

Laudo Arbitral

Super 7

v.

José Farid Patiño Valdivieso

Julio 25 de 2001

Audiencia de fallo

En Bogotá, a las 2:30 de la tarde del 25 de julio de 2001 se reunieron en la sede del tribunal los doctores Miguel Camacho Olarte, presidente, José Alejandro Bonivento Fernández y Felipe Navia Arroyo, árbitros y María Patricia Zuleta García, secretaria, con el objeto de llevar a cabo la audiencia de fallo fijada para la fecha, en el Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir las controversias patrimoniales suscitadas entre Super 7, por una parte y José Farid Patiño Valdivieso, por la otra. Asistieron también los apoderados de las partes doctores César A. Torrente Bayona e Irma Isabel Rivera a quien se le sustituye el poder y se le reconoce personería.

Abierta la sesión el presidente autorizó a la secretaria para dar lectura al laudo que pone fin al proceso, laudo que se pronuncia en derecho, es acordado y expedido por unanimidad dentro del término legal, y está suscrito por todos los árbitros.

Laudos

Bogotá, 25 de julio de 2001.

Agotado el trámite legal y dentro de la oportunidad para hacerlo, se procede a pronunciar en derecho el laudo que finaliza el proceso arbitral entre Super 7, sociedad demandante, del tipo de las sociedades anónimas, constituida mediante escritura pública N° 2296 del 29 de septiembre de 1989 de la Notaría 26 de Bogotá, y transformada en sociedad anónima mediante la escritura pública N° 1476 del 3 de diciembre de 1994 otorgada en la Notaría 52 de Bogotá, cuyo certificado de existencia y representación obra a folios 155 a 156 del cuaderno principal 1 y cuyo representante legal es el gerente, señor Ricardo Forero Ramírez identificado con la cédula de ciudadanía 79.145.093 de Bogotá, por una parte. Y por la otra, José Farid Patiño Valdivieso persona natural con capacidad para transigir identificado con la cédula de ciudadanía 2.440.912 de Cali.

I. Antecedentes

1. Pacto arbitral

Super 7 solicitó por conducto de apoderado especial, solicitó la convocatoria de este tribunal al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y demandó a José Farid Patiño Valdivieso el 11 de junio de 1999, con fundamento en el compromiso arbitral suscrito el 14 de diciembre de 1995 cuya cláusula cuarta del acta de audiencia de conciliación describe el objeto del Tribunal de Arbitramento y a la letra dice: “Toda controversia o diferencia relativa a este acuerdo a su ejecución e interpretación, se resolverá por un Tribunal de Arbitramento que se sujetará al reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, de acuerdo con las siguientes reglas: el tribunal estará integrado por tres árbitros designados por la Cámara de Comercio de Bogotá, el tribunal decidirá en derecho”.

2. Trámite prearbitral

El día 11 de junio de 1999, la sociedad Super 7 por conducto de apoderado especial, solicitó la convocatoria de este tribunal al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y presentó su demanda de convocatoria con el lleno de los requisitos formales, la cual fue admitida el 22 de junio siguiente; de esta se corrió traslado a la parte demandada en los términos de los artículos 428 y concordantes del Código de Procedimiento Civil, por tratarse de un asunto de mayor cuantía, y el demandado José Farid Patiño Valdivieso contestó oportunamente la demanda y propuso excepciones de fondo.

Posteriormente, el apoderado del demandado José Farid Patiño Valdivieso, presentó demanda de reconvención contra la sociedad demandante, que fue admitida el 22 de diciembre de 1999; previas observaciones hechas por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, mediante escrito de fecha 22 de diciembre de 1999 que obra a folio 57 del cuaderno principal, en el cual admite la reconvención de la solicitud de convocatoria del Tribunal de Arbitramento presentada por José Farid Patiño Valdivieso; corre traslado del escrito de reconvención a Super 7, conforme al artículo 400 del Código de Procedimiento Civil y, por último, inadmite la reconvención de la solicitud de convocatoria del Tribunal de Arbitramento presentada por José Farid Patiño Valdivieso para resolver las diferencias surgidas con Carlos Augusto Quintero, Casinos Internacionales S.A. en liquidación y Universal de Casinos S.A.

Los apoderados de las partes interpusieron el recurso de reposición contra la providencia de fecha 22 de diciembre de 1999 antes mencionada. Mediante providencia de mayo 4 de 2000 el centro de arbitraje y conciliación procedió a dar respuesta a los recursos de reposición interpuestos por las partes cuyo escrito obra visible a folios 93 a 102 del cuaderno principal.

Por último, el 22 de mayo de 2000 el apoderado de la parte convocada conforme con el artículo 309 del Código de Procedimiento Civil solicitó se aclarara la parte resolutive del auto de fecha 4 de mayo de 2000 proferido por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. En esta misma fecha el apoderado de la parte convocante interpuso recurso de reposición contra el numeral 3° de la decisión proferida por el centro de arbitraje de fecha 4 de mayo de 2000. Mediante providencia de junio 29 de 2000, visible a folios 111 a 116, el centro de arbitraje procedió a aclarar la decisión de fecha 4 de mayo de 2000 en el sentido de indicar que la demanda de reconvención se debía formular solamente contra quien tenga la calidad de demandante tal como lo dispone el artículo 400 del Código de Procedimiento Civil y confirmó el numeral 3° del auto de fecha 4 de mayo de 2000 por medio del cual se concede el término legal de 5 días para que se subsane la demanda de reconvención.

En escrito de fecha 7 de julio de 2000, el apoderado de la parte convocada, dando cumplimiento a lo ordenado por el centro de arbitraje, corrigió la demanda de reconvención presentada, en el sentido de dirigirla únicamente en contra de la sociedad Super 7.

En esa misma fecha presentó la demanda de reconvención en contra de Super 7, la cual fue admitida por el centro de arbitraje y conciliación el 12 de julio 2000 y en esta misma fecha ordenó correr traslado por el término legal previsto en el artículo 400 del Código de Procedimiento Civil. El 3 de agosto de 2000 el apoderado de la parte convocante presentó, dentro del término legal, el escrito de contestación a la demanda de reconvención. El 14 de agosto de 2000 por el apoderado de la convocante recorrió el traslado de las excepciones de mérito presentadas por el apoderado de la parte convocada, haciendo un pronunciamiento sobre las mismas, cuyo escrito se encuentra visible a folios 158 a 166 del cuaderno principal 1.

3. Trámite arbitral

El tribunal asumió competencia para conocer y decidir las controversias a él sometidas el día 25 de enero de 2001, mediante auto dictado en la primera audiencia de trámite (acta 4). Con posterioridad en audiencia de fecha 6 de febrero de 2001 el apoderado de la parte convocada presentó la reforma de la demanda de reconvención corregida de la cual se corrió traslado por el término legal de cinco días. El día 26 de febrero de 2001 el tribunal decretó las pruebas del proceso. El trámite se desarrolló en doce sesiones, durante las cuales las partes rindieron declaraciones a través de sus representantes legales citados para el efecto, se recibieron 20 testimonios, además de la prueba documental aportada en las oportunidades iniciales, se allegaron al proceso documentos aportados por diferentes entidades, conforme con los oficios librados por el tribunal a solicitud de las partes.

Por último, se practicó una inspección judicial previa exhibición de documentos en las oficinas de Super 7, ubicadas en la carrera 7ª N° 21-65; diligencia durante la cual se ordenó la incorporación de una serie de documentos que hacen parte integral del expediente; igualmente se exhibieron documentos de las sociedades Universal de Casinos S.A. y Casinos Internacionales S.A.

Los apoderados de común acuerdo desistieron de algunos testimonios quedando finalizada la instrucción del proceso el día 2 de abril de 2001, fecha en la cual se citó a las partes para la audiencia de alegatos de conclusión.

Esta se llevó a cabo el 8 de mayo del presente año, con intervención de los señores apoderados de las partes quienes presentaron oralmente sus alegaciones finales y anexaron resúmenes de las mismas al expediente.

4. Término del proceso

Conforme con lo dispuesto en el artículo 101 de la Ley 23 de 1991, al no señalar las partes término de duración del proceso, este es de seis meses contados desde la finalización de la primera audiencia de trámite, pero podrá prorrogarse una o varias veces a solicitud de las partes o de sus apoderados con facultad expresa para ello, sin que el total de las prórrogas exceda de seis meses.

La primera audiencia de trámite se realizó el 25 de enero de los corrientes; el término del proceso se suspendió por solicitud conjunta de los señores apoderados; desde el 3 al 16 de abril de 2001, ambas fechas inclusive.

