no puede confundirse tal, con la pretendida inexigibilidad de las obligaciones, pues, por estar la obligación sometida a plazo era exigible tan pronto expiró el mismo, lo que, se reitera, no debe confundirse con la no constitución en mora por la aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus*.

A su turno para que prospere la excepción de contrato no cumplido deben reunirse las siguientes condiciones: 1. Debe tratarse de un contrato bilateral, como efectivamente el contrato de compraventa lo fue; 2. Las obligaciones de ambas partes deben cumplirse simultáneamente, como efectivamente ocurre atendiendo a la existencia de la

cláusula de pago contra entrega y; 3. Debe presentarse un incumplimiento de las obligaciones por ambas partes contratantes, lo que en el presente caso también ocurrió, pues, ninguno de los extremos contratantes cumplió con su obligación para la fecha acordada. Vistos estos requisitos, el tribunal encuentra próspera la defensa planteada, lo que implica que efectivamente Makro no incurrió en mora alguna en el período comprendido entre el plazo señalado para el pago (30 de enero de 1995) y el día en que se produjo de manera efectiva la entrega real y material del inmueble (18 de octubre de 2001).

Lo afirmado hasta aquí permite extraer unas iniciales premisas que sirven para dilucidar la solución definitiva que adoptará el tribunal:

- i) Para que un contratante incurra en mora debe haber requerimiento judicial, salvo que su obligación esté sometida al cumplimiento dentro de un término, caso en el cual opera la llamada mora automática.
- ii) El requerimiento judicial o el vencimiento del plazo no generan necesariamente la mora, pues adicionalmente es necesario que no opere la excepción de contrato no cumplido. En otras palabras, los requisitos para la constitución en mora son el vencimiento del término y la no ocurrencia de la excepción de contrato no cumplido.
- iii) En la ejecución del contrato de compraventa del lote Royal se presentó el vencimiento del término previsto para la ejecución de la obligación de pagar el precio y también la excepción de contrato no cumplido debido al incumplimiento por parte de los fideicomitentes obligados a la entrega del inmueble a Makro.

Estas premisas básicas imponen la conclusión de que una vez se cumplió la entrega —independientemente de que fuera como resultado de una orden judicial impartida al margen del voluntario cumplimiento de la obligación por parte de los fideicomitentes—, desapareció la excepción de contrato no cumplido y debido a que ya se había vencido el plazo señalado para el cumplimiento de la obligación se generó desde esa misma fecha la mora deudora⁽¹⁰⁾. En el punto, no puede perderse de vista que siguiendo a Ennécódigo Civilerius “la exceptio non adimpleti contractus otorga un verdadero derecho de retención a favor de uno de los contratantes hasta que el otro ejecute o se allane a ejecutar su prestación”⁽¹¹⁾ (énfasis añadido).

Por razón de lo anterior, la conclusión definitiva de todo lo expuesto hasta aquí se resume indicando que no existía necesidad de requerimiento judicial para constituir en mora a Makro por el incumplimiento del pago del precio, pero Makro solo incurrió en mora una vez la obligación a cargo de su contraparte comercial se satisfizo. En este sentido, el tribunal declarará en la parte resolutive de la presente providencia que Makro se encuentra en mora de pagar el saldo del precio adeudado desde el día 18 de octubre de 2001.

Se adelanta igualmente el tribunal a señalar lo que será materia de un análisis más detenido cuando se analice el tema de la compensación. Ha argumentado Makro que aún no se encuentra en mora de pagar el precio ni siquiera con el requerimiento judicial, que la demanda en el presente proceso implica, debido a que no puede pretenderse que un contratante se halle en mora si su contraparte aún no ha cumplido sus obligaciones correlativas. Con ello invoca Makro de nuevo la excepción de contrato no cumplido frente a Comerintegral, a quien pretende ver como su extremo comercial incumplido por el hecho de no haberle pagado las multas acordadas en el contrato para supuestos de incumplimiento, y a las cuales fue condenado en actuación arbitral anterior al presente laudo.

En lo que respecta a este argumento, considera el tribunal que no se configura la excepción de contrato no cumplido que ahora pretende Makro debido a que no se reúnen los requisitos sustanciales exigidos para la misma y, en particular, el de la reciprocidad de las obligaciones insatisfechas. En efecto, es de todos sabido que la excepción de contrato no cumplido se encuentra consagrada en la ley debido a que existe como presunción que la intención de obligarse de un contratante se deriva, en los contratos bilaterales, de la obligación que correlativamente adquiere con él su contraparte, por lo que pierde todo interés en el negocio jurídico quien no ve satisfecho el cumplimiento de estas correlativas obligaciones a su favor. De la misma manera, es claro que uno de los requisitos de la excepción de contrato no cumplido consiste en que solo procede respecto de las obligaciones recíprocas de las partes que son causa de la intención contractual de la contraparte, es decir, solo procede respecto de las obligaciones que adquiere un extremo comercial y que, a su turno, mueven al otro extremo a querer contratar con él. La compraventa es uno de los casos donde mejor se evidencia la presencia de este requisito en la excepción de contrato no cumplido, ya que esta procede solo cuando se ha incumplido una obligación que movió a los

extremos negociales a celebrar el contrato, cuales son: la entrega del bien y el pago del precio. Por eso, debe comprenderse que la excepción de contrato no cumplido se limita solo a estas hipótesis y que el incumplimiento de obligaciones que no sean causa de la contratación no da lugar a que se configure la citada excepción. Más aún, si las obligaciones incumplidas son sobrevinientes al contrato mismo, como lo es el pago de las multas alegado por Makro, es claro que tales obligaciones sobrevinientes no solo no fueron causa de la contratación, pues evidentemente Makro no contrató para que le pagaran las multas sino para que le transmitieran el dominio y le hicieran entrega real, sino que son posteriores y accesorias a las obligaciones principales. La interpretación en contrario llevaría al absurdo de sancionar al contratante incumplido con la imposición de las multas pactadas en el contrato (sanción que por lo mismo requiere declaración judicial), así como forzarlo a que ejecute su prestación y privarlo, además, de la exigibilidad de los derechos que le correspondían hasta que pague las multas derivadas de su incumplimiento.

Por las razones expuestas es claro que no procede la excepción de contrato no cumplido alegada por Makro respecto del no pago de las multas pactadas en el contrato y exigibles a Comerintegral.

Por consistir en un hecho distinto, mención aparte merece la excepción de contrato no cumplido no ya proveniente del no pago de las multas pactadas en el contrato sino del no pago de las multas a que fue condenado Comerintegral por el laudo arbitral del 2 de junio de 2004, ya que si bien ambas se originan en el contrato, revisten su causa en diferentes hechos. Al respecto, el tribunal considera que no es de recibo el argumento de Makro según el cual hay excepción de contrato no cumplido por el no pago de las multas a que condenó el laudo arbitral, debido a que la condena en el laudo no fue objeto del contrato de compraventa y, de hecho, de ningún tipo de contrato, para lo cual es pertinente de nuevo recordar que la excepción de contrato no cumplido solo procede en los contratos bilaterales en lo referente a las obligaciones recíprocas pactadas en ellos.

Lo dicho en este capítulo es suficiente para denegar la segunda pretensión de la demanda de reconvención y para acceder a la pretensión cuarta de la demanda principal, en cuanto se refiere exclusivamente a la causación efectiva de intereses de mora a cargo de Makro y a favor de Comerintegral en relación con el saldo del precio adeudado por aquella —sin ningún tipo de reajuste— desde el día 18 de octubre de 2001.

Finalmente debe indicar el tribunal que, no obstante la petición expresa de la convocante Comerintegral en el sentido de que los intereses moratorios a su favor desde el 18 de octubre de 2001 fueran adicionados con la condena a cargo de Makro por los perjuicios sufridos bajo la modalidad del daño emergente y el lucro cesante, tal petición y los hechos que la configuran se encuentra huérfana de prueba y, por tanto, tal adición será denegada por el tribunal en la parte resolutive del laudo.

2.5. La cesión de los derechos fiduciarios.

Una vez evacuado el tema de la mora y la prosperidad parcial de la excepción de contrato no cumplido procede el tribunal a establecer la condición o no de acreedores de los hermanos Herrera Diaz frente a Makro, para lo cual es necesario precisar los siguientes supuestos:

1. Si en realidad se celebró un contrato de cesión de crédito entre los hermanos Herrera Diaz, como cedentes, y Comerintegral, en calidad de cesionario, tal como lo alega Comerintegral en el presente proceso.
2. Si Comerintegral es actualmente el titular de los derechos crediticios.
3. Si una vez comprobados los puntos 1 y 2 puede establecerse que la mencionada cesión y posterior tradición del derecho crediticio es o no oponible a Makro como acreedor.

No sobra advertir que en el caso *sub lite* se está en presencia de una cesión de derechos crediticios⁽¹²⁾ y no de una cesión de posición contractual, por cuanto en el expediente obra prueba de contrato de cesión de derechos fiduciarios y no de ningún negocio jurídico distinto. Esto implica que el marco jurídico aplicable será el de los artículos 1959 y siguientes del Código Civil y no la denominada cesión de contrato, que como herencia de la moderna legislación italiana consagra nuestro Código de Comercio en los artículos 1887 y siguientes.

En relación con el primer supuesto alega Comerintegral que los hermanos Herrera Diaz celebraron con él un

contrato de cesión de créditos.

En relación con el segundo supuesto afirma el mismo Comerintegral que los hermanos Herrera Diaz le transfirieron el dominio de los mismos derechos crediticios por medio de entrega de documento escrito⁽¹³⁾, con lo cual operó la tradición de los derechos crediticios en la forma exigida por la ley civil⁽¹⁴⁾.

Al ser positivo el examen de existencia de los dos anteriores supuestos, debe analizarse la oponibilidad o no de tal cesión crediticia, a lo cual replica Makro que tal cesión de derechos crediticios no le es oponible, pues no le fue notificada como debía serlo por ser el deudor de las obligaciones correlativas de tales créditos.

En este punto considera el tribunal que no le asiste la razón a Makro, pues varias razones dan a entender a este tribunal que Makro sí conocía de la existencia de tal cesión de derechos crediticios, al respecto observa el tribunal:

La figura de la notificación de la cesión de derechos crediticios ha sido consagrada por la ley con el fin de que el acreedor de un crédito pueda hacer oponible al deudor su acreencia. La finalidad de la ley a que el deudor quede protegido en su calidad de tal, pues debe tener conciencia plena de quien es el acreedor que puede exigirle el pago de sus obligaciones. Siendo tal la interpretación teleológica la ley ha dispuesto que el deudor debe ser notificado pero no ha dispuesto una forma sacramental y rigurosa para tal notificación, por lo que debe entenderse que esta puede proceder en cualquiera de las formas en que puede proceder ordinariamente la notificación. Así las cosas, entiende este tribunal que tal notificación de cesión crediticia puede presentarse incluso mediante conducta concluyente del deudor, pues, se reitera lo que pretende la ley no es en manera alguna sacralizar la notificación de cesión uniéndola a una forma impertérrita, sino tan solo que el deudor se vea protegido en sus derechos como deudor, esto es, que en pos de la buena fe contractual no se genere un perjuicio al deudor que quiere cumplir con su obligación y que por no conocer la identidad de su acreedor lo puede llevar a realizar un mal pago. De allí que en suma el fin de la ley quede satisfecho con el solo hecho de que el deudor conozca la existencia de la cesión.

Así mismo, esa finalidad de protección de la parte deudora de la obligación se concreta específicamente en evitarle al deudor desconocer de su contraparte en la obligación que realice el pago a quien no debía realizarlo, por lo cual en el caso *sub examine* se ve como la misma finalidad proteccionista de la ley aún se mantiene ya que el deudor no ha producido pago alguno que lo lleve a sufrir un perjuicio patrimonial.