Se encuentra, entonces, el tribunal dentro del término legal para proferir el laudo; encuentra además cumplidos los presupuestos procesales, y no advirtiendo causal alguna de nulidad, procede a dictar el fallo en derecho, previo estudio de las pretensiones de las partes.

5. Pretensiones

5.1. De la demanda

Super 7, en demanda del 11 de junio de 1999, solicita se hagan las siguientes declaraciones y condenas: “Pretensiones: 1. Se libre mandamiento de pago a favor de la sociedad Super 7 y en contra de José Farid Patiño Valdivieso por la siguiente suma de dinero:

Por la suma que, en moneda legal colombiana, represente la cantidad de quinientos mil dólares, de los Estados Unidos de Norteamérica (US\$ 500.000) vertida y liquidada a la tasa del mercado de capitales, vigente en la fecha en que se realice el pago, suma que equivale al valor de la cláusula penal contenida en el “acta audiencia de conciliación” suscrita el 14 de diciembre de 1995 en el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantil de la Cámara de Comercio de Bogotá.

2. Se condene, en su oportunidad procesal, al demandado a pagar las costas del presente proceso”.

5.2. De la demanda de reconvencción

El apoderado de la parte convocada solicita a los señores árbitros se hagan las siguientes o similares declaraciones y condenas a favor de José Farid Patiño Valdivieso y en contra de Super 7:

“Pretensiones principales

Declarativas principales

1. Que se declare que Super 7, incumplió la obligación establecida en la cláusula segunda, numeral 1º, literal E del “Acta de conciliación”, suscrita el día 14 de diciembre de 1995, al no haber realizado el pago de 20 cuotas del precio, correspondientes a los meses comprendidos entre junio de 1997 y enero de 1999, ambos meses inclusive, dentro del plazo establecido para ello en la citada cláusula, al haber solicitado y practicado un embargo de las respectivas cuotas en un proceso ejecutivo iniciado y promovido por Super 7, ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bogotá.

2. Que se declare que Super 7, incumplió la obligación establecida en la cláusula quinta y la cláusula segunda, literal G de la “Acta de conciliación”, suscrita el día 14 de diciembre de 1995, al haber promovido un proceso ejecutivo, y ahora un Tribunal de Arbitramento, con sustento en hechos ocurridos con anterioridad a la celebración de la citada conciliación y por lo tanto cubiertos por dicho acuerdo.

3. Que se declare que Super 7, incumplió la obligación establecida en la cláusula cuarta de la “Acta de conciliación”, suscrita el día 14 de diciembre de 1995, al haber promovido un proceso ejecutivo ante la justicia ordinaria en contravención a lo establecido en la cláusula compromisoria suscrita entre las partes.

4. Que con base en lo establecido en la cláusula segunda, literal E, párrafo 2, se declare extinguido el plazo para el pago de las obligaciones allí mencionadas y exigible la totalidad de la obligación que se encontraba sujeta a plazos, desde el día 26 de agosto de 1997 o desde la fecha que el honorable tribunal estime aplicable, como consecuencia del incumplimiento en el pago de las obligaciones a cargo de Super 7, derivadas del “Acta de conciliación” suscrita el día 14 de diciembre de 1995, por razón del embargo de las cuotas practicadas dentro del proceso ejecutivo adelantado por Super 7 en contra de José Farid Patiño Valdivieso, ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bogotá.

Consecuenciales o de condena

1. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se condene a Super 7, y a favor de José Farid Patiño Valdivieso, al pago de la cláusula penal establecida en el “Acta de conciliación” suscrita el día 14 de diciembre de 1995, por un valor de US\$ 500.000 mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, liquidados a la tasa de cambio vigente al momento de realizarse el pago o a la tasa de cambio que el honorable tribunal estime aplicable.

2. Que se condene a Super 7, y a favor de José Farid Patiño Valdivieso, al pago de intereses de mora a la tasa máxima legal permitida, sobre el total de la obligación acelerada desde el día 26 de agosto de 1997, hasta que se realice el pago como consecuencia del incumplimiento en el pago oportuno de las obligaciones derivadas del “acta de conciliación” suscrita el día 14 de diciembre de 1995, cláusula 2ª, numeral 1º, literal E.

3. Que como consecuencia de la declaración de extinción del plazo, se condene a Super 7, al pago del saldo de la obligación pendiente y que se hizo exigible el 26 de agosto de 1997, imputando los abonos efectuados primero a intereses de mora y después a capital, de conformidad con la cláusula segunda, numeral 1º, literal E del “Acta de conciliación”.

4. Se condene a Super 7, al pago de costas, agencias en derechos, gastos del Tribunal de Arbitramento, honorarios de los árbitros y del secretario.

Pretensiones especiales. En el evento en que el honorable tribunal se declare competente para conocer del proceso ejecutivo que ha promovido Super 7, solicito al honorable tribunal pronunciarse, además, sobre las siguientes pretensiones principales:

1. Que se libre mandamiento de pago en contra de Super 7, y a favor de José Farid Patiño Valdivieso, por un valor de US\$ 500.000 mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, liquidados a la tasa de cambio vigente al momento de realizarse el pago o a la tasa de cambio que el honorable tribunal estime aplicable, correspondientes al pago de la cláusula penal establecida en el acta de conciliación suscrita el día 14 de diciembre de 1995.

2. Que se libre mandamiento de pago en contra de Super 7, y a favor de José Farid Patiño Valdivieso por el valor de los intereses de mora, a la máxima tasa legal permitida, sobre el total de la obligación acelerada desde el día 26 de agosto de 1997, hasta que se realice el pago total de la obligación, como consecuencia del incumplimiento en el pago oportuno de las obligaciones derivadas del “Acta de conciliación” suscrita el día 14 de diciembre de 1995 cláusula 2ª, numeral 1º, literal E.

3. Que se libre mandamiento de pago en contra de Super 7, por el valor de la obligación pendiente y que se hizo exigible el 26 de agosto de 1997, imputando los abonos efectuados primero a intereses de mora y después a capital, de conformidad con la cláusula segunda, numeral 1º, literal E del “Acta de conciliación”.

Pretensiones subsidiarias

Declarativas subsidiarias

1. Que se declare que Super 7, incumplió la obligación establecida en el literal E de la cláusula segunda del acta de conciliación suscrita el día 14 de diciembre de 1995, al haber incurrido en mora en el pago de las cuotas correspondientes a los meses de junio de 1997, mayo de 1998, junio de 1998, agosto de 1998, septiembre de 1998, octubre de 1998, diciembre de 1998 y enero de 1999.

2. Que con base en lo establecido en la cláusula segunda, literal E, párrafo 2º, se declare extinguido el plazo para el pago de las obligaciones allí mencionadas y exigible la totalidad de la obligación que se encontraba sujeta a plazos, desde el día 26 de agosto de 1999 o desde la fecha que el honorable tribunal estime aplicable, como consecuencia del incumplimiento en el pago de las obligaciones a cargo de Super 7 derivadas del acta de conciliación suscrita el día 14 de diciembre de 1995.

De condena subsidiarias

Corresponden a estas pretensiones declarativas subsidiarias, las mismas pretensiones de condena principales”.

5.3. Las pretensiones de la convocante y los hechos en que las apoya

Dos son las pretensiones de la parte convocante, a saber: que se libre mandamiento de pago a favor de Super 7 y en contra de José Farid Patiño Valdivieso por la suma que, en moneda legal colombiana, represente la cantidad de US\$ 500.000, liquidada a la tasa representativa del mercado el día del pago, suma equivalente al valor de la cláusula penal contenida en el acta de conciliación suscrita el 14 de diciembre de 1995 en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá; y segundo, que se condene al demandado a pagar las costas del proceso.

En el escrito de la demanda, la pretensión se sustenta en el hecho de que el señor José Farid Patiño Valdivieso incumplió con la obligación de no hacer contenida en el numeral 6º de la cláusula primera del acta de conciliación suscrita el 14 de diciembre de 1995, consistente en respetar los principios de lealtad comercial y de abstenerse de explotar actividades similares a las que desarrolla la sociedad Super 7 en un área no menor de 100 metros a la redonda durante los treinta meses siguientes a la fecha de la firma del acta de conciliación. El incumplimiento de la parte convocada resulta del hecho de que, a la fecha de la firma del acta de conciliación, la sociedad Super 7 explotaba, en forma exclusiva, máquinas electrónicas de juegos de suerte y azar en el establecimiento de comercio denominado Kosaco, ubicado en la carrera 53 N° 50-28 de la ciudad de Medellín. Esta circunstancia obligaba a la parte convocada a respetar ese establecimiento de comercio y a no ejercer en él la misma actividad comercial de Super 7. Sucedió que, a fines del mes de diciembre de 1995, el señor José Farid Patiño Valdivieso instaló en ese mismo local 22 máquinas de juegos de suerte y azar, luego de lo cual, solicitó, con fecha 30 de enero de 1996, el correspondiente permiso para instalar las máquinas a Ecosalud.