Por otra parte en los supuestos fácticos que a este tribunal interesan se observa lo siguiente:

En proceso arbitral que terminó con laudo de fecha de 29 de enero de 2003 el tribunal de arbitramento se pronunció sobre la validez de la respectiva cesión de derechos fiduciarios. En tribunal de arbitramento, que terminó con laudo de fecha 2 de junio de 2004 el propio Makro, conjuntamente con Comerintegral, solicitó que se trajera todo el expediente del laudo anterior, por lo cual puede entenderse que conocía de la citada cesión y que por ende ya había sido notificado así fuera por conducta concluyente (antecedentes del laudo 6.7). Makro manifiesta conocer del laudo de 25 de junio de 2004 y lo cita profusamente en el presente proceso y el tribunal observa que en tal proceso arbitral se trató el tema de la cesión de derechos crediticios de los Herrera Díaz a Comerintegral y se aportó la prueba escrita de tal cesión.

Vistas las consideraciones anteriores y en aplicación del artículo 197 del Código de Procedimiento Civil y tomando la conducta procesal de las partes como indicio debe entender este tribunal que Makro sí conocía la existencia de la cesión de tales derechos de crédito y sus manifestaciones procesales dan lugar a deducir una notificación por conducta concluyente o lo que es lo mismo porque se desprende de sus actuaciones inequívocas que tenía conocimiento de la existencia de la cesión crediticia efectuada. Mas aún, los citados antecedentes permiten afirmar que en la práctica también Makro conoció el título con la firma de los cedentes que en condiciones diferentes y conforme a lo que establece el artículo 1961 del Código Civil le debió ser exhibido.

De igual manera ha manifestado Makro en el presente proceso que nunca ha conocido la mencionada cesión de derechos crediticios por lo cual la misma no le sería oponible. Con todo, considera el tribunal que el solo hecho de referirse a la aludida cesión es prueba fehaciente de que se conocía su existencia por lo cual, en subsidio de la conclusión del punto anterior debe entenderse notificada la cesión con la convocatoria del presente tribunal de arbitramento o en su defecto con la contestación de la demanda en los términos que señala el artículo 1962 del

Código Civil al haberse promovido litiscontestación con el cesionario⁽¹⁵⁾.

Visto lo anterior llega el tribunal de arbitramento a las siguientes conclusiones aplicables al caso:

Makro conocía de la existencia de la cesión de derechos crediticios ya sea por acto anterior a este tribunal de arbitramento o por la convocatoria del mismo, pero en últimas conocía de la existencia de la cesión por lo que debe entenderse notificado de la misma.

El entender notificado a Makro por sus manifestaciones inequívocas en lo referente al conocimiento de la existencia de cesión de derechos crediticios, no afecta en nada el derecho que tiene el mismo Makro de hacer reservas frente a la cesión del crédito, lo cual efectivamente hizo y le permitiría proponer a Comerintegral las excepciones personales que tendría contra los hermanos Herrera Díaz en calidad de cedentes.

De igual manera debe señalarse que Makro, por haber hecho reserva de tal cesión al ser notificada en el presente proceso, opuso a Comerintegral como cesionario la misma excepción personal que hubiera propuesto contra los Herrera Díaz como cedentes, cual es la compensación de las obligaciones. Bajo ese razonamiento considera este tribunal que resulta inocua la reserva efectuada, debido a que la citada excepción también es oponible a Comerintegral, pues no solo proviene de las mismas causas de que provendría la excepción de compensación oponible a los Herrera Díaz, esto es, del mismo laudo arbitral que condenó a Makro y los Herrera Díaz a pagar solidariamente la condena, sino porque la obligación a cargo de los Herrera Díaz no es ninguna distinta a la debida por Comerintegral, como quiera que se trata de condena solidaria lo que implica que tal obligación sea en realidad una sola exigible a cualquiera de los condenados.

Finalmente carece de trascendencia la fijación de la fecha en que se entendió notificado Makro de la cesión crediticia, ya que lo único que reviste importancia para este proceso es que para la fecha de la declaración judicial de la compensación (promulgación del presente laudo) se haya tenido a Makro y a Comerintegral como recíprocamente deudores, como efectivamente así se entienden por haberse presentado ya la notificación de la cesión de derechos fiduciarios.

Quiere acotar el tribunal que lo que aquí sostiene en relación con la posibilidad de que la cesión de derechos crediticios pueda operar por conducta concluyente del cedido ha sido criterio común y orientador de nuestra más acertada doctrina. Al efecto, Fernando Hinestrosa indica que: “Además ha de tenerse presente que el deudor bien puede resultar conocedor de la cesión, y en esa razón vinculado a ella, en la medida que pueda probarse aquella noticia. En razón de lo cual se acude a la figura de la conducta concluyente: se entenderá probada la notificación del deudor con cualquier comportamiento o actitud suya que necesariamente presuponga que tuvo información de la cesión... surtida la notificación por conducta concluyente no es admisible la alegación de que no se practicó directamente” (énfasis añadido)⁽¹⁶⁾.

Una última palabra debe decirse sobre la cesión de los derechos fiduciarios y es lo relativo a la simulación que propone el apoderado de Makro en su alegato de conclusión. Sobre este particular, verifica el tribunal que no obra en el proceso una prueba que lleve a la convicción de tal simulación, como quiera que los fundamentos fácticos que expone la parte que la alega no pasan de tener la entidad de simples indicios no necesarios, y como tales mas cercanos a las conjeturas que a la fuerza de una evidencia probatoria.

2.6. La legitimación en la causa.

Definido el tema de la cesión de los derechos fiduciarios y sus implicaciones prácticas, es necesario ahora hacer referencia al tema de la legitimación en la causa que como medio exceptivo ha propuesto Makro, bajo el argumento de que es la fiduciaria quien en su calidad de vendedora en el contrato de compraventa contenido en la escritura pública 4090 del 22 de diciembre de 1994 de la notaría 30 quien tiene la legitimidad para exigir el saldo del precio.

Independientemente de que Makro al proponer esta excepción manifestó de manera expresa que se trataba de un medio defensivo con contenido subsidiario, pues debería ser estudiado en el laudo solo en “en el evento de que ese H. tribunal deseche la prosperidad de las excepciones mérito antes señaladas”, se estima oportuno hacer mención específica a esta temática.

Encuentra el tribunal que en realidad le asiste razón al apoderado de la convocante cuando menciona que la fiduciaria en el contrato de compraventa contenido en la escritura de venta 4090 del 22 de diciembre de la notaría 30 actuó como vendedora no precisamente en su propio nombre sino por cuenta y en beneficio de los fideicomitentes. En apoyo de su afirmación menciona este apoderado, que en el testimonio rendido por el doctor Santacruz Londoño, representante legal de la fiduciaria ante el tribunal de arbitramento de Comerintegral contra Fiducolombia, el testigo aceptó expresamente que la escritura 3020 del 25 de julio de 1994 de la notaría 35 de Bogotá contiene “primero la fiducia mercantil de garantía, irrevocable de garantía y dos un mandato de venta” (énfasis añadido). Igual lectura se hace del texto del documento contractual cuando en su cláusula quinta relativa al “objeto del contrato”, se establece una nítida diferenciación entre la fiducia “para garantizar a Makro el pago oportuno de las obligaciones contraídas con este” y el encargo de los constituyentes “de vender de manera irrevocable a Makro de Colombia S.A.” el inmueble fideicomitado”. En la misma dirección el laudo que puso fin a un previo trámite arbitral observó certeramente que: “Y no se diga que el contrato de compraventa había de celebrarse entre la fiduciaria y el beneficiario y que, por tanto, era ajena a las incidencias que pudieran presentarse entre este último y los fideicomitentes toda vez que la fiduciaria actuó como vendedora, no precisamente en su propio nombre, sino por cuenta y en beneficio de los fideicomitentes” (énfasis añadido).

De acuerdo con esta valoración probatoria y con la lectura armónica de la citada escritura 3020 del 25 de julio de 1994, y con base en la interpretación auténtica que de ella hicieron las partes en ese contrato, encuentra el tribunal que en realidad la naturaleza de la estipulación contractual que habilitó a la fiduciaria a realizar la venta del bien fideicomitado a favor de Makro conserva la naturaleza del encargo fiduciario, lo que implica que además de sus disposiciones contractuales le sean aplicables en forma subsidiaria los preceptos relativos al mandato comercial, según lo dispone en forma expresa el artículo 146.1 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Desde luego, al existir en el encargo fiduciario una remisión subsidiaria a las normas del mandato comercial, surge con claridad que en el caso presente la fiduciaria actuó por cuenta y en representación de sus mandantes que no son nadie distinto a los fideicomitentes. Así mismo, resulta evidente resaltar que es de la esencia del mandato con representación que los efectos y consecuencias de las gestiones materia de este contrato generan obligaciones y derechos —según el caso—, a cargo o a favor de los mandantes directamente, lo que precisamente diferencia la figura del mandato sin representación del mandato con representación, y lo que necesariamente conduce a que todo mandante pueda reclamar en juicio por los derechos o créditos causados en su favor como consecuencia de los actos de gestión del mandatario, ya que se reitera son créditos surgidos directamente en su patrimonio, con la exigibilidad judicial del derecho, que tal conclusión implica (énfasis añadido).

Además de lo anterior, debe entenderse que Comerintegral sí está legitimado para cobrar el precio en lo que a ella le corresponda, pues tal actuación que en un principio se encargó al mandatario fiduciario puede ser adelantada por el mandante directamente en caso de que este decida dar por terminado el encargo, lo que ocurrió en este caso con la presentación de la demanda, ya que el hecho de exigir Comerintegral directamente el pago del saldo del precio, sin intervención de la fiduciaria constituye una revocatoria tácita del encargo hecho a esta última, consistente en cobrar y transferir las sumas faltantes para el pago total del precio, razón por la cual al revocar el citado encargo es al mandante mismo (Comerintegral) a quien correspondía el ejercicio de sus derechos.

Las anteriores consideraciones son suficientes para despachar de manera desfavorable la excepción de falta de legitimación en la causa propuesta por la convocada.

2.7. La compensación y el saldo actual de las obligaciones.

Procede a continuación el tribunal a ocuparse de la temática de la compensación que como modo extintivo de las obligaciones ha propuesto Makro, tanto por vía de compensación al dar contestación a la demanda principal que le instauró Comerintegral, como en su demanda de mutua petición en la cual incluyó como demandados, además de a Comerintegral, a los hermanos Héctor Ignacio, Hugo Germán y Francisco Javier Herrera Díaz.

Antes de proceder al examen concreto de las circunstancias fácticas que fueron probadas dentro del proceso, considera importante el tribunal reiterar algunos aspectos de orden procesal que en torno al planteamiento de la compensación fueron materia de oportuno debate en el trámite arbitral.

La problemática a que nos referimos, surge de la manifestación hecha por Comerintegral y por los demás demandados en reconvencción frente a la compensación propuesta por vía de acción en el sentido de que no puede alegarse la misma como una pretensión válida en un proceso declarativo, sino que simplemente hay lugar a esta forma de extinción de las obligaciones cuando la parte demandada en la litis procesal formula la excepción perentoria correspondiente.

Al respecto estima el tribunal que es adecuado hacer las siguientes aclaraciones, que, en todo caso, resultan ser complementarias a lo que previamente ya había dicho al momento de decidir sobre los recursos de reposición interpuestos contra el auto de admisión de la demanda de reconvencción:

La compensación como forma de extinción total o parcial de las obligaciones encuentra su consagración normativa en nuestro Código Civil⁽¹⁷⁾ y en nuestro Código de Procedimiento Civil⁽¹⁸⁾, aplicables en lo pertinente ambos estatutos a los asuntos mercantiles.