En el escrito de reforma de la demanda, la parte convocante solicitó tener en cuenta unos hechos adicionales, los cuales, desde su punto de vista, constituyen otros tantos incumplimientos por parte de la convocada. Son ellos: la solicitud presentada el 10 de agosto de 2000 por el señor José Farid Patiño Valdivieso a la Fiscalía Sesenta y Cuatro ante los jueces penales del Circuito de Cali, unidad de patrimonio económico II, de revocar la resolución inhibitoria pronunciada por el mismo despacho judicial el 5 de febrero de 1996, y en la cual se abstenía de iniciar investigación contra el señor Carlos Quintero, por los delitos de estafa, falsedad en documento público y privado y fraude procesal. Esta actitud del señor José Farid Patiño Valdivieso dio lugar a una serie de trámites penales (ampliación de denuncia, indagatoria a Carlos Quintero y resolución de preclusión de la investigación) con violación de lo acordado en el numeral 5º de la cláusula primera del acta de conciliación. En segundo lugar, que al haber cumplido Super 7 con todas las obligaciones a su cargo, conforme a lo estipulado en el acta de conciliación, la negativa del señor José Farid Patiño Valdivieso a cancelar las garantías que se describen en el literal F de la cláusula segunda del acta de conciliación, constituye un nuevo incumplimiento de este, todo lo cual da lugar a que se lo condene a pagar el valor de la cláusula penal.

5.3.1. La contestación y las excepciones de la parte convocada

La parte convocada contestó, dentro la oportunidad legal, la demanda presentada contra ella, oponiéndose a las pretensiones de la parte convocante por carecer de sustento fáctico y jurídico. Luego de pronunciarse expresamente sobre cada uno de los hechos de la demanda, aceptando algunos y rechazando los demás, propone siete excepciones de fondo, a saber: inexistencia del incumplimiento que permita el cobro de la cláusula penal, cobro de lo no debido, nulidad de la estipulación que se considera incumplida, aceptación o condonación del supuesto incumplimiento, excepción de contrato no cumplido, transacción y cosa juzgada.

6. Los hechos de la demanda de reconvención

Relata la demanda de reconvención que el 14 de diciembre de 1995 se firmó en la Cámara de Comercio de Bogotá la tantas veces mencionada conciliación entre el señor Carlos Quintero, la Sociedad Super 7 y otros por una parte, y José Farid Patiño Valdivieso y su señora por la otra.

En el literal E de la cláusula primera de la conciliación, la sociedad Super 7 y los demás se comprometieron entre otras cosas para con José Farid Patiño Valdivieso y su señora a cancelarles en dinero efectivo “la suma de \$ 850.000.000 m/cte., pagaderos en 60 cuotas mensuales, cincuenta y nueve cuotas de \$ 14.166.667 y una última cuota de \$ 14.166.647. La primera cuota se entrega a la suscripción de la presente acta y las restantes cuotas se pagarán sucesivamente a más tardar el 25 de cada mes a partir del mes de enero de 1996”.

Estas sumas no generarán ninguna clase de intereses corrientes a los cuales renuncia expresamente en el presente acto el señor José Farid Patiño Valdivieso, pero si genera intereses de mora ya que en el caso de que se presente mora en el pago de cualquiera de las cuotas pactadas, se cobrarán intereses moratorios a la tasa máxima autorizada por la ley sobre la cuota en mora y por el tiempo que dure la misma. En caso de que la mora en el pago de cualquiera de las cuotas sobrepase los 60 días calendario se entenderá extinguido el plazo otorgado y se hará exigible la totalidad de la deuda, renunciado a los requerimientos contemplados en la ley”.

De acuerdo con lo expuesto por el señor apoderado de José Farid Patiño Valdivieso este era socio minoritario de la sociedad Super 7 para el año de 1995 donde el socio mayoritario, el señor Carlos Quintero, tenía el control absoluto de la sociedad, lo que creó una situación de conflicto que se hizo insostenible y finalmente llevó a las partes a solicitar a la Cámara de Comercio de Bogotá, el 24 de noviembre de 1995, la celebración de una audiencia para tratar de arreglar las diferencias que hasta ese momento tenían las partes. Dicha audiencia que tuvo lugar el 14 de diciembre de 1995 terminó a altas horas de la noche con la firma de la conciliación que es hoy materia del presente proceso arbitral, acta que según consta en los testimonios rendidos por varios de los que intervinieron fue redactada por Carlos Quintero y sus abogados y finalmente firmada por José Farid Patiño Valdivieso y su señora a instancias de esta última.

La conciliación celebrada contempla, como ya se dijo, entre otras prestaciones, el pago de 59 cuotas mensuales sucesivas de \$ 14.166.667 y una de \$ 14.166.647 por parte de Super 7 a José Farid Patiño Valdivieso; relata igualmente el señor apoderado de José Farid Patiño Valdivieso que con posterioridad a la conciliación este continuó dedicado al negocio de las máquinas tragamonedas y decidió ampliar sus negocios en la ciudad de Medellín donde Super 7 tenía escasa presencia con solo 4 locales; José Farid Patiño Valdivieso tuvo algún éxito en Medellín, éxito que era alimentado por los flujos de dinero proveniente de los pagos hechos por Super 7 en cumplimiento de la conciliación por lo cual esta última decidió detener ese crecimiento, presentando, ante la jurisdicción civil ordinaria, una demanda ejecutiva en contra de José Farid Patiño Valdivieso tendiente a cobrar la cláusula penal pactada en dicha conciliación con base en un supuesto incumplimiento por parte del demandado. Como medida cautelar en dicho proceso, solicitó el demandante el embargo del crédito existente a favor de José Farid Patiño Valdivieso y a cargo de Super 7 originado en la conciliación.

Como consecuencia de dicha medida José Farid Patiño Valdivieso dejó de percibir los dineros correspondientes a los pagos pactados en la conciliación a partir del mes de junio de 1997 hasta el mes de enero de 1999, pues fueron consignados por Super 7 en la cuenta de depósitos judiciales por orden del juzgado y únicamente le fueron entregados al acreedor el 17 de febrero de 1999 a la terminación del proceso ejecutivo con decisión favorable a José Farid Patiño Valdivieso al prosperar la excepción de cláusula compromisoria.

Así las cosas, dice el demandante en reconvención, Super 7 vulneró el numeral 1º del literal E de la cláusula segunda del acta de conciliación al incurrir en mora en los pagos de 20 de las 60 cuotas que se comprometió a pagar, toda vez que al iniciar el ejecutivo ante el Juzgado 2º Civil del Circuito de Bogotá se ordenó el embargo del crédito a su cargo y a favor de José Farid Patiño Valdivieso, lo que ocasionó que este último solamente recibiera el pago del valor correspondiente a dichas cuotas el 17 de febrero de 1999, una vez fue fallado en contra del demandante y terminado el mencionado proceso ejecutivo.

6.1. Contestación de la demanda de reconvención y las excepciones

La parte convocante contestó, dentro de la oportunidad legal, la demanda de reconvención presentada contra ella, oponiéndose a las pretensiones de la parte convocada por carecer de sustento fáctico y jurídico. Luego de pronunciarse expresamente sobre cada uno de los hechos de la demanda de reconvención, aceptando algunos y rechazando los demás, propone las siguientes excepciones de mérito:

1. Trámite inadecuado.
2. Inexistencia del incumplimiento de las obligaciones.
3. Excepción de contrato no cumplido.
4. Cobro de lo no debido.
7. Audiencia de conciliación

Entre el señor José Farid Patiño Valdivieso, accionista minoritario de la sociedad denominada Super 7, dedicada a la explotación de juegos de azar, en particular de máquinas tragamonedas y máquinas de caballos, y el señor Carlos Augusto Quintero, accionista mayoritario de la mencionada sociedad, surgieron diferencias insalvables respecto del manejo de los negocios de Super 7.

No habiendo podido llegarse a un acuerdo directo sobre los términos y condiciones del retiro del señor José Farid Patiño Valdivieso de la sociedad, las partes en conflicto acudieron al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, con el fin de intentar una conciliación de sus diferencias, la que, finalmente, se obtuvo, con la firma de un acta de conciliación el día 14 de diciembre de 1995.

En el acto de conciliación intervinieron, además de los señores José Farid Patiño Valdivieso, la señora del primero, Rosalba Giraldo, dueña de 100 acciones de la sociedad Casinos Internacionales S.A., Sandra Quintero, copropietaria con el señor José Farid Patiño Valdivieso del establecimiento de comercio denominado Bingo Excelsior, el señor Mario Henao López en representación de la sociedad Universal de Casinos S.A. y el doctor Carlos Eduardo Sáchica en representación de Casinos Internacionales S.A.

El alcance y contenido de la conciliación podría sintetizarse de la siguiente manera: José Farid Patiño Valdivieso cede a Carlos Augusto Quintero sus acciones en las sociedades Super 7 y Casinos Internacionales S.A.; cede a Nur Sandra Quintero sus derechos en la comunidad sobre el establecimiento de comercio Bingo Excelsior o Casino Excelsior; desiste de las acciones judiciales, cualquiera que fuese su carácter, intentadas hasta el momento de la firma del acta de conciliación; renuncia a iniciar o revivir acciones legales o extrajudiciales con base en los hechos que dieron lugar a las diferencias entre ellos; se compromete a no efectuar actos de competencia desleal para con las sociedades de que era socio, obligación de carácter negativo que comprende la no revelación de secretos industriales y comerciales, el respeto de los establecimientos comerciales de Super 7 en un área no menor de 100 metros a la redonda durante los 30 meses siguientes a la firma del acta de conciliación, y la no utilización del nombre comercial, las marcas, símbolos, licencias y permisos de los productos de las sociedades Super 7 y Casinos Internacionales S.A.; en fin, a no reclamar utilidades, dividendos, salarios y prestaciones sociales, o primas de cesión de las sociedades de que era socio. Por su parte, la señora Rosalba cede a favor de Casinos Internacionales S.A. las acciones de las que ella era titular en dicha sociedad.

A su turno, Carlos Augusto Quintero y las sociedades Super 7 y Casinos Internacionales S.A. se obligaron para con José Farid Patiño Valdivieso y Rosalba de Patiño a pagarles la suma de \$ 1.203.390.000, parte en especie (derechos de propiedad sobre los establecimientos de comercio de propiedad de Super 7 en Pereira y Chinchiná, derechos que se avaluaron en \$ 250.000.000; 50 máquinas tragamonedas avaluadas en \$ 95.390.000; y una camioneta Mazda B2000, modelo 1990, avaluada en \$ 8.000.000) y \$ 850.000.000; en dinero en efectivo, pagaderos en 60 cuotas mensuales, las cuales no dan lugar al pago de intereses corrientes de plazo pero si de mora a la máxima tasa autorizada por la ley; en fin, para el caso de mora de más de 60 días en el pago de una sola de las cuotas, se pactó la aceleración de la deuda. Para garantizar el pago de las obligaciones contraídas se constituyó hipoteca abierta de primer grado sobre un inmueble ubicado en la calle 12 N° 3-31, 3-55, 3-59 y 3-61 de la ciudad de Cali y prenda abierta sin tenencia sobre una máquina Royal Ascot Special (de caballos) de 22 estaciones o satélites. Al igual que el señor José Farid Patiño Valdivieso, se comprometieron a no iniciar contra este o su señora

esposa ninguna acción civil, penal, comercial o de cualquiera otra índole.

Al acuerdo de conciliación, cuyos términos básicos se han dejado resumidos, se le agregaron una cláusula compromisoria y una cláusula penal por un valor de US\$ 500.000, o su equivalente en moneda legal colombiana, liquidados a la tasa representativa del mercado a la fecha del pago, pena exigible, sin necesidad de constituir en mora a la parte incumplida, y cuyo pago “no eximirá a la parte que se retracte del cumplimiento de las demás obligaciones adquiridas por medio de este documento, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 2486 del Código Civil Colombiano”.

La sociedad Super 7, alegando el incumplimiento de la obligación de no hacer, consistente en el deber de respetar sus establecimientos de comercio en un área de 100 metros a la redonda, demandó por la vía ejecutiva al señor José Farid Patiño Valdivieso ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bogotá y obtuvo el embargo preventivo de los créditos del demandado con Super 7. Habiendo prosperado la excepción de cláusula compromisoria, el juzgado levantó las medidas preventivas y condenó a Super 7 a pagar perjuicios a favor del demandado.

Agotado el trámite ante la jurisdicción ordinaria, Super 7 acudió al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, tal como se había pactado en la cláusula cuarta del acta de conciliación suscrita el 14 de diciembre de 1995, y demandó ejecutivamente el pago de la cláusula penal.

8. Alegaciones

Fueron oídas las alegaciones de las partes con las cuales reiteraron sus posiciones.

II. Consideraciones del tribunal

1. La competencia del tribunal

Surtido el trámite legal, el tribunal asumió competencia en la primera audiencia de trámite, llevada a cabo el día 25 de enero de 2001 mediante auto 4 y dijo: “Pasa el tribunal a examinar su propia competencia, para lo cual ha de tenerse en cuenta, en primer lugar, que no se remite a ninguna duda la validez de la cláusula cuarta del documento de transacción, suscrito entre las partes, por medio del cual se convino que se someterían a la decisión de un Tribunal de Arbitramento todas las diferencias que puedan presentarse, entre ellas, con ocasión de su ejecución e interpretación; y en segundo lugar, que debe definirse el trámite a dársele a la pretensión ejecutiva, a la demanda de reconvenición y a las excepciones propuestas.

Ha sido tema de discusión si puede ser materia de proceso arbitral el cobro ejecutivo de un crédito. La Corte Constitucional se ha inclinado por esta tesis en varios pronunciamientos (Sents. C-294, jul. 6/95 y C-384, abr. 5/2000). Precisamente, en la primera de las providencias citadas expuso esa alta corporación ... “Si, pues, según el artículo del Código Civil, una obligación que presta mérito ejecutivo puede renunciarse cuando solo mira al interés del asociado y no está prohibida su renuncia, ¿por qué no podrían el acreedor y el deudor, antes o después de la demanda ejecutiva, someter la controversia originada en tal obligación a la decisión de árbitros? Y si sobre obligaciones que prestan mérito ejecutivo es posible transigir, para terminar extrajudicialmente un litigio eventual, como lo prevé el artículo 2469 del Código Civil ¿Cómo sostener que los conflictos a que pueden dar lugar tales obligaciones no pueden someterse a la decisión de los árbitros, como lo prevé el último inciso del artículo 116 de la Constitución? En conclusión: los árbitros, habilitados por las partes, en los términos que determine la ley, pueden administrar justicia para decidir conflictos surgidos en torno a obligaciones exigibles ejecutivamente, así esté en trámite el proceso ejecutivo, o no haya comenzado aún. Así lo establece inequívocamente el inciso cuarto del artículo 116 de la Constitución”.

También el legislador le ha abierto paso a la ejecución arbitral para determinados asuntos (L. 510/98, art. 87 y ss.). Recuérdese que el inciso segundo del artículo 2º del Decreto 2651 de 1991 estableció que, siempre que las partes lo solicitaran, los procesos ejecutivos en los que se hubiesen propuesto excepciones de mérito, podían ser sometidos a la decisión de un Tribunal de Arbitramento.

La pretensión ejecutiva, en este asunto, se introdujo con la solicitud de convocatoria, a trámite arbitral, y esto haría

suponer que se pretende el cobro de una obligación clara, expresa y exigible, precisamente por un procedimiento ejecutivo, sin que medien diferencias entre las partes y con la acreditación de la contravención que legitima la ejecución por obligación de no hacer. Por un lado, la demanda está montada sobre la base de una afirmación de un supuesto incumplimiento de la parte convocada; por consiguiente, el carácter actual y exigible de la obligación de no hacer, requiere que se acredite y evalúe la contravención. Y por el otro, la parte demandada propuso excepciones de mérito.

Empero, la forma como se presente la demanda no le resta procedibilidad a la pretensión formulada por la sociedad convocante, aunque para la específica materia de este debate la normatividad adjetiva no regula el proceso ejecutivo arbitral.