De la lectura de las normas jurídicas que interesan al caso, se deduce fácilmente que en ninguna de ellas se restringe la aplicación de la figura a aquellos casos en que ha sido exclusivamente el demandado quien ha propuesto la excepción. En este sentido, encuentra el tribunal que la imperatividad de que la compensación sea alegada por el demandado cuando pretende que se configure como excepción de fondo, no es óbice para que también sea formulada por el demandante por vía de pretensión. En el punto, vale la pena destacar el aporte doctrinario de Fernando Hinestrosa, quien acertadamente compara la figura de la compensación con la de la prescripción, para llegar a la conclusión de que si bien ambas requieren ser alegadas por las partes y no pueden ser declaradas de oficio como excepciones perentorias, lo cierto es que nada impide que se presenten como pretensiones en la demanda, independientemente de que lo usual sea su formulación a través de la vía de la excepción. Dice textualmente este autor: “La compensación legal, esto es, aquella que no practican y celebran las partes, sino que propone u opone una de ellas a la otra, demanda, dentro del sistema nacional, un pronunciamiento judicial, en virtud de la interposición de una excepción por el demandado, o, eventualmente —como también ocurre en el caso de la prescripción— de la formulación de una demanda: el juez en fuerza de la solicitud de una de las partes y dado el desacuerdo o simplemente, el no acuerdo de ellas, verifica la presencia de los varios requisitos de ley y, en consecuencia declara la extinción de las deudas recíprocas en la medida que corresponda”⁽¹⁹⁾ (énfasis añadido).

Lo anterior permite reiterar la posición del tribunal en el sentido de declarar que es viable la declaratoria de la compensación, aunque esta haya sido solicitada como pretensión, siempre y cuando se presenten los supuestos exigidos por la ley para la configuración de la misma, al paso que reitera la necesidad de que toda compensación legal opera por “*ministerium iudicis*”, es decir requiere alegación y decisión judicial.

Visto lo anterior, procede a continuación el tribunal a analizar si conforme a las pruebas aportadas al proceso es procedente la declaratoria de extinción de obligaciones recíprocas por causa de compensación sin importar que la misma haya sido solicitado por acción y no por excepción, según las consideraciones expuestas.

La figura de la compensación, consagrada en nuestra legislación civil, tendrá lugar únicamente si se cumplen los requisitos establecidos para tal efecto en los artículos 1715 y 1716 del Código Civil, los cuales, como se verá, efectivamente están satisfechos en el presente caso, a saber:

1. Existencia de obligaciones entre partes que sean recíprocamente acreedoras y deudoras⁽²⁰⁾.

Este supuesto fáctico de la ley lo encuentra demostrado el tribunal si se tiene en cuenta que Makro debe a Comerintegral el saldo del precio y la mora que dicho saldo conlleva. Así mismo se encuentra demostrado que Comerintegral debe a Makro unas obligaciones reconocidas en laudo arbitral previo al presente proceso. Esto permite afirmar que se encuentra satisfecho este primer requisito en lo que a Makro y Comerintegral respecta.

2. Que ambas deudas sean de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad.

Este requisito está clara y efectivamente cumplido porque tanto las condenas proferidas en el laudo del 2 de junio de 2004, como los intereses a que haya lugar, así como el saldo del precio y su respectiva mora son, por supuesto, deudas de dinero.

3. Que ambas deudas sean líquidas.

Debe entenderse por deuda líquida, aquella de la cual se conoce con toda exactitud su existencia y su monto, o cuando este es determinable por una simple operación aritmética, tal como ocurre en el caso sub examine, lo que implica que este requisito también está satisfecho.

4. Que ambas deudas sean exigibles.

Lo que también sucede en el presente proceso, pues, tanto las obligaciones a cargo de Makro como de Comerintegral son actualmente exigibles por no estar sometidas ni a plazo ni a condición.

El repaso puntual de los anteriores presupuestos establecidos como condición en la ley, conduce indiscutiblemente a que el tribunal llegue a la conclusión de que en este proceso se han demostrado y acreditado los requisitos para declarar la existencia de la compensación.

Establecido lo anterior, corresponde al tribunal entrar a definir cual ha de ser la forma en que opere la compensación, señalando ahora cuáles son las obligaciones que han de ser extinguidas por virtud de ella, ya sea total o parcialmente. Para tal efecto, volvamos a las circunstancias fácticas acreditadas en el expediente:

Al respecto en el presente proceso se han dado los siguientes supuestos para que opere la compensación:

A. Existencia de la obligación a cargo de Makro de pagar a Comerintegral el saldo total del precio, que esta puede reclamar por virtud del contrato de compraventa aún no cumplido en su totalidad por una cuantía de \$1.204.076.624,40 que corresponde al 75,4% de dicho saldo y que comprende la totalidad de los derechos que le fueron cedidos por los hermanos Herrera Díaz, según lo previamente analizado.

B. Existencia de la obligación a cargo de Makro de pagar a Comerintegral los intereses causados por concepto de mora en el pago del saldo del precio, entre el día 18 de octubre de 2001 y el 11 de junio de 2004 fecha de ejecutoria del laudo anterior, que Comerintegral puede reclamar por virtud de sus derechos en el contrato original por una cuantía de \$970.847.642,02.

C. Existencia de la obligación solidaria a cargo de Comerintegral de pagar a Makro la suma de \$10.331.970—, a que fue condenada en tribunal de arbitramento anterior por concepto del 50% gastos notariales, junto con sus intereses moratorios liquidados en la forma establecida por el laudo del 2 de junio de 2004 hasta el día 11 de junio de 2004, fecha en que esa providencia cobro fuerza ejecutoria. Dichos intereses ascienden en la fecha indicada a la suma de \$44.537.959,39.

D. Existencia de la obligación solidaria a cargo de Comerintegral de pagar a Makro la suma de \$326.463.938 a que fue condenada en tribunal de arbitramento anterior por concepto de gastos en que incurrió Makro para el traslado de la tubería de 24'', junto con sus intereses moratorios liquidados en la forma establecida por el laudo de 2 de junio de 2004, hasta el día 11 de junio de 2004, fecha en que esa providencia cobró ejecutoria. Dichos intereses ascienden en la fecha indicada a la suma de \$226.268.729,43.

E. Existencia de la obligación solidaria a cargo de Comerintegral de pagar a Makro la suma de \$2.452000.000 a que fue condenada en tribunal de arbitramento anterior por concepto de las multas pactadas en el contrato de compraventa incumplido. Obsérvese que por las razones expuestas el tribunal no declarará la existencia de la obligación de pagar intereses de mora sobre las citadas multas.

En síntesis, los resultados netos de la compensación enunciada serían los siguientes:

Sumas Líquidas a Favor de Makro	\$3.059.602.596,82
Sumas Líquidas a Favor de Comerintegral	\$2.174.924.266,42
Diferencia a favor de Makro	\$884.678.330,40

En relación con la anterior cifra de \$884.678.330,40, debe el tribunal precisar que este saldo a cargo solidario de Comerintegral y de los hermanos Herrera Díaz, corresponde en forma específica a un saldo de la condena por concepto de las multas por mora en la entrega material del lote Royal, que le fueron impuestas en el numeral segundo del laudo proferido el 2 de junio de 2004, es decir que deben entenderse compensadas, y por ende extinguidas, las sumas de dinero que corresponden a intereses y capital a cargo de Comerintegral por concepto de traslado de la tubería de 24” y del 50% de los gastos notariales. Lo anterior conforme al mandato legal del artículo 1722 del Código Civil que remite, cuando existen varias obligaciones compensables, a las reglas sobre la imputación del pago⁽²¹⁾, lo que encuentra asimismo respaldo en el artículo 1654 del Código Civil y en la doctrina nacional⁽²²⁾ y extranjera⁽²³⁾, que en forma sostenida señalan como criterio de la imputación lo que resulte mas beneficiosa para el deudor. En el caso presente y por aplicación de lo anterior, se tuvo en cuenta que las condenas por traslado de tubería y gastos notariales producen intereses, lo que implica que son más gravosas para el deudor, por lo que se asume que serían las que este escogería para su compensación⁽²⁴⁾.

Debe también indicar el tribunal que esta compensación se realiza con fecha de 11 de junio de 2004, día en que surgieron obligaciones a cargo de ambas partes por la declaratoria que de las mismas se hizo en el laudo arbitral, pues, recuérdese es ese momento en el que opera por el ministerio de la ley la compensación, a la cual solo le faltaba su alegación en juicio.

Corresponde ahora analizar el tema de la compensación desde el ángulo de la demanda de reconvencción para señalar que, en el mejor de los casos, solo podría hablarse de la prosperidad parcial de esta demanda de mutua petición por los motivos y razones que a continuación se exponen:

1. Porque en relación con la demanda dirigida contra los tres hermanos Herrera Díaz y merced a la existencia de la cesión de sus derechos de crédito en el saldo del precio de la compraventa que ha sido reconocida por este tribunal, no podría reclamarse su prosperidad porque no se cumple el requisito para la declaración de la compensación que establece el artículo 1716 del Código Civil en el sentido de que es preciso que las dos partes “sean recíprocamente deudoras”. En el presente caso nada le adeuda Makro a los hermanos Herrera Díaz, luego nada puede ser susceptible de compensación.

2. Porque en relación con la demanda dirigida contra Comerintegral debe indicarse que su alcance compensatorio resulta idéntico a la excepción de compensación propuesta por Makro al responder la demanda principal, cuya prosperidad ha sido reconocida ya por el tribunal en las cuantías y cifras arriba establecidas. Así las cosas y por elemental aplicación lógica, la excepción de compensación de Makro contra las pretensiones de la demanda principal promovida por Comerintegral tiene un idéntico significado a la pretensión de compensación de la demanda de reconvencción. Esto equivale a señalar, sin que ello implique ninguna duplicidad, que por los mismos motivos que se declaró el éxito de la defensa de Makro contra las pretensiones de la demanda principal de Comerintegral existiría prosperidad en las pretensiones de la demanda de reconvencción de Makro contra Comerintegral.

En lo referente a la pretensión planteada en la demanda de reconvencción para que se condene al pago de las sumas que resulten del proceso dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria del laudo no accederá el tribunal porque no es de su competencia actuar como juez de ejecución, como ya quedó dicho, y porque su tarea se circunscribe a la declaratoria de la compensación en el caso *sub judice*, lo que constituye una sentencia a todas luces declarativa constitutiva y no de condena⁽²⁵⁾. En este sentido el saldo remanente a favor de Makro deberá entenderse como una suma exigible en los términos y condiciones que se fijaron en el laudo del 2 de junio de 2004, por ser allí donde se generó el mayor saldo a su favor.

El tribunal deja finalmente expresa constancia que las cifras y cálculos que sirven de base a lo expuesto en el presente capítulo han sido extraídos de los cuadros que a continuación se transcriben como parte integral de la providencia.