Además, el documento que se exhibe, como soporte para el recaudo ejecutivo, contiene un negocio jurídico de transacción con efecto de cosa juzgada en relación con el litigio primigenio; pero al incorporarse en el acta de conciliación nuevas obligaciones e incluirse la cláusula compromisoria, en cuanto se estipuló que cualquier diferencia que se suscitare sobre lo convenido, su ejecución o interpretación, dejó abierta la posibilidad para que sea resuelta por un tribunal arbitral. Las partes no pusieron limitación o restricción sobre el particular. Es decir, el contenido de la conciliación tiene otras implicaciones y aplicaciones obligacionales susceptibles de controvertirse por el procedimiento arbitral.

En todo caso, la cláusula tercera del acuerdo transaccional no se sustrae de esa consideración, no obstante tiene una primera manifestación sustancial: convertir la suma de dinero, acordada como cláusula penal, en un factor indemnizatorio, pues esa estipulación también puede ser arrastrada por la cláusula compromisoria, en cuanto deja abierta la posibilidad para que las partes controviertan las diferencias, sobre lo convenido en la conciliación, en un proceso arbitral.

Ahora bien, a la demanda no se puede imprimir un trámite distinto al que está previsto en la ley para toda controversia arbitral ordinaria o común. Por eso, la parte convocante, al indicar la clase de proceso, dice ... "se debe adelantar el proceso arbitral previsto por la ley actualmente en vigencia ..."; que no puede ser otro que el organizado en el Decreto 1818 de 1998 que compiló toda la legislación arbitral.

El centro de arbitraje admitió la solicitud de convocatoria ... "por cumplir con los requisitos previstos en los artículos 428 y concordantes del Código de Procedimiento Civil y conforme lo establece el artículo 121 de la Ley 446 de 1998 reúne todos los requisitos establecidos por la ley para convocar, integrar e instalar el tribunal arbitral solicitado por Super 7 para solucionar las diferencias con José Farid Patiño Valdivieso ...", ordenando correr traslado en los términos del artículo 428 del Código de Procedimiento Civil, y ninguna de las partes impugnó esa decisión. Algo más, el convocado contestó la demanda dentro de la oportunidad legal con la expresa manifestación de oponerse a las pretensiones del demandante, y formulando así mismo, excepciones de mérito.

De la demanda, de su contestación, de las excepciones, de la demanda de reconvencción, de su respuesta y de las excepciones, de las reformas de la demanda principal y de su reconvencción y demás escritos, se desprende que existe un conflicto alrededor de la ejecución y cumplimiento de la relación contractual, surgida de la conciliación, y, por ende, el juez arbitral es el competente; además, como se expuso, conforme a la cláusula compromisoria, convinieron las partes someter las diferencias a la decisión de un Tribunal de Arbitramento.

Entonces, de lo expuesto se concluye que el trámite a seguirse es el indicado en el procedimiento arbitral, es decir, de asumir el tribunal, en primer lugar y de conformidad con el artículo 147 del Decreto 1818 de 1998 —artículo 124 de la Ley 446 de 1998—, la competencia para conocer el asunto y adoptar las decisiones a que haya lugar".

Como quiera que la pretensión principal de la demanda es la de que se libere mandamiento de pago a favor de la sociedad Super 7 y en contra de José Farid Patiño Valdivieso por la suma equivalente a US\$ 500.000, liquidados a la tasa representativa del mercado correspondiente al día del pago, o sea por el valor de la cláusula penal, y toda vez que el apoderado de la parte convocada releva, en su alegato de conclusión, que como este tribunal, al asumir competencia, decidió no librar mandamiento ejecutivo, dado que la ley no regula el procedimiento ejecutivo arbitral, y tramitar el asunto conforme a las normas que regulan el procedimiento arbitral, procediendo a adecuar el trámite con fundamento en lo dispuesto por los artículos 37, 86, 99 y 140 del Código de Procedimiento Civil, la

parte convocante no tiene pretensiones que puedan ser objeto de decisión por este tribunal, pues este ya las negó, conviene precisar que, al proceder a la adecuación procesal con base en las normas del Código de Procedimiento Civil antes citadas, el tribunal, apoyándose en las razones que habrán de expresarse más adelante, estima que el alcance de su pronunciamiento de fondo, si bien no puede consistir en librar un mandamiento ejecutivo con el laudo, si puede tener el alcance de definir si a la convocante le asiste o no la razón para obtener en su favor la condena de la parte convocada a pagar la cláusula penal.

En efecto, el segundo inciso del artículo 2° del Decreto 2651 de 1991 estableció que, siempre que las partes lo solicitaran, los procesos ejecutivos en los que se hubiesen propuesto excepciones de mérito, podían ser sometidos a la decisión de un Tribunal de Arbitramento. Esta norma vino a complementar la del inciso 2° del artículo 1° del Decreto 2279 de 1989, el cual resolvió, en sentido positivo, la posibilidad de someter al trámite arbitral cualquier controversia surgida entre las partes con motivo de la existencia, interpretación, desarrollo o terminación de los contratos de arrendamiento, salvo “los aspectos de ejecución que demanden las condenas en los laudos” (resaltamos), los cuales “deberán tramitarse ante la jurisdicción ordinaria”. En los dos casos resulta evidente el razonamiento del legislador, a saber: todas las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir pueden ser sometidas a decisión arbitral (art. 1° del D. 2279/89, modificado por el art. 111 de la L. 446/98); las controversias que surjan con ocasión de la celebración, cumplimiento y terminación de contratos de arrendamiento, o, en el caso de los procesos ejecutivos, cuando se proponen excepciones de mérito, pueden ser resueltas por un acuerdo de transacción, puesto que en los dos casos, los derechos de las partes, siendo de contenido exclusivamente económico, pueden ser objeto de renuncia por sus titulares; dado el carácter contencioso y declarativo del proceso arbitral, se excluyen los aspectos de ejecución de los laudos en materia de contratos de arrendamiento; y, respecto de los procesos ejecutivos, si no se proponen excepciones de mérito, no hay debate, solo se requiere de la *potestas e imperium*, radicadas exclusivamente en los jueces ordinarios, razón por la cual se excluye la posibilidad de acudir a un Tribunal de Arbitramento; pero, si en estos mismos procesos, se plantean excepciones de mérito, de inmediato se abre una controversia, respecto de la cual, el juez, sea el ordinario o el árbitro, antes de proceder a llevar a cabo la ejecución (*imperium*), debe previamente declarar si la obligación clara, líquida y exigible, cuyo cumplimiento se le solicita, existe o no.

Por su parte, la Corte Constitucional definió, en los siguientes términos, la posibilidad de someter al trámite arbitral las obligaciones exigibles ejecutivamente: “Si, pues, según el artículo 15 del Código Civil, una obligación que presta mérito ejecutivo puede renunciarse cuando solo mira al interés del renunciante y no está prohibida su renuncia, ¿por qué no podrían el acreedor y el deudor, antes o después de la demanda ejecutiva, someter la controversia originada en tal obligación a la decisión de los árbitros? Y si sobre obligaciones que prestan mérito ejecutivo es posible transigir, para terminar extrajudicialmente un litigio eventual, como lo prevé el artículo 2469 del Código Civil, ¿cómo sostener que los conflictos a que pueden dar lugar tales obligaciones no pueden someterse a la decisión de los árbitros, como lo prevé el último inciso del artículo 116 de la Constitución? En conclusión: los árbitros, habilitados por las partes, en los términos que determine la ley, pueden administrar justicia para decidir conflictos surgidos en torno a obligaciones exigibles ejecutivamente, así esté en trámite el proceso ejecutivo, o no haya comenzado aún. Así lo establece inequívocamente el inciso cuarto del artículo 116 de la Constitución”. (Sent. C-294 de jul. 6/95).

La Ley 446 de 1998 no reprodujo el inciso 2° del artículo 2° del Decreto 2651 de 1991. ¿Significó ello que la posibilidad de someter a arbitramento las controversias surgidas a propósito de obligaciones exigibles ejecutivamente desapareció del panorama jurídico colombiano? El tribunal no lo estima así, por considerar que al no reproducir la Ley 446 de 1998 esa disposición el legislador no estaba eliminando la posibilidad de someter al proceso arbitral las controversias surgidas alrededor de una pretensión ejecutiva, lo que resulta confirmado por la regla general consagrada por el artículo 111 de la misma ley. Conforme a esta última disposición y al inciso cuarto del artículo 116 de la Constitución Política, es indiscutible que si respecto de una obligación exigible ejecutivamente surge un conflicto, y este no puede presentarse sino cuando el demandado plantea una o varias excepciones de mérito, la controversia así trabada, siendo transigible, puede ser llevada al conocimiento de árbitros, pues en este supuesto, los árbitros no harían nada diferente a adoptar una declaración sobre las excepciones planteadas.

Para el caso concreto sometido a la decisión de este tribunal, ha de tenerse en cuenta que se está frente a una

conciliación, cuya naturaleza jurídica, similar a la de un contrato de transacción, ha dado lugar a una controversia entre la parte convocante y la convocada, como surge claramente del hecho de que esta última planteó varias excepciones de mérito a las pretensiones de la primera y propuso una contrademanda cuya pretensión principal es, a su turno, hacer efectiva, a favor de la parte convocada, la misma cláusula penal, y respecto de la cual también se propusieron varias excepciones de mérito. El planteamiento de las excepciones de mérito por las dos partes, al hacer indispensable definir si hubo o no incumplimiento del acuerdo de conciliación, y si hay, o no, lugar a la aplicación de la cláusula penal, coloca el debate en un plano contencioso, que es el propio del proceso arbitral. Por consiguiente, el conflicto alrededor del incumplimiento del acta de conciliación suscrita el 14 de diciembre de 1995, sometido a la decisión de este tribunal, será definido por este mediante el pronunciamiento de la sentencia declarativa a que haya lugar.

La proposición de excepciones perentorias dentro de un proceso ejecutivo significa, entonces, no solo que la jurisdicción arbitral puede conocer de él, sino que la adecuación procesal que se hizo en la primera audiencia de trámite, lo transformó en un proceso arbitral con pretensiones ejecutivas. Ello implica, como es apenas obvio, que al decidir sobre la procedencia o improcedencia de las excepciones de mérito, la parte resolutive de la sentencia que habrá de proferir este tribunal no podrá consistir en librar o negar el mandamiento de pago, así esta haya sido la pretensión indicada en la demanda, sino que deberá declarar si hubo o no incumplimiento, para proceder, consecuentemente, a pronunciar las condenas a que pueda haber lugar. Estas, como también es apenas obvio, podrán hacerse valer por la vía ejecutiva ante el juez ordinario.

Por las razones que se dejan expuestas, el tribunal hará un pronunciamiento en consonancia de lo anterior; y, por las mismas razones, el tribunal no puede aceptar los argumentos expuestos por la parte convocada, en el sentido de que, al haber negado el mandamiento de pago, al momento de asumir competencia, el demandante carece de pretensiones que puedan ser objeto de decisión, ya que las únicas que propuso buscaban que se librara un mandamiento de pago, lo que lo obligaría a proferir un fallo inhibitorio; como tampoco puede aceptar que la demanda de reconvencción no cabe en el presente proceso, argumento expuesto por la parte convocante, con apoyo en lo dispuesto por el artículo 400 del Código de Procedimiento Civil.

Lo anterior es predicable respecto de las pretensiones especiales formuladas en la demanda de reconvencción por el convocado José Farid Patiño Valdivieso.

2. Los negocios jurídicos celebrados

2.1. La conciliación

Una sociedad en constante movimiento debe procurar que los conflictos de índole patrimonial, que se presenten entre los asociados encuentren una solución eficaz y oportuna; de ordinario, los órganos que administran justicia, como está consagrado en el artículo 116 de la Constitución Política, son los encargados de responder los anhelos de acceso a la justicia en procura, ciertamente, de satisfacer las propuestas que exterioricen controversias.

Pero, también, por mandato del citado artículo 116 de la Carta Política, “Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.

Precisamente, la Ley 446 de 1998, como lo hizo la Ley 23 de 1991, se ha encargado, en desarrollo del precepto constitucional, de regular de manera amplia lo que concierne con la conciliación, clasificándola en judicial o extrajudicial (institucional o en equidad) en cuanto sea la autoridad que interviene y el momento para hacerla, o según la materia que se controvierte (civil comercial, laboral, de familia, administrativa, etc.).

La conciliación, para acudir a la definición que trae el artículo 64 de la Ley 446 de 1998, que corresponde al artículo 1º del Decreto 1818 de 1998 que compiló las normas sobre los mecanismos alternativos de solución de conflictos, se da cuando ... “dos o más personas gestionan por sí mismo la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador”.

Así mismo, la conciliación debe girar sobre asuntos que sean susceptibles de transacción, esto es, sobre cuestiones patrimoniales negociables, para excluir, por tanto, aquellos que por ley no están permitidos.

Y como efecto fundamental, el acuerdo conciliatorio, o sea el que surge del querer de los intervinientes, con voluntad vinculante, hace tránsito a cosa juzgada y el acta de conciliación presta mérito ejecutivo.

Ese marco legal no es nuevo en la organización normativa pues textos anteriores a la Ley 446 se encargaron de destacar esos aspectos. Además, se tienen que considerar otros que si bien no están expresamente delimitados por el legislador corresponden al esfuerzo de la doctrina para entender o comprender la figura de la conciliación, como son su naturaleza jurídica y su contenido.

Como expuso la Corte Suprema de Justicia⁽¹⁾, en sentencia de Sala Plena de 12 de diciembre de 1991... “Desde el punto de vista jurídico la conciliación es un sistema o procedimiento legal que permite a las partes en conflicto, en uso de su voluntad autónoma, ensayar fórmulas de composición de sus intereses encontrados. Es un recurso de autorregulación de la sociedad frente al Estado en sus expresiones funcionales de dispensación de la justicia con miras a agilizar y garantizar la operatividad de esta. Con frecuencia se le otorga a los acuerdos que con ese mecanismos se adopten el carácter de definitivos, es decir, de fuentes de cosa juzgada”.

Entonces, la conciliación es un mecanismo que permite se expresen las voluntades encaminadas a producir efectos jurídicos patrimoniales o procesales, según la manera a que se acuda. Y cuando es para la composición de cuestiones económicas en disputa, los acuerdos se combinan con la transacción, para precaver un litigio o para ponerle fin al existente con concesiones recíprocas. Pero no necesariamente es la transacción la forma de superar cualquier diferencia o litigio. Otras manifestaciones pueden exteriorizarse también con consecuencias sustanciales, y sin que comporten renuncias o concesiones recíprocas que es un aspecto esencial en la transacción. Pero sea con el resultado de la transacción o cualquiera otra declaración coincidente de las partes, lo cierto es que lo que emane del acuerdo conciliatorio va a tener el alcance del negocio que se recoja o manifieste.

Por eso, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de Casación Civil de 22 de noviembre de 1999, sostuvo... “La conciliación es un género significativo del acuerdo de las partes. Tanto la Ley 446 de 1998, como el Decreto 1818 de 1998, la definen desde la perspectiva instrumental, es decir como mecanismo alternativo autocompositivo para la resolución de los conflictos, “con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador”. Ella, *per se*, carece de contenido sustancial. Su substrato es abierto y libre, de modo tal que ella puede adoptar el contenido de cualquier acto jurídico idóneo para romper el desacuerdo. Puede ser transacción, pero también puede contener otro acto, contrato o negocio jurídico que produzca como efecto la renuncia, la aceptación o la modificación de la pretensión. En todo caso ella es la norma jurídica particular que entra a regir el conflicto para componerlo con la providencia aprobatoria...”⁽²⁾. Y lo dicho por la Corte Suprema de Justicia, en el pasaje transcrito en derredor de la conciliación judicial, es predicable para la extrajudicial en cuanto lo acordado por las partes, ante la autoridad conciliadora competente, es de plena aceptación, con las consecuencias sustanciales buscadas por las partes.

El cuerpo de la conciliación debe separarse, por tanto, en dos partes, el acuerdo de los intervinientes para superar y solucionar sus diferencias, aprobado o verificado por el juez o por el funcionario conciliador —desistimiento, renuncia, transacción, etc.—, por un lado, y, por el otro, el negocio o acto mismo que celebren las partes precisamente para solucionar el conflicto.

Y lo que resulte conciliado produce los efectos de cosa juzgada, es decir, que las partes no pueden volver sobre los aspectos en conflicto que tuvieron a bien superar por ese mecanismo, salvo que el proceso conciliatorio adolezca de algún vicio o irregularidad en su trámite que lo afecte internamente. En cambio, el negocio jurídico que surja de la conciliación, en cuanto hace a las obligaciones acordadas y a los vicios en su formación, sí pueden ser discutidos o controvertidos porque la cosa juzgada es frente, como se dijo, al acuerdo conciliatorio y no del acto o contrato que emane del mismo.