1. Sobre el cálculo de los intereses del saldo del precio de la compraventa del Lote Royal:

Fecha Inicial	Fecha Final	Interés	Monto	Interés
---------------	-------------	---------	-------	---------

18-Oct.-2001	11-Jun.-2004	23,22%	1.204.076.624,40	16.085.803,93
01-Nov.-2001	11-Jun.-2004	22,98%	1.204.076.624,40	34.113.305,13
01-Dic.-2001	11-Jun.-2004	22,48%	1.204.076.624,40	34.483.434,99
01-Ene.-2002	11-Jun.-2004	22,81%	1.204.076.624,40	34.989.642,00
01-Feb.-2002	11-Jun.-2004	22,35%	1.204.076.624,40	30.966.211,71
01-Mar.-2002	11-Jun.-2004	20,97%	1.204.076.624,40	32.167.154,43
01-Abr.-2002	11-Jun.-2004	21,03%	1.204.076.624,40	31.218.572,97
01-Mayo-2002	11-Jun.-2004	20,00%	1.204.076.624,40	30.679.212,62
01-Jun.-2002	11-Jun.-2004	19,96%	1.204.076.624,40	29.630.181,48
01-Jul.-2002	11-Jun.-2004	19,77%	1.204.076.624,40	30.326.401,68
01-Ago.-2002	11-Jun.-2004	20,01%	1.204.076.624,40	30.694.552,23
01-Sep.-2002	11-Jun.-2004	20,18%	1.204.076.624,40	29.956.766,65
01-Oct.-2002	11-Jun.-2004	20,30%	1.204.076.624,40	31.139.400,81
01-Nov.-2002	11-Jun.-2004	19,76%	1.204.076.624,40	29.333.285,87
01-Dic.-2002	11-Jun.-2004	19,69%	1.204.076.624,40	30.203.684,83
01-Ene.-2003	11-Jun.-2004	19,64%	1.204.076.624,40	30.126.986,79
01-Feb.-2003	11-Jun.-2004	19,78%	1.204.076.624,40	27.405.443,74
01-Mar.-2003	11-Jun.-2004	19,49%	1.204.076.624,40	29.896.892,70
01-Abr.-2003	11-Jun.-2004	19,81%	1.204.076.624,40	29.407.509,78
01-Mayo-2003	11-Jun.-2004	19,89%	1.204.076.624,40	30.510.476,95
01-Jun.-2003	11-Jun.-2004	19,20%	1.204.076.624,40	28.501.978,18
01-Jul.-2003	11-Jun.-2004	19,44%	1.204.076.624,40	29.820.194,67
01-Ago.-2003	11-Jun.-2004	19,88%	1.204.076.624,40	30.495.137,35
01-Sep.-2003	11-Jun.-2004	20,12%	1.204.076.624,40	29.867.697,97
01-Oct.-2003	11-Jun.-2004	20,04%	1.204.076.624,40	30.740.571,05
01-Nov.-2003	11-Jun.-2004	19,87%	1.204.076.624,40	29.496.578,46
01-Dic.-2003	11-Jun.-2004	19,81%	1.204.076.624,40	30.387.760,10
01-Ene.-2004	11-Jun.-2004	19,67%	1.204.076.624,40	30.173.005,61
01-Feb.-2004	11-Jun.-2004	19,74%	1.204.076.624,40	28.326.809,77
01-Mar.-2004	11-Jun.-2004	19,80%	1.204.076.624,40	30.372.420,50
01-Abr.-2004	11-Jun.-2004	19,78%	1.204.076.624,40	29.362.975,44
01-Mayo-2004	11-Jun.-2004	19,71%	1.204.076.624,40	30.234.364,04
01-Jun.-2004	11-Jun.-2004	19,67%	1.204.076.624,40	9.733.227,62
11-Jun.-2004	11-Jun.-2004	19,44%	1.204.076.624,40	—
			Total	970.847.642,02
			Capital	1.204.076.624,40
			Capital + Int	2.174.924.266,42

2. Sobre el cálculo de intereses por el traslado de la Tubería de 24'' calculado para cada desembolso efectuado por Makro.

Primer pago:

Fecha Inicial	Fecha Final	I.B.C.	Monto	Interés
10-Oct.-2001	11-Jun.-2004	23,22%	\$ 5.500.000,00	115.463,84
01-Nov.-2001	11-Jun.-2004	22,98%	\$ 5.500.000,00	155.823,29
01-Dic.-2001	11-Jun.-2004	22,48%	\$ 5.500.000,00	157.513,97
01-Ene.-2002	11-Jun.-2004	22,81%	\$ 5.500.000,00	159.826,23
01-Feb.-2002	11-Jun.-2004	22,35%	\$ 5.500.000,00	141.447,95
01-Mar.-2002	11-Jun.-2004	20,97%	\$ 5.500.000,00	146.933,63
01-Abr.-2002	11-Jun.-2004	21,03%	\$ 5.500.000,00	142.600,68
01-Mayo-2002	11-Jun.-2004	20,00%	\$ 5.500.000,00	140.136,99
01-Jun.-2002	11-Jun.-2004	19,96%	\$ 5.500.000,00	135.345,21
01-Jul.-2002	11-Jun.-2004	19,77%	\$ 5.500.000,00	138.525,41
01-Ago.-2002	11-Jun.-2004	20,01%	\$ 5.500.000,00	140.207,05
01-Sep.-2002	11-Jun.-2004	20,18%	\$ 5.500.000,00	136.836,99
01-Oct.-2002	11-Jun.-2004	20,30%	\$ 5.500.000,00	142.239,04
01-Nov.-2002	11-Jun.-2004	19,76%	\$ 5.500.000,00	133.989,04
01-Dic.-2002	11-Jun.-2004	19,69%	\$ 5.500.000,00	137.964,86
01-Ene.-2003	11-Jun.-2004	19,64%	\$ 5.500.000,00	137.614,52
01-Feb.-2003	11-Jun.-2004	19,78%	\$ 5.500.000,00	125.183,01
01-Mar.-2003	11-Jun.-2004	19,49%	\$ 5.500.000,00	136.563,49
01-Abr.-2003	11-Jun.-2004	19,81%	\$ 5.500.000,00	134.328,08
01-Mayo-2003	11-Jun.-2004	19,89%	\$ 5.500.000,00	139.366,23
01-Jun.-2003	11-Jun.-2004	19,20%	\$ 5.500.000,00	130.191,78
01-Jul.-2003	11-Jun.-2004	19,44%	\$ 5.500.000,00	136.213,15
01-Ago.-2003	11-Jun.-2004	19,88%	\$ 5.500.000,00	139.296,16
01-Sep.-2003	11-Jun.-2004	20,12%	\$ 5.500.000,00	136.430,14
01-Oct.-2003	11-Jun.-2004	20,04%	\$ 5.500.000,00	140.417,26
01-Nov.-2003	11-Jun.-2004	19,87%	\$ 5.500.000,00	134.734,93
01-Dic.-2003	11-Jun.-2004	19,81%	\$ 5.500.000,00	138.805,68
01-Ene.-2004	11-Jun.-2004	19,67%	\$ 5.500.000,00	137.824,73
01-Feb.-2004	11-Jun.-2004	19,74%	\$ 5.500.000,00	129.391,64
01-Mar.-2004	11-Jun.-2004	19,80%	\$ 5.500.000,00	138.735,62
01-Abr.-2004	11-Jun.-2004	19,78%	\$ 5.500.000,00	134.124,66
01-Mayo-2004	11-Jun.-2004	19,71%	\$ 5.500.000,00	138.105,00
01-Jun.-2004	11-Jun.-2004	19,67%	\$ 5.500.000,00	44.459,59
11-Jun.-2004	11-Jun.-2004	19,44%	\$ 5.500.000,00	—
			Total	4.476.639,86
			Capital	5.500.000,00

			Capital + Int	9.976.639,86
--	--	--	---------------	--------------

Segundo pago:

Fecha Inicial	Fecha Final	I.B.C.	Monto	Interés
14-Dic.-2001	11-Jun.-2004	22,48%	\$ 1.550.000,00	25.775,01
01-Ene.-2002	11-Jun.-2004	22,81%	\$ 1.550.000,00	45.041,94
01-Feb.-2002	11-Jun.-2004	22,35%	\$ 1.550.000,00	39.862,60
01-Mar.-2002	11-Jun.-2004	20,97%	\$ 1.550.000,00	41.408,57
01-Abr.-2002	11-Jun.-2004	21,03%	\$ 1.550.000,00	40.187,47
01-Mayo.-2002	11-Jun.-2004	20,00%	\$ 1.550.000,00	39.493,15
01-Jun.-2002	11-Jun.-2004	19,96%	\$ 1.550.000,00	38.142,74
01-Jul.-2002	11-Jun.-2004	19,77%	\$ 1.550.000,00	39.038,98
01-Ago.-2002	11-Jun.-2004	20,01%	\$ 1.550.000,00	39.512,90
01-Sep.-2002	11-Jun.-2004	20,18%	\$ 1.550.000,00	38.563,15
01-Oct.-2002	11-Jun.-2004	20,30%	\$ 1.550.000,00	40.085,55
01-Nov.-2002	11-Jun.-2004	19,76%	\$ 1.550.000,00	37.760,55
01-Dic.-2002	11-Jun.-2004	19,69%	\$ 1.550.000,00	38.881,01
01-Ene.-2003	11-Jun.-2004	19,64%	\$ 1.550.000,00	38.782,27
01-Feb.-2003	11-Jun.-2004	19,78%	\$ 1.550.000,00	35.278,85
01-Mar-2003	11-Jun.-2004	19,49%	\$ 1.550.000,00	38.486,08
01-Abr.-2003	11-Jun.-2004	19,81%	\$ 1.550.000,00	37.856,10
01-Mayo-2003	11-Jun.-2004	19,89%	\$ 1.550.000,00	39.275,94
01-Jun.-2003	11-Jun.-2004	19,20%	\$ 1.550.000,00	36.690,41
01-Jul.-2003	11-Jun.-2004	19,44%	\$ 1.550.000,00	38.387,34
01-Ago.-2003	11-Jun.-2004	19,88%	\$ 1.550.000,00	39.256,19
01-Sep.-2003	11-Jun.-2004	20,12%	\$ 1.550.000,00	38.448,49
01-Oct.-2003	11-Jun.-2004	20,04%	\$ 1.550.000,00	39.572,14
01-Nov.-2003	11-Jun.-2004	19,87%	\$ 1.550.000,00	37.970,75
01-Dic.-2003	11-Jun.-2004	19,81%	\$ 1.550.000,00	39.117,97
01-Ene.-2004	11-Jun.-2004	19,67%	\$ 1.550.000,00	38.841,51
01-Feb.-2004	11-Jun.-2004	19,74%	\$ 1.550.000,00	36.464,92
01-Mar.-2004	11-Jun.-2004	19,80%	\$ 1.550.000,00	39.098,22
01-Abr.-2004	11-Jun.-2004	19,78%	\$ 1.550.000,00	37.798,77
01-Mayo-2004	11-Jun.-2004	19,71%	\$ 1.550.000,00	38.920,50
01-Jun.-2004	11-Jun.-2004	19,67%	\$ 1.550.000,00	12.529,52
11-Jun.-2004	11-Jun.-2004	19,44%	\$ 1.550.000,00	—
			Total	1.166.529,58
			Capital	1.550.000,00

			Capital + Int	2.716.529,58
--	--	--	---------------	--------------

Tercer pago:

Fecha Inicial	Fecha Final	I.B.C.	Monto	Interés
08-Feb.-2002	11-Jun.-2004	22,35%	\$ 12.200.530,00	235.328,17
01-Mar.-2002	11-Jun.-2004	20,97%	\$ 12.200.530,00	325.939,67
01-Abr.-2002	11-Jun.-2004	21,03%	\$ 12.200.530,00	316.327,99
01-Mayo-2002	11-Jun.-2004	20,00%	\$ 12.200.530,00	310.862,82
01-Jun.-2002	11-Jun.-2004	19,96%	\$ 12.200.530,00	300.233,32
01-Jul.-2002	11-Jun.-2004	19,77%	\$ 12.200.530,00	307.287,90
01-Ago.-2002	11-Jun.-2004	20,01%	\$ 12.200.530,00	311.018,25
01-Sep.-2002	11-Jun.-2004	20,18%	\$ 12.200.530,00	303.542,50
01-Oct.-2002	11-Jun.-2004	20,30%	\$ 12.200.530,00	315.525,76
01-Nov.-2002	11-Jun.-2004	19,76%	\$ 12.200.530,00	297.224,97
01-Dic.-2002	11-Jun.-2004	19,69%	\$ 12.200.530,00	306.044,45
01-Ene.-2003	11-Jun.-2004	19,64%	\$ 12.200.530,00	305.267,29
01-Feb.-2003	11-Jun.-2004	19,78%	\$ 12.200.530,00	277.690,75
01-Mar.-2003	11-Jun.-2004	19,49%	\$ 12.200.530,00	302.935,82
01-Abr.-2003	11-Jun.-2004	19,81%	\$ 12.200.530,00	297.977,05
01-Mayo-2003	11-Jun.-2004	19,89%	\$ 12.200.530,00	309.153,07
01-Jun.-2003	11-Jun.-2004	19,20%	\$ 12.200.530,00	288.801,59
01-Jul.-2003	11-Jun.-2004	19,44%	\$ 12.200.530,00	302.158,66
01-Ago.-2003	11-Jun.-2004	19,88%	\$ 12.200.530,00	308.997,64
01-Sep.-2003	11-Jun.-2004	20,12%	\$ 12.200.530,00	302.640,00
01-Oct.-2003	11-Jun.-2004	20,04%	\$ 12.200.530,00	311.484,54
01-Nov.-2003	11-Jun.-2004	19,87%	\$ 12.200.530,00	298.879,56
01-Dic.-2003	11-Jun.-2004	19,81%	\$ 12.200.530,00	307.909,62
01-Ene.-2004	11-Jun.-2004	19,67%	\$ 12.200.530,00	305.733,58
01-Feb.-2004	11-Jun.-2004	19,74%	\$ 12.200.530,00	287.026,66
01-Mar.-2004	11-Jun.-2004	19,80%	\$ 12.200.530,00	307.754,19
01-Abr.-2004	11-Jun.-2004	19,78%	\$ 12.200.530,00	297.525,80
01-Mayo-2004	11-Jun.-2004	19,71%	\$ 12.200.530,00	306.355,31
01-Jun.-2004	11-Jun.-2004	19,67%	\$ 12.200.530,00	98.623,74
11-Jun.-2004	11-Jun.-2004	19,44%	\$ 12.200.530,00	—
			Total	8.546.250,65
			Capital	12.200.530,00
			Capital + Int	20.746.780,65

Cuarto pago:

Fecha Inicial	Fecha Final	I.B.C.	Monto	Interés
30-Ene-2002	11-Jun.-2004	22,81%	\$ 139.954.507,00	262.385,94
01-Feb-2002	11-Jun.-2004	22,35%	\$ 139.954.507,00	3.599.323,17
01-Mar-2002	11-Jun.-2004	20,97%	\$ 139.954.507,00	3.738.913,41
01-Abr-2002	11-Jun.-2004	21,03%	\$ 139.954.507,00	3.628.656,10
01-Mayo-2002	11-Jun.-2004	20,00%	\$ 139.954.507,00	3.565.964,15
01-Jun-2002	11-Jun.-2004	19,96%	\$ 139.954.507,00	3.444.031,18
01-Jul-2002	11-Jun.-2004	19,77%	\$ 139.954.507,00	3.524.955,56
01-Ago-2002	11-Jun.-2004	20,01%	\$ 139.954.507,00	3.567.747,13
01-Sep-2002	11-Jun.-2004	20,18%	\$ 139.954.507,00	3.481.991,45
01-Oct-2002	11-Jun.-2004	20,30%	\$ 139.954.507,00	3.619.453,61
01-Nov-2002	11-Jun.-2004	19,76%	\$ 139.954.507,00	3.409.521,85
01-Dic-2002	11-Jun.-2004	19,69%	\$ 139.954.507,00	3.510.691,71
01-Ene-2003	11-Jun.-2004	19,64%	\$ 139.954.507,00	3.501.776,80
01-Feb-2003	11-Jun.-2004	19,78%	\$ 139.954.507,00	3.185.441,27
01-Mar-2003	11-Jun.-2004	19,49%	\$ 139.954.507,00	3.475.032,07
01-Abr-2003	11-Jun.-2004	19,81%	\$ 139.954.507,00	3.418.149,19
01-Mayo-2003	11-Jun.-2004	19,89%	\$ 139.954.507,00	3.546.351,35
01-Jun-2003	11-Jun.-2004	19,20%	\$ 139.954.507,00	3.312.895,73
01-Jul-2003	11-Jun.-2004	19,44%	\$ 139.954.507,00	3.466.117,15
01-Ago-2003	11-Jun.-2004	19,88%	\$ 139.954.507,00	3.544.568,37
01-Sep-2003	11-Jun.-2004	20,12%	\$ 139.954.507,00	3.471.638,65
01-Oct-2003	11-Jun.-2004	20,04%	\$ 139.954.507,00	3.573.096,08
01-Nov-2003	11-Jun.-2004	19,87%	\$ 139.954.507,00	3.428.501,98
01-Dic-2003	11-Jun.-2004	19,81%	\$ 139.954.507,00	3.532.087,49
01-Ene-2004	11-Jun.-2004	19,67%	\$ 139.954.507,00	3.507.125,74
01-Feb-2004	11-Jun.-2004	19,74%	\$ 139.954.507,00	3.292.535,22
01-Mar-2004	11-Jun.-2004	19,80%	\$ 139.954.507,00	3.530.304,51
01-Abr-2004	11-Jun.-2004	19,78%	\$ 139.954.507,00	3.412.972,79
01-Mayo-2004	11-Jun.-2004	19,71%	\$ 139.954.507,00	3.514.257,67
01-Jun.-2004	11-Jun.-2004	19,67%	\$ 139.954.507,00	1.131.330,88
11-Jun.-2004	11-Jun.-2004	19,44%	\$ 139.954.507,00	—
			Total	99.197.818,20
			Capital	139.954.507,00
			Capital + Int	239.152.325,20

Quinto pago:

Fecha Inicial	Fecha Final	I.B.C.	Monto	Interés
----------------------	--------------------	---------------	--------------	----------------

21-Feb-2002	11-Jun-2004	22,35%	\$ 134.660.852,00	989.480,56
01-Mar-2002	11-Jun-2004	20,97%	\$ 134.660.852,00	6.382.647,68
25-Abr-2002	11-Jun-2004	21,03%	\$ 134.660.852,00	698.281,08
01-Mayo-2002	11-Jun-2004	20,00%	\$ 134.660.852,00	3.431.084,72
01-Jun-2002	11-Jun-2004	19,96%	\$ 134.660.852,00	3.313.763,76
01-Jul-2002	11-Jun-2004	19,77%	\$ 134.660.852,00	3.391.627,25
01-Ago-2002	11-Jun-2004	20,01%	\$ 134.660.852,00	3.432.800,26
01-Sep-2002	11-Jun-2004	20,18%	\$ 134.660.852,00	3.350.288,21
01-Oct-2002	11-Jun-2004	20,30%	\$ 134.660.852,00	3.482.550,99
01-Nov-2002	11-Jun-2004	19,76%	\$ 134.660.852,00	3.280.559,72
01-Dic-2002	11-Jun-2004	19,69%	\$ 134.660.852,00	3.377.902,91
01-Ene-2003	11-Jun-2004	19,64%	\$ 134.660.852,00	3.369.325,20
01-Feb-2003	11-Jun-2004	19,78%	\$ 134.660.852,00	3.064.954,78
01-Mar-2003	11-Jun-2004	19,49%	\$ 134.660.852,00	3.343.592,06
01-Abr-2003	11-Jun-2004	19,81%	\$ 134.660.852,00	3.288.860,73
01-Mayo-2003	11-Jun-2004	19,89%	\$ 134.660.852,00	3.412.213,76
01-Jun-2003	11-Jun-2004	19,20%	\$ 134.660.852,00	3.187.588,39
01-Jul-2003	11-Jun-2004	19,44%	\$ 134.660.852,00	3.335.014,35
01-Ago-2003	11-Jun-2004	19,88%	\$ 134.660.852,00	3.410.498,21
01-Sep-2003	11-Jun-2004	20,12%	\$ 134.660.852,00	3.340.327,00
01-Oct-2003	11-Jun-2004	20,04%	\$ 134.660.852,00	3.437.946,89
01-Nov-2003	11-Jun-2004	19,87%	\$ 134.660.852,00	3.298.821,94
01-Dic-2003	11-Jun-2004	19,81%	\$ 134.660.852,00	3.398.489,42
01-Ene-2004	11-Jun-2004	19,67%	\$ 134.660.852,00	3.374.471,82
01-Feb-2004	11-Jun-2004	19,74%	\$ 134.660.852,00	3.167.998,00
01-Mar-2004	11-Jun-2004	19,80%	\$ 134.660.852,00	3.396.773,87
01-Abr-2004	11-Jun-2004	19,78%	\$ 134.660.852,00	3.283.880,12
01-Mayo-2004	11-Jun-2004	19,71%	\$ 134.660.852,00	3.381.333,99
01-Jun-2004	11-Jun-2004	19,67%	\$ 134.660.852,00	1.088.539,30
11-Jun-2004	11-Jun-2004	19,44%	\$ 134.660.852,00	—
			Total	92.711.616,98
			Capital	134.660.852,00
			Capital + Int	227.372.468,98

Sexto pago:

Fecha Inicial	Fecha Final	I.B.C.	Monto	Interés
25-Abr-2002	11-Jun-2004	21,03%	\$ 6.000.000,00	31.112,88
01-Mayo-2002	11-Jun-2004	20,00%	\$ 6.000.000,00	152.876,71

01-Jun-2002	11-Jun-2004	19,96%	\$ 6.000.000,00	147.649,32
01-Jul-2002	11-Jun-2004	19,77%	\$ 6.000.000,00	151.118,63
01-Ago-2002	11-Jun-2004	20,01%	\$ 6.000.000,00	152.953,15
01-Sep-2002	11-Jun-2004	20,18%	\$ 6.000.000,00	149.276,71
01-Oct-2002	11-Jun-2004	20,30%	\$ 6.000.000,00	155.169,86
01-Nov-2002	11-Jun-2004	19,76%	\$ 6.000.000,00	146.169,86
01-Dic-2002	11-Jun-2004	19,69%	\$ 6.000.000,00	150.507,12
01-Ene-2003	11-Jun-2004	19,64%	\$ 6.000.000,00	150.124,93
01-Feb-2003	11-Jun-2004	19,78%	\$ 6.000.000,00	136.563,29
01-Mar-2003	11-Jun-2004	19,49%	\$ 6.000.000,00	148.978,36
01-Abr-2003	11-Jun-2004	19,81%	\$ 6.000.000,00	146.539,73
01-Mayo-2003	11-Jun-2004	19,89%	\$ 6.000.000,00	152.035,89
01-Jun-2003	11-Jun-2004	19,20%	\$ 6.000.000,00	142.027,40
01-Jul-2003	11-Jun-2004	19,44%	\$ 6.000.000,00	148.596,16
01-Ago-2003	11-Jun-2004	19,88%	\$ 6.000.000,00	151.959,45
01-Sep-2003	11-Jun-2004	20,12%	\$ 6.000.000,00	148.832,88
01-Oct-2003	11-Jun-2004	20,04%	\$ 6.000.000,00	153.182,47
01-Nov-2003	11-Jun-2004	19,87%	\$ 6.000.000,00	146.983,56
01-Dic-2003	11-Jun-2004	19,81%	\$ 6.000.000,00	151.424,38
01-Ene-2004	11-Jun-2004	19,67%	\$ 6.000.000,00	150.354,25
01-Feb-2004	11-Jun-2004	19,74%	\$ 6.000.000,00	141.154,52
01-Mar-2004	11-Jun-2004	19,80%	\$ 6.000.000,00	151.347,95
01-Abr-2004	11-Jun-2004	19,78%	\$ 6.000.000,00	146.317,81
01-Mayo-2004	11-Jun-2004	19,71%	\$ 6.000.000,00	150.660,00
01-Jun-2004	11-Jun-2004	19,67%	\$ 6.000.000,00	48.501,37
11-Jun-2004	11-Jun-2004	19,44%	\$ 6.000.000,00	—
			Total	3.802.418,63
			Capital	6.000.000,00
			Capital + Int	9.802.418,63

Séptimo pago:

Fecha Inicial	Fecha Final	I.B.C.	Monto	Interés
23-Mayo-2002	11-Jun-2004	20,00%	\$ 9.000.000,00	66.575,34
01-Jun-2002	11-Jun-2004	19,96%	\$ 9.000.000,00	221.473,97
01-Jul-2002	11-Jun-2004	19,77%	\$ 9.000.000,00	226.677,95
01-Ago-2002	11-Jun-2004	20,01%	\$ 9.000.000,00	229.429,73
01-Sep-2002	11-Jun-2004	20,18%	\$ 9.000.000,00	223.915,07
01-Oct-2002	11-Jun-2004	20,30%	\$ 9.000.000,00	232.754,79

01-Nov-2002	11-Jun-2004	19,76%	\$ 9.000.000,00	219.254,79
01-Dic-2002	11-Jun-2004	19,69%	\$ 9.000.000,00	225.760,68
01-Ene-2003	11-Jun-2004	19,64%	\$ 9.000.000,00	225.187,40
01-Feb-2003	11-Jun-2004	19,78%	\$ 9.000.000,00	204.844,93
01-Mar-2003	11-Jun-2004	19,49%	\$ 9.000.000,00	223.467,53
01-Abr-2003	11-Jun-2004	19,81%	\$ 9.000.000,00	219.809,59
01-Mayo-2003	11-Jun-2004	19,89%	\$ 9.000.000,00	228.053,84
01-Jun-2003	11-Jun-2004	19,20%	\$ 9.000.000,00	213.041,10
01-Jul-2003	11-Jun-2004	19,44%	\$ 9.000.000,00	222.894,25
01-Ago-2003	11-Jun-2004	19,88%	\$ 9.000.000,00	227.939,18
01-Sep-2003	11-Jun-2004	20,12%	\$ 9.000.000,00	223.249,32
01-Oct-2003	11-Jun-2004	20,04%	\$ 9.000.000,00	229.773,70
01-Nov-2003	11-Jun-2004	19,87%	\$ 9.000.000,00	220.475,34
01-Dic-2003	11-Jun-2004	19,81%	\$ 9.000.000,00	227.136,58
01-Ene-2004	11-Jun-2004	19,67%	\$ 9.000.000,00	225.531,37
01-Feb-2004	11-Jun-2004	19,74%	\$ 9.000.000,00	211.731,78
01-Mar-2004	11-Jun-2004	19,80%	\$ 9.000.000,00	227.021,92
01-Abr-2004	11-Jun-2004	19,78%	\$ 9.000.000,00	219.476,71
01-Mayo-2004	11-Jun-2004	19,71%	\$ 9.000.000,00	225.990,00
01-Jun-2004	11-Jun-2004	19,67%	\$ 9.000.000,00	72.752,05
11-Jun-2004	11-Jun-2004	19,44%	\$ 9.000.000,00	—
			Total	5.494.218,90
			Capital	9.000.000,00
			Capital + Int	14.494.218,90

Octavo pago:

Fecha Inicial	Fecha Final	I.B.C.	Monto	Interés
14-Mayo-2002	11-Jun-2004	20,00%	\$ 17.598.049,00	260.354,70
01-Jun-2002	11-Jun-2004	19,96%	\$ 17.598.049,00	433.056,65
01-Jul-2002	11-Jun-2004	19,77%	\$ 17.598.049,00	443.232,18
01-Ago-2002	11-Jun-2004	20,01%	\$ 17.598.049,00	448.612,84
01-Sep-2002	11-Jun-2004	20,18%	\$ 17.598.049,00	437.829,82
01-Oct-2002	11-Jun-2004	20,30%	\$ 17.598.049,00	455.114,48
01-Nov-2002	11-Jun-2004	19,76%	\$ 17.598.049,00	428.717,40

	4			
01-Dic-2002	11-Jun-2004	19,69%	\$ 17.598.049,00	441.438,62
01-Ene-2003	11-Jun-2004	19,64%	\$ 17.598.049,00	440.317,65
01-Feb-2003	11-Jun-2004	19,78%	\$ 17.598.049,00	400.541,24
01-Mar-2003	11-Jun-2004	19,49%	\$ 17.598.049,00	436.954,74
01-Abr-2003	11-Jun-2004	19,81%	\$ 17.598.049,00	429.802,21
01-Mayo-2003	11-Jun-2004	19,89%	\$ 17.598.049,00	445.922,51
01-Jun-2003	11-Jun-2004	19,20%	\$ 17.598.049,00	416.567,52
01-Jul-2003	11-Jun-2004	19,44%	\$ 17.598.049,00	435.833,76
01-Ago-2003	11-Jun-2004	19,88%	\$ 17.598.049,00	445.698,31
01-Sep-2003	11-Jun-2004	20,12%	\$ 17.598.049,00	436.528,04
01-Oct-2003	11-Jun-2004	20,04%	\$ 17.598.049,00	449.285,42
01-Nov-2003	11-Jun-2004	19,87%	\$ 17.598.049,00	431.103,99
01-Dic-2003	11-Jun-2004	19,81%	\$ 17.598.049,00	444.128,95
01-Ene-2004	11-Jun-2004	19,67%	\$ 17.598.049,00	440.990,23
01-Feb-2004	11-Jun-2004	19,74%	\$ 17.598.049,00	414.007,36
01-Mar-2004	11-Jun-2004	19,80%	\$ 17.598.049,00	443.904,76
01-Abr-2004	11-Jun-2004	19,78%	\$ 17.598.049,00	429.151,33
01-Mayo-2004	11-Jun-2004	19,71%	\$ 17.598.049,00	441.887,01
01-Jun-2004	11-Jun-2004	19,67%	\$ 17.598.049,00	142.254,91
11-Jun-2004	11-Jun-2004	19,44%	\$ 17.598.049,00	—
			Total	10.873.236,63
			Capital	17.598.049,00
			Capital + Int	28.471.285,63

3. Sobre intereses causados por el 50% de los gastos notariales:

Fecha Inicial	Fecha Final	I.B.C.	Monto	Interés
27-Dic-94	11-Jun-2004	40,12%	10.331.970,00	1.073.205,78
28-Feb-95	11-Jun-2004	42,74%	10.331.970,00	1.070.700,64
28-Abr-95	11-Jun-2004	42,45%	10.331.970,00	1.081.460,04
27-Jun-95	11-Jun-2004	43,84%	10.331.970,00	1.191.329,92
30-Ago-95	11-Jun-2004	44,62%	10.331.970,00	1.155.688,87
30-Oct-95	11-Jun-2004	42,72%	10.331.970,00	1.070.199,61
28-Dic-95	11-Jun-2004	42,27%	10.331.970,00	1.112.770,15
28-Feb-96	11-Jun-2004	41,37%	10.331.970,00	1.089.077,39
30-Abr-96	11-Jun-2004	42,19%	10.331.970,00	1.056.922,32
28-Jun-96	11-Jun-2004	42,92%	10.331.970,00	1.129.881,59
29-Ago-96	11-Jun-2004	42,29%	10.331.970,00	1.131.253,06
31-Oct-96	11-Jun-2004	41,37%	10.331.970,00	1.001.248,57
27-Dic-96	11-Jun-2004	39,77%	10.331.970,00	1.030.070,52
26-Feb-97	11-Jun-2004	38,95%	10.331.970,00	1.025.370,18
29-Abr-97	11-Jun-2004	36,99%	10.331.970,00	895.242,56
25-Jun-97	11-Jun-2004	36,50%	10.331.970,00	1.007.367,08
29-Ago-97	11-Jun-2004	31,84%	10.331.970,00	419.098,67
29-Sep-97	11-Jun-2004	31,33%	10.331.970,00	425.688,49
31-Oct-97	11-Jun-2004	31,47%	10.331.970,00	815.094,77
31-Dic-97	11-Jun-2004	31,69%	10.331.970,00	403.668,65
30-Ene-98	11-Jun-2004	32,56%	10.331.970,00	387.100,70
27-Feb-98	11-Jun-2004	32,15%	10.331.970,00	436.830,03
31-Mar-98	11-Jun-2004	36,28%	10.331.970,00	462.136,28
30-Abr-98	11-Jun-2004	38,39%	10.331.970,00	472.713,10
29-Mayo-98	11-Jun-2004	39,51%	10.331.970,00	536.832,18
30-Jun-98	11-Jun-2004	47,83%	10.331.970,00	629.569,39
31-Jul-98	11-Jun-2004	48,41%	10.331.970,00	637.203,73
31-Ago-98	11-Jun-2004	43,20%	10.331.970,00	550.283,55
30-Sep-98	11-Jun-2004	46,00%	10.331.970,00	585.950,08
30-Oct-98	11-Jun-2004	49,99%	10.331.970,00	658.000,71
30-Nov-98	11-Jun-2004	47,71%	10.331.970,00	607.732,14
30-Dic-98	11-Jun-2004	45,49%	10.331.970,00	579.453,68
29-Ene-99	11-Jun-2004	42,39%	10.331.970,00	503.968,02
26-Feb-99	11-Jun-2004	40,99%	10.331.970,00	121.830,91
05-Mar-99	11-Jun-2004	39,76%	10.331.970,00	438.936,05

31-Mar-99	11-Jun-2004	33,57%	10.331.970,00	427.616,18
30-Abr-99	11-Jun-2004	31,14%	10.331.970,00	409.884,82
31-Mayo-99	11-Jun-2004	27,46%	10.331.970,00	349.786,72
30-Jun-99	11-Jun-2004	24,22%	10.331.970,00	308.515,45
30-Jul-99	11-Jun-2004	26,25%	10.331.970,00	356.665,27
31-Ago-99	11-Jun-2004	26,01%	10.331.970,00	331.316,56
30-Sep-99	11-Jun-2004	26,96%	10.331.970,00	331.970,44
29-Oct-99	11-Jun-2004	25,70%	10.331.970,00	349.192,28
30-Nov-99	11-Jun-2004	24,22%	10.331.970,00	318.799,30
31-Dic-99	11-Jun-2004	19,46%	10.331.970,00	495.764,72
29-Feb-2000	11-Jun-2004	17,45%	10.331.970,00	229.688,19
31-Mar-2000	11-Jun-2004	17,87%	10.331.970,00	212.453,61
28-Abr-2000	11-Jun-2004	17,90%	10.331.970,00	250.812,11
31-Mayo-2000	11-Jun-2004	19,77%	10.331.970,00	251.831,15
30-Jun-2000	11-Jun-2004	19,44%	10.331.970,00	247.627,60
30-Jul-2000	11-Jun-2004	19,92%	10.331.970,00	270.657,98
31-Ago-2000	11-Jun-2004	22,93%	10.331.970,00	282.347,26
29-Sep-2000	11-Jun-2004	23,08%	10.331.970,00	313.593,69
31-Oct-2000	11-Jun-2004	23,80%	10.331.970,00	303.165,48
30-Nov-2000	11-Jun-2004	23,69%	10.331.970,00	291.705,48
29/12/2000	11-Jun-2004	24,16%	10.331.970,00	338.526,29
31-Ene-2001	11-Jun-2004	26,03%	10.331.970,00	309.466,56
28-Feb-2001	11-Jun-2004	25,11%	10.331.970,00	319.852,32
30-Mar-2001	11-Jun-2004	24,83%	10.331.970,00	326.828,52
30-Abr-2001	11-Jun-2004	24,24%	10.331.970,00	319.062,56
31-Mayo-2001	11-Jun-2004	26,17%	10.331.970,00	322.242,82
29-Jun-2001	11-Jun-2004	26,08%	10.331.970,00	354.355,43
31-Jul-2001	11-Jun-2004	24,25%	10.331.970,00	319.194,18
31-Ago-2001	11-Jun-2004	23,06%	10.331.970,00	274.156,70
28-Sep-2001	11-Jun-2004	23,22%	10.331.970,00	325.355,15
31-Oct-2001	11-Jun-2004	22,98%	10.331.970,00	292.720,28
30-Nov-2001	11-Jun-2004	22,48%	10.331.970,00	267.261,17
28-Dic-2001	11-Jun-2004	22,81%	10.331.970,00	329.295,45
31-Ene-2002	11-Jun-2004	22,35%	10.331.970,00	265.715,62
28-Feb-2002	11-Jun-2004	20,97%	10.331.970,00	240.405,13
27-Mar-2002	11-Jun-2004	21,03%	10.331.970,00	303.598,57
30-Abr-2002	11-Jun-2004	20,00%	10.331.970,00	263.252,93
31-Mayo-2002	11-Jun-2004	19,96%	10.331.970,00	237.301,29