Como dijo la Corte en la sentencia precitada: ... “En este orden de ideas, resulta válido sostener que los efectos de la cosa juzgada son para el litigio primigenio, pero en ningún momento se pueden extender dichos efectos a los nuevos contratos que surjan con ocasión del acuerdo conciliatorio, ya que una cosa es la conciliación como instrumento para poner fin a un litigio y otra bien distinta es el medio de que se valen las partes para llegar a aquella, que en este caso consistió en la celebración de un contrato de promesa de compraventa. En verdad el tribunal confundió, y de ahí su equivocación, el contrato que dio origen al primer proceso en que se concilió, con

el contrato demandado, como si fuera un solo acto, cuando en realidad no lo son, pues se trata de dos contratos perfectamente diferentes. Adviértase que la conciliación que se plasmó en un nuevo contrato de promesa de compraventa, dio lugar a la autocomposición del conflicto de intereses que originó el proceso que con ocasión de ella finalizó, con el efecto de cosa juzgada que la norma le atribuye, porque definitivamente así zanjaron las diferencias que se habían presentado en desarrollo del contrato de promesa de compraventa originalmente celebrado. Circunstancia esta que lógicamente, y dada la vocación de permanencia que comporta la cosa juzgada, impide que esta controversia pueda ser nuevamente objeto de una pretensión procesal ... Empero tal forma de entender las cosas, que a decir verdad es la que corresponde a los fenómenos objeto de análisis, no significa, como ya quedó explicado, que el contrato que hubo de ajustarse como contenido del acuerdo conciliatorio no sea susceptible de impugnarse en proceso diferente y por causa distinta, como ocurre en este caso, pues las vicisitudes de este sin duda que son extrañas al juzgamiento anterior, que como tal sigue siendo un caso juzgado y en manera puede revivirse ...”.

Ahora bien, si las partes llegan a una conciliación y como desarrollo o parte de esta celebran un contrato de transacción, que como se sabe, también produce los efectos de cosa juzgada, ha de distinguirse el conflicto o litigio que se quiere precaver o que se le pone fin, del acto jurídico que nace de la transacción que, por virtud de su formación, permite o faculta a la parte inconforme con su ejecución a intentar las acciones de cumplimiento o de resolución correspondientes o demandar el pago o satisfacción de aquellas prestaciones especiales que se hubieren pactado. Es decir, lo conciliado con la celebración de un negocio de transacción, no puede ser atacado sustancialmente por el efecto de cosa juzgada que encierra; pero el acto que deviene sí corre la suerte de cualquier contrato.

Expuso la Corte en la citada sentencia de 22 de noviembre de 1999 ... “A decir verdad, el tema de la resolución de la transacción, y se acude a este contrato por vía ejemplificativa en consideración a que él muchas veces es el contenido de conciliación, como ya se anotó, ha sido debatido, pero la doctrina más tradicional y amplia en cuanto al número de autores, ha sostenido la procedencia de la pretensión de resolución cuando las obligaciones derivadas de la transacción no son cumplidas, sin que se halle impedimento en la fuerza de la cosa juzgada que a ella le asigne la ley respecto de las partes ...”.

Excepcionalmente se puede revivir lo conciliado, y se le resta los efectos de cosa juzgada, cuando la conciliación se origina en un proceso ejecutivo en cuanto sí se puede volver a la situación anterior con apoyo en el título ejecutivo inicial en caso de incumplimiento de lo acordado, como previene el artículo 102 de la Ley 446 de 1998.

2.2. La transacción

Siendo, como se expuso, la conciliación un procedimiento en virtud del cual un conciliador propone a las partes en conflicto fórmulas de arreglo a sus diferencias, que estas bien pueden acoger o rechazar, aparece de inmediato que se trata de un mecanismo de autocomposición previsto por la ley para arreglar un conflicto de intereses que, por lo general, desemboca en una transacción. De modo que, si realizada la conciliación, esta, las más de las veces, asume el carácter de un contrato de transacción, resulta necesario aclarar su naturaleza y características.

Definida por el artículo 2469 del Código Civil como “un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual”, se trata ante todo de una convención extintiva ya sea de obligaciones o de cualquier otro tipo de relaciones jurídicas, siempre y cuando entre las partes exista un conflicto de intereses respecto de las unas o de las otras y siempre que la ley, por motivos de orden público, no la excluya como mecanismo de solución de los conflictos o de definición de determinadas situaciones jurídicas, como sucede, por ejemplo, con el estado civil de las personas. La función, pues, de la transacción, que emana de la definición del artículo 2469 del Código Civil, es la de componer un litigio o precaver uno eventual. En este sentido, el doctor Fernando Hinestrosa señala: “Su función se agota en la decisión particular de la *litis* trabada o por venir, de modo que la imposibilidad de plantear o replantear jurisdiccionalmente el problema y la necesidad de atenerse a lo convenido surgen como mandato legal y efecto propio de la composición y no como crédito y deuda recíproco de los antiguos o presuntos litigantes. Es por una parte la naturaleza compromisorio o vinculante de todo negocio jurídico, como efecto de su existencia y por otra, aquí en concreto, la consecuencia de cosa juzgada que trae consigo la composición judicial, arbitral o convencional, formalmente derivada de la necesidad de impartir certeza

a las relaciones jurídicas, la fijación, entendida en su más amplia acepción, como “cimentación de la certeza jurídica en orden a relaciones particulares mutuas subjetivamente inciertas o controvertidas”. Y agrega: “Concebir la transacción como un contrato bilateral porque crea el deber común para las partes de no volver a las andadas y estar a lo pactado, significa tanto como tomar la regla básica de los contratos, *pacta sunt servanda* (C.C., art. 1602), y más ampliamente de todo acto de autonomía particular, como síntoma inequívoco de bilateralidad, y entender la cosa juzgada como un crédito u una deuda recíprocos, esta con sentido negativo y de abstención, de duración absolutamente indefinida, irredimible, inextinguible y sin un contenido propio. A lo cual se agregaría el contrasentido de considerar que relaciones no contractuales, o contractuales pero unilaterales, pasarían a convertirse en contratos bilaterales, simplemente porque habiendo sido dudosas se definieron por vía transaccional”⁽³⁾.

Como todo negocio jurídico, la transacción puede ser acompañada de una cláusula penal para asegurar su cumplimiento, caso en el cual, y como excepción a la regla prevista por el artículo 1594 del Código Civil de no poderse demandar alternativamente la obligación principal o la pena antes de ser constituido el deudor en mora; ni constituido en mora el deudor, pedirse por el acreedor a un mismo tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, para evitar un doble pago y de contera un enriquecimiento injusto, salvo, desde luego, que las partes hayan pactado en contrario, el artículo 2486 del Código Civil prevé que, “si se ha estipulado una pena contra el que deja de ejecutar una transacción, habrá lugar a la pena, sin perjuicio de llevarse a efecto la transacción en todas sus partes”.

La excepción prevista por el artículo 2486 del Código Civil está plenamente justificada por la naturaleza misma de la transacción, que no es otra que la de ponerle fin a un litigio actual o eventual entre las partes; de lo contrario, esto es, si pudiera pedirse alternativamente el cumplimiento de la transacción o el pago de la pena, la definición de la controversia no sería definitiva, ni quedaría sellada con el sello de la cosa juzgada, pues bastaría con que una de las partes se constituyera en mora de cumplir con sus obligaciones para que la otra pudiera liberarse de la transacción demandando el pago de la pena. De otro lado, y habida cuenta de que la cláusula penal cumple, alternativa o simultáneamente, varias funciones, a saber: avalúo anticipado de perjuicios, medio de presión para que el deudor cumpla con sus obligaciones y la de sanción o castigo en el evento de incumplimiento, definitivo o tardío, según se trate de cláusula penal compensatoria o moratoria, pareciera lógico concluir que la intención del legislador, al disponer la solución prevista por el artículo 2486 del Código Civil para el caso concreto de la transacción, ha sido la de marcar el énfasis en la función propiamente penal de la cláusula penal, dejando de lado su carácter indemnizatorio. Precisamente porque el legislador entiende que en este evento no hay una doble indemnización, es que permite exigir simultáneamente el cumplimiento de la obligación principal y el pago de la pena.