2				
28-Jun-2002	11-Jun-2004	19,77%	10.331.970,00	277.014,27
31-Jul-2002	11-Jun-2004	20,01%	10.331.970,00	254.888,28
30-Ago-2002	11-Jun-2004	20,18%	10.331.970,00	265.622,21
30-Sep-2002	11-Jun-2004	20,30%	10.331.970,00	267.201,73
31-Oct-2002	11-Jun-2004	19,76%	10.331.970,00	243.313,65
29-Nov-2002	11-Jun-2004	19,69%	10.331.970,00	267.532,92
31-Dic-2002	11-Jun-2004	19,64%	10.331.970,00	258.514,38
31-Ene-2003	11-Jun-2004	19,78%	10.331.970,00	235.161,30
28-Feb-2003	11-Jun-2004	19,49%	10.331.970,00	256.539,98
31-Mar-2003	11-Jun-2004	19,81%	10.331.970,00	252.340,68
30-Abr-2003	11-Jun-2004	19,89%	10.331.970,00	253.359,72
30-Mayo-2003	11-Jun-2004	19,20%	10.331.970,00	228.265,77
27-Jun-2003	11-Jun-2004	19,44%	10.331.970,00	280.644,61
31-Jul-2003	11-Jun-2004	19,88%	10.331.970,00	244.791,26
29-Ago-2003	11-Jun-2004	20,12%	10.331.970,00	273.375,43
30-Sep-2003	11-Jun-2004	20,04%	10.331.970,00	263.779,44
31-Oct-2003	11-Jun-2004	19,87%	10.331.970,00	236.231,29
28-Nov-2003	11-Jun-2004	19,81%	10.331.970,00	277.574,74
31-Dic-2003	11-Jun-2004	19,67%	10.331.970,00	250.557,35
30-Ene-2004	11-Jun-2004	19,74%	10.331.970,00	234.685,74
27-Feb-2004	11-Jun-2004	19,80%	10.331.970,00	277.434,62
31-Mar-2004	11-Jun-2004	19,78%	10.331.970,00	251.958,53
30-Abr-2004	11-Jun-2004	19,71%	10.331.970,00	259.435,77
31-Mayo-2004	11-Jun-2004	19,67%	10.331.970,00	91.871,03
11-Jun-2004	11-Jun-2004	19,44%	10.331.970,00	—
			Total Intereses	44.537.959,39
			Capital	10.331.970,00
			Total	54.869.929,39

2.8. La objeción al dictamen pericial.

Por ser esta la oportunidad procesal, corresponde ahora resolver las objeción por error grave formulada por Comerintegral y Héctor Herrera Díaz al dictamen pericial técnico rendido por la perito Gloria Zady Correa.

La prueba pericial tiene por objeto ayudar e ilustrar al juez sobre la verificación de hechos que interesen al proceso, que requieran de especiales conocimientos científicos técnicos y artísticos, distintos a la ciencia del derecho.

En ese sentido, los peritos son auxiliares de los jueces, en este caso los árbitros, que por razón de sus conocimientos especializados los ilustran sobre hechos que exceden el conocimiento común de los mismos.

El artículo 238 del Código de Procedimiento Civil establece que los dictámenes periciales son objetables por error grave, cuando este sea “determinante de las conclusiones a que hubieren llegado los peritos o porque el error se haya originado en estas”.

De la norma citada se desprende que el error grave es aquel que de no haberse presentado hubiese implicado un contenido y resultado diferente de la pericia, a punto de alterar de manera determinante la realidad y, por consiguiente, suscitar una falsa apreciación, significativa y relevante de las conclusiones del dictamen.

Consiste igualmente el error grave en formular opiniones sobre temas que no les constan a los peritos. Adicionalmente, es importante resaltar que no se puede confundir “error grave”, con la simple discrepancia con el concepto profesional del perito.

Sobre el particular ha dicho la Corte Suprema de Justicia:

“(…) deben poner al descubierto que el peritazgo tiene bases equivocadas de tal entidad o magnitud que imponen como consecuencia necesaria la repetición de la diligencia con intervención de otros peritos (…)” y que lo que caracteriza desaciertos de tal naturaleza y permite diferenciarlos de otros defectos imputables a un dictamen “(…) es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otros que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven (…).

“La tacha por error grave a que se refiere la norma citada no es una vía para controvertir los razonamientos y conclusiones del perito. Cuando la tacha por error grave se proyecta sobre el proceso intelectual del perito, para refutar simplemente sus razonamientos y sus conclusiones, no se está interpretando y aplicando correctamente la norma legal y, por lo mismo, es inadmisibles para el juzgador, que al considerarla entraría en un balance o contraposición de un criterio a otro criterio, de un razonamiento a otro razonamiento, de una tesis a otra, proceso que inevitablemente lo llevaría a prejuzgar sobre las cuestiones de fondo que ha de examinar únicamente en la decisión definitiva”⁽²⁶⁾.

Igualmente el numeral 5° del citado artículo 238 establece que en el escrito de objeción se precisará el error y se pedirán las pruebas para demostrarlo.

En el caso que nos ocupa el señor apoderado de Comerintegral y Héctor Herrera Díaz, en su escrito de objeción manifiesta que el dictamen pericial adolece de claridad, precisión y detalle exigidos en el artículo 237 del Código de Procedimiento Civil. Considera el citado apoderado, que si bien la contabilidad se reconstruyó en forma extemporánea no se puede concluir que a partir de su reconstrucción la contabilidad no se lleve en debida forma y que, por lo tanto, resulta infundado que la perito opine que la contabilidad no cumpla con las normas y principios de contabilidad generalmente aceptados en Colombia. Así mismo, que la perito no precisó las razones por las cuales no se cumple con las normas contables y que si no era posible reconstruir la contabilidad, ya que no hay comprobantes de contabilidad, se debió fijar con claridad tal circunstancia si este era el fundamento para que la contabilidad no se considerara que se lleva conforme a los principios contables. Y que de esta manera se concluiría que cuando una sociedad reconstruye su contabilidad sin comprobantes contables, siempre va a estar “*sub judice*” en cuanto a su contabilidad.

El tribunal considera que el apoderado objetante no precisó el error incurrido por la señora perito, ni aportó las pruebas tendientes a demostrarlo, tal y como lo exige el citado numeral 5° del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil. Por ende, no demostró que los errores que motivan la objeción son “determinantes de las conclusiones” de la perito o que “se haya originado en estas”, razones suficientes para rechazar la objeción presentada.

No obstante lo anterior, el tribunal considera relevante hacer las siguientes precisiones adicionales, como quiera que le resulta claro que el dictamen pericial se concentró a resolver los puntos que debían ser materia del mismo, de conformidad con los cuestionarios que se le plantearon.

Respecto de la contabilidad de Comerintegral, la perito registró en su dictamen la forma tardía como se

reconstruyó la contabilidad, así como la falta de orden consecutivo que presentaban los comprobantes de contabilidad, sin que el apoderado de la parte convocante hubiera desvirtuado lo dicho por la señora perito. Igualmente considera el tribunal que el dictamen pericial rendido no descansa sobre bases equivocadas y por ello no hay razón a desestimarlo, constituyendo la objeción por error grave presentada más una discrepancia o una desavenencia respecto de los razonamientos de la perito. Y si lo anterior fuera poco, según se ha expuesto a lo largo del presente laudo, la situación regular o irregular de la contabilidad en nada incide para las consideraciones ya efectuadas ni para las decisiones que dispondrá en la parte resolutive.

Con base en todo lo expuesto y dentro del marco interpretativo señalado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que atrás se transcribió, el tribunal concluirá que la objeción por error grave no está llamada a prosperar y así lo declarará en la parte resolutive de este laudo.

2.9. Costas.

Como quiera que se declararán parcialmente prósperas las pretensiones de la demanda y que prosperará la excepción de compensación formulada por Makro en la contestación de la demanda, el tribunal se abstendrá de condenar en costa a estas partes entre ellas.

Así mismo, considerando que el tribunal encuentra que existe falta de legitimación en la causa por parte pasiva de los señores Héctor, Hugo Germán y Francisco Javier Herrera Díaz, el tribunal procederá a imponer la condena en costas a cargo de Makro y a favor de los señores Herrera Díaz, en los siguientes términos

1. Honorarios de los árbitros y la secretaria y gastos del tribunal.

Concepto	Monto
Total pagado por Héctor Herrera Díaz (2%)	\$ 3.361.556
Total pagado por Francisco Javier Herrera Díaz (2%)	\$ 3.361.556
Total pagado por Hugo Germán Herrera Díaz (2%)	\$ 3.361.556
Total a cargo de Makro	\$10.084.668
Total a favor de Héctor Herrera Díaz	\$ 3.361.556
Total a favor de Francisco Javier Herrera Díaz	\$ 3.361.556
Total a favor de Hugo Germán Herrera Díaz	\$ 3.361.556

2. Honorarios y gastos de la perito Gloria Zady Correa.

a) Honorarios más IVA	\$4.524.000
Total pagado por Francisco Javier Herrera Díaz	\$ 325.000
Total pagado por Hugo Germán Herrera Díaz	\$ 325.000
Total a cargo de Makro	\$ 650.000
Total a favor de Francisco Javier Herrera Díaz	\$ 325.000
Total a favor de Hugo Germán Herrera Díaz	\$ 325.000

b) Gastos de la pericia	\$ 120.800
Total pagado por Francisco Javier Herrera Díaz	\$ 10.400
Total pagado por Hugo Germán Herrera Díaz	\$ 10.400
Total a cargo de Makro	\$ 20.800

Total a favor de Francisco Javier Herrera Díaz	\$ 10.400
Total a favor de Hugo Germán Herrera Díaz	\$ 10.400

Agencias en derecho:

El tribunal fija el valor de las agencias en derecho, tomando como parámetro la mitad de la tarifa señalada para un árbitro	\$18.944.500
100% a cargo de Makro	\$18.944.500
Total a favor de Héctor Herrera Díaz	\$ 6.314.833.33
Total a favor de Francisco Javier Herrera Díaz	\$ 6.314.833.33
Total a favor de Hugo Germán Herrera Díaz	\$ 6.314.833.33
Total gastos y agencias en derecho a cargo de Makro	\$29.699.968
Total a favor de Héctor Herrera Díaz	\$ 9.676.389.33
Total a favor de Francisco Javier Herrera Díaz	\$10.011.789.33
Total a favor de Hugo Germán Herrera Díaz	\$10.011.789.33

Respecto de las sumas que no se utilicen de la partida “Protocolización, registro y otros”, se ordenará su devolución si a ello hubiera lugar. En el evento de que la suma disponible a la fecha no resulte suficiente para cubrir los gastos de protocolización del expediente, que debe ordenarse en el laudo, el valor faltante deberá ser sufragado por las partes así:

Comerintegral Ltda.	44 %
Makro de Colombia S.A.	56 %

3. Tercera parte: la decisión.

Por las consideraciones anteriores, el tribunal de arbitramento, administrando justicia en nombre de la República de Colombia por habilitación de las partes y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero. Acceder a la pretensión primera de la demanda principal en el sentido de declarar que Makro de Colombia S.A. (hoy Comercial Inmobiliaria Internacional S.A.) adeuda a Comercializadora y Constructora Integral Ltda., Comerintegral Limitada en liquidación la suma de mil doscientos cuatro millones setenta y seis mil seiscientos veinticuatro pesos con cuarenta centavos (\$1.204.076.624,40) correspondiente al saldo del precio de la compraventa del lote Royal, ubicado en la carrera 71 N° 81-88 de Bogotá perfeccionada mediante escritura pública 4090 del 22 de diciembre de 1994, otorgada en la Notaría 30 del Círculo de Bogotá.

Segundo. Acceder parcialmente a la pretensión cuarta de la demanda principal, exclusivamente en el sentido de declarar que la citada obligación a cargo de Makro de Colombia S.A. (hoy Comercial Inmobiliaria Internacional S.A.) de cancelar a favor de Comercializadora y Constructora Integral Ltda., Comerintegral Limitada en liquidación la suma de mil doscientos cuatro millones setenta y seis mil seiscientos veinticuatro pesos con cuarenta centavos (\$1.204.076.624,40) correspondiente al saldo del precio de la compraventa del lote Royal, causó intereses de mora a favor de Comercializadora y Constructora Integral Ltda., Comerintegral Limitada en liquidación en el período comprendido entre el 18 de octubre de 2001 y el 11 de junio de 2004 en cuantía de novecientos setenta millones ochocientos cuarenta y siete mil seiscientos cuarenta y dos pesos con dos centavos (\$ 970.847.642,02).

Tercero. Declarar probados los hechos que configuran la excepción perentoria de compensación propuesta oportunamente en la contestación de la demanda por Makro de Colombia S.A. (hoy Comercial Inmobiliaria Internacional S.A.) contra las pretensiones principales y secundarias de la demanda principal, en el sentido de reconocer que para el día 11 de junio de 2004 Comercializadora y Constructora Integral Ltda., Comerintegral Limitada en liquidación estaba solidariamente obligada junto con Héctor, Hugo Germán y Francisco Javier Herrera Díaz a cancelar a favor de Makro de Colombia S.A. (hoy Comercial Inmobiliaria Internacional S.A.) la suma de tres mil cincuenta y nueve millones seiscientos dos mil quinientos noventa y seis pesos con ochenta y dos centavos (\$3.059.602.596,82) por concepto de las condenas impuestas incluidos sus intereses, por el laudo arbitral proferido el 2 de junio de 2004, cuya fuerza ejecutoria se hizo efectiva el día 11 de junio de 2004, todo de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

Cuarto. Declarar que como consecuencia del reconocimiento de los hechos que dieron lugar a la prosperidad de la excepción de compensación propuesta por Makro de Colombia S.A. (hoy Comercial Inmobiliaria Internacional S.A.), con fecha 11 de junio de 2004 se extinguieron en su favor y en forma total y definitiva las obligaciones a su cargo de pagar a Comercializadora y Constructora Integral Ltda., Comerintegral Limitada en liquidación el saldo del precio junto con sus intereses moratorios a los cuales hace referencia los numeral primero y segundo de la parte resolutive del presente laudo.

Quinto. Acceder parcialmente a la tercera pretensión de la demanda de reconvención en el sentido de declarar que por las mismas razones que dieron lugar al reconocimiento de los hechos que sirven de fundamento a la excepción de compensación ya declarada, la obligación a cargo de Makro de Colombia S.A. (hoy Comercial Inmobiliaria Internacional S.A.) y a favor de Comercializadora y Constructora Integral Ltda., Comerintegral Limitada en liquidación de pagar el saldo del precio de la compraventa del lote Royal se encuentra extinguida por vía de compensación como consecuencia de la condena proferida en el laudo de fecha 2 de junio de 2004, según lo dispuesto en el presente laudo.

Sexto. Declarar que por causa de las compensaciones reconocidas de que tratan los numerales tercero, cuarto y quinto de la parte resolutive de este laudo, aún existe un saldo de la condena de que trata el numeral segundo del laudo del 2 de junio de 2004, por concepto de las multas por mora en la entrega material del lote Royal, a favor de Makro de Colombia S.A. (hoy Comercial Inmobiliaria Internacional S.A.) y solidariamente a cargo de Comercializadora y Constructora Integral Ltda., Comerintegral Limitada en liquidación, Héctor Ignacio, Hugo Germán y Francisco Javier Herrera Díaz en cuantía de ochocientos ochenta y cuatro millones seiscientos setenta y ocho mil trescientos treinta pesos con cuarenta centavos (\$884.678.330,40). Dicho saldo, es exigible a cargo de los deudores solidarios en los términos de dicho laudo arbitral del 2 junio de 2004 y a partir del día 11 de junio de 2004, fecha de su ejecutoria y momento en cual operó la compensación.

Séptimo. Denegar todas las restantes pretensiones principales y secundarias de la demanda presentada por Comercializadora y Constructora Integral Ltda., Comerintegral Limitada en liquidación.

Octavo. Por carencia de fundamentos legales, según lo expuesto en la parte motiva, rechazar las excepciones propuestas por Makro de Colombia S.A. (hoy Comercial Inmobiliaria Internacional S.A.), denominadas, “La inexistencia de mora sobre el saldo del precio”, “Falta de legitimación en la causa”, “Carencia de efectos frente a Makro de la cesión de derechos fiduciarios celebrada entre los fideicomitentes” y “la cesión de derechos fiduciarios de fecha 30 de junio de 2000 es un negocio absolutamente simulado”.

Noveno. Por las razones expuestas en la parte motiva denegar las pretensiones primera, segunda y cuarta de la demanda de reconvención.

Décimo. Con fundamento en lo expuesto en la parte motiva declarar probados los hechos que configuran la falta de legitimación en la causa por pasiva de los demandados Héctor Ignacio, Hugo Germán y Francisco Javier Herrera Díaz que corresponde fácticamente a la excepción que denominaron los demandados “Indebida integración del contradictorio” lo que implica el rechazo de la totalidad de lo pretendido contra estos demandados en reconvención.

Décimo primero. Sin perjuicio de lo anterior, declarar no probadas las excepciones propuestas por los demandados

en reconvención Comercializadora y Constructora Integral Ltda., Comerintegral Limitada en liquidación, Héctor Ignacio, Hugo Germán y Francisco Javier Herrera Díaz denominadas “Falta de jurisdicción”, “Falta de competencia del tribunal”, “Cobro doble de la Obligación”, “Carencia de obligación”, “Inexistencia del derecho de Makro”, “Ausencia de legitimación en Causa por Makro”, “Incumplimiento de Contrato”, “Ineptitud de demanda”, “Petición antes de tiempo”, “Imposibilidad de compensar las obligaciones de Makro de Colombia S.A. por el pago del saldo con las condenas y obligaciones judicialmente reconocidas a cargo de Comerintegral y Héctor Herrera Díaz”, “La solicitud de compensación se debe alegar como excepción y no como acción”, “Inexistencia de la obligación a favor de Makro de Colombia S.A., que le de derecho a solicitar la declaratoria judicial de la procedencia de la compensación”, “Improcedencia de la declaratoria sobre mora”, “La demanda de reconvención constituye un cobro ejecutivo, que no puede tramitarse por el procedimiento arbitral— Falta de competencia del tribunal”, “Exclusión de la cláusula compromisoria para Makro de Colombia S.A.— falta de competencia del tribunal”, “Extinción de la cláusula compromisoria para Makro de Colombia S.A.”.

Décimo segundo. Por las razones expuestas en la parte motiva, declarar la prosperidad de la excepción propuesta por los demandados en reconvención Comercializadora y Constructora Integral Ltda., Comerintegral Limitada en liquidación y Héctor Ignacio Herrera Díaz, denominada “La compensación solo opera hasta concurrencia de sus valores”, en el sentido de reconocer la procedencia de la compensación y la extinción de obligaciones hasta concurrencia de la deuda menor.

Décimo tercero. Declarar que prosperan parcialmente la excepción de mérito denominada “Contrato no cumplido”, propuesta por Makro de Colombia S.A. (hoy Comercial Inmobiliaria Internacional S.A.), así como la de “Cosa Juzgada”, en los términos y con las limitaciones expuestas en la parte motiva.

Décimo cuarto. Por las consideraciones expuestas en la parte motiva, abstenerse de proferir condena en costas, entre Makro de Colombia S.A. (hoy Comercial Inmobiliaria Internacional S.A.) y Comercializadora y Constructora Integral Ltda., Comerintegral Limitada en liquidación y en consecuencia negar las pretensiones sexta y sexta secundaria de la demanda principal y quinta de la demanda de reconvención.

Décimo quinto. Condenar a Makro de Colombia S.A. (hoy Comercial Inmobiliaria Internacional S.A.) a pagar a Héctor Herrera Díaz la suma de nueve millones seiscientos setenta y seis mil trescientos ochenta y nueve pesos con treinta y tres centavos (\$9.676.389.33), a Francisco Javier Herrera Díaz la suma de diez millones once mil setecientos ochenta y nueve pesos con treinta y tres centavos (\$10.011.789.33) y a Hugo Germán Herrera Díaz la suma de diez millones once mil setecientos ochenta y nueve pesos con treinta y tres centavos (\$10.011.789.33) por concepto de costas y agencias en derecho, de conformidad con las consideraciones de la parte motiva.

Décimo sexto. En todo lo que sea pertinente las declaraciones y resoluciones adoptadas en este laudo, respecto de Makro de Colombia S.A. (hoy Comercial Inmobiliaria Internacional S.A.) tendrán efecto vinculante para Makro Supermayorista S.A. quien como eventual sucesor o causahabiente de aquella fue reconocida como litisconsorte cuasinecesario en el presente proceso arbitral.

Décimo séptimo. Declarar que no prospera la objeción por error grave formulada por Comercializadora y Constructora Integral Limitada Comerintegral en liquidación y Héctor Herrera Díaz al dictamen pericial rendido por la señora perito Gloria Zady Correa. En consecuencia se entienden causados los honorarios de la señora perito, los cuales serán entregados a la misma por el presidente del tribunal.

Décimo octavo. Declarar causado el saldo final de honorarios de los árbitros y de la secretaria. El presidente efectuará los pagos correspondientes.

Décimo noveno. Disponer que por secretaría se expidan copias auténticas de la presente providencia con destino a las partes, con las constancias de ley.

Vigésimo. Disponer que una vez esté en firme esta providencia se protocolice el expediente en una Notaría del Círculo de Bogotá, y que si fuere el caso se devuelvan las sumas de dinero sobrantes por concepto de gastos, una vez deducidos los que se hayan hecho dentro del proceso. Se previene a Comercializadora y Constructora Integral Limitada Comerintegral en liquidación y Makro de Colombia S.A. (hoy Comercial Inmobiliaria Internacional

S.A.) sobre su obligación de suministrar el monto que llegare a faltar, en la proporción establecida en la parte motiva del laudo, de no ser suficiente la suma consignada para esa protocolización.

Notifíquese y cúmplase.

Ernesto Gamboa Morales, Presidente—Sara Ordóñez Noriega, árbitro—Arturo Ferrer Carrasco, árbitro.

Camila De La Torre Blanche, Secretaria.