Esta consideración no implica, sin embargo, que el legislador haya renunciado al principio de que en materia de indemnización de perjuicios por incumplimiento contractual se debe pagar el valor del daño causado, de todo el daño causado y nada más que del daño causado. Por tal razón, si bien es cierto que el artículo 2486 del Código Civil constituye una excepción al principio consagrado por el artículo 1594 de la misma obra, ninguna de las normas que regulan el contrato de transacción establece excepción a la regla de la incompatibilidad entre la pena y la indemnización de perjuicios, contemplada por el artículo 1600 del Código Civil en los siguientes términos: “No podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena”, Don Fernando Vélez señala a este propósito lo siguiente: “Según el artículo 1600 no puede pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos que se haya estipulado expresamente, porque aquella representa estos. Puede preguntarse si dicho artículo es aplicable a las transacciones. Siendo una regla general, si no se la cree modificada tácitamente por el artículo 2486, una contestación afirmativa parece aceptable”⁽⁴⁾. Como se puede captar de inmediato, la única posibilidad de considerar que el artículo 2486 del Código Civil modificó tácitamente al artículo 1600, sería la de concluir, como lo hace algún sector de la doctrina⁽⁵⁾, que la cláusula penal en las transacciones tiene el carácter de cláusula penal moratoria. De ser ello así, resulta evidente que el acreedor podría, porque la misma ley, artículo 1594 del Código Civil, así se lo permitiría, demandar simultáneamente el pago de la cláusula penal, que cubriría los perjuicios moratorios, y la indemnización de perjuicios compensatorios, renunciando, desde luego, a la ejecución de la obligación principal. El tribunal considera, sin embargo, que el recto entendimiento del artículo 2486 del Código Civil no es el que se acaba de señalar. La cláusula penal en el contrato de transacción no es ni moratoria ni

compensatoria; en otras palabras, como ya se ha dicho, su función no es primordialmente la de avaluar anticipadamente unos perjuicios sino la de asegurar el cumplimiento de una autocomposición de intereses, arreglo particular al que la misma ley le da la fuerza de una sentencia judicial. El pago de la pena, en la transacción, no extingue la obligación principal, ni podría extinguirla, sin desconocer su naturaleza y su función. “La transacción puede ser garantía —dice don Alfredo Barros Errázuriz— con la estipulación de una pena por parte de aquel que dejáse de cumplir lo prometido. Deseosa la ley, de asegurar el cumplimiento de las transacciones, basadas en un sentimiento de generosidad digno de respeto, no entra a investigar si la pena es moratoria o compensatoria, y dispone que siempre habrá lugar a la pena, sin perjuicio de llevarse a efecto la transacción en todas sus partes”⁽⁶⁾. Que, en materia de transacciones, a la luz de la ley y de lo que se deja dicho, el pago de la pena no extinga la obligación principal, no significa que si la transacción misma no puede llevarse a efecto por incumplimiento de alguna de las partes, la parte cumplida pueda demandar la pena y la indemnización de perjuicios, pues allí habría una doble indemnización, imposible de obtener a menos que así se haya pactado expresamente.

2.3. El acuerdo conciliatorio

Hechas las anteriores reflexiones alrededor de la conciliación y de la transacción, debe este tribunal arbitral avocar el estudio del acuerdo conciliatorio que se ha aportado al proceso como apoyo a las pretensiones de las partes que sin ser un dechado de precisión y claridad negocial, recoge el querer o propósito de los intervinientes.

Las sociedades Super 7, Casinos Internacionales S.A. y Universal de Casinos S.A., y las personas naturales Nur Sandra Quintero, José Farid Patiño Valdivieso y Rosalba de Patiño, acudieron al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, el día 14 de diciembre de 1995, a conciliar institucionalmente las diferencias que tenían en relación con los términos de retiro de unos socios y de la liquidación de la comunidad existente entre ellos.

Como se hace visible en el acta de conciliación y aparece en las declaraciones de Remberto Torres Rico (fl. 549), Arturo Rueda Correa (fl. 549), Carlos Eduardo SÁCHICA (fl. 597), Carlos Augusto Quintero (fl. 872), José Farid Patiño Valdivieso (fl. 529) y la solicitud de conciliación (fl. 1 del cdno. de pruebas), entre los socios de Super 7, particularmente con el señor José Farid Patiño Valdivieso, se presentaron diferencias, que llevó a las partes a buscar, por el mecanismo de la conciliación, la solución de sus conflictos. Por eso convinieron en el retiro de José Farid Patiño Valdivieso y de su cónyuge de las sociedades y acabar la comunidad existente.

Y sobre esas consideraciones, lograron las partes en conflicto un acuerdo total ... “y con el fin de precaver un litigio eventual, y para que surtan los efectos previstos por los artículos 2469 y concordantes del Código Civil y los artículos 74 y subsiguientes de la Ley 23 de 1991 y demás disposiciones conexas y complementarias, hemos llegado al siguiente acuerdo total que conforme a la ley, hace tránsito a cosa juzgada y presta mérito ejecutivo ...”.

Entonces, las manifestaciones de voluntad contenidas en el acuerdo conciliatorio, sirvieron para superar las diferencias hasta ese momento existentes entre las partes, de suerte que quedaron transigidas haciendo tránsito a cosa juzgada, lo que supone que los conflictos que motivaron el acuerdo no pueden ser revividos.

Para alcanzar el total acuerdo, las partes estipularon la imposición recíproca de unos deberes pero al mismo tiempo la concesión de unos derechos, en orden a estructurar el negocio deseado. Y sobre los derechos y obligaciones convenidas gira este debate arbitral.

Se repite: José Farid Patiño Valdivieso y Rosalba Giraldo de Patiño se obligaron a ceder, a más tardar el 15 de enero de 1996, las acciones (20.000 en la sociedad Super 7 y 520 en la sociedad Casinos Internacionales S.A.) a favor de Carlos Augusto Quintero, y de Nur Sandra Quintero el 10% de los derechos sobre el establecimiento de comercio denominado Casino Excelsior y cuatro locales con sus respectivos mezanines y anexidades del edificio Excelsior situado en Bogotá, a más tardar el 15 de enero de 1996 y Carlos Augusto Quintero adquirió también obligaciones.

Las sociedades Super 7 y Casinos Internacionales S.A., se obligaron para con José Farid Patiño Valdivieso a pagar \$ 1.203.390.000 así: en dinero \$ 850.000.000 y lo restante en derechos sobre establecimientos de comercio, máquinas electrónicas tragamonedas y una camioneta, en las condiciones y plazos previstos en el acta de

conciliación. Y para garantizar las obligaciones contraídas se obligaron a constituir hipoteca de primer grado y prenda abierta sin tenencia sobre los bienes mencionados y relacionados también en el acta.

Y, dentro del acuerdo conciliatorio, las obligaciones precedentes se convierten, en verdad, de contenido sobresaliente o central de la transacción.

Empero, las partes acordaron recíprocamente otros deberes propios de obligaciones de hacer y de no hacer y que, con vista a este debate arbitral, conviene transcribir, porque varias de ellas han sido presentadas por las partes como transgredidas, para procurar el pago de la cláusula penal.

El señor José Farid Patiño Valdivieso se comprometió:

“4. A desistir de todas las acciones judiciales de carácter civil, penal y comercial instauradas contra la misma sociedad, en especial, las demandas de impugnación de actos y decisiones de las juntas extraordinarias de socios de Super 7 Ltda. efectuadas el 31 de agosto y 1º de diciembre de 1994, que se adelantan en los juzgados 9, 18 y 24 del Circuito de Santafé de Bogotá, D.C. desistimiento que debe efectuarse a más tardar el día treinta y uno (31) de enero de 1996.

5. Renuncia a iniciar o revivir las acciones legales, judiciales o extrajudiciales que ha venido intentando, por los mismos motivos invocados y a no iniciar ningún tipo de acción contra las sociedades Super 7, Casinos Internacionales S.A., Universal de Casinos S.A., y el señor Carlos Augusto Quintero y a desistir del proceso penal que se adelanta en la Fiscalía 64 de la Unidad de Patrimonio Económico II de la ciudad de Cali contra el señor Carlos Augusto Quintero.

6. A no revelar los secretos industriales y comerciales de las citadas sociedades, así como a respetar los principios de lealtad comercial con ellas, en el caso de continuar desarrollando la misma actividad mercantil propia del objeto social de las empresas, y a respetar los establecimientos de comercio de Super 7, legalmente establecidos en un área no menor de 100 metros a la redonda, durante el transcurso de 30 meses contados a partir de la firma de la presente acta.

7. A no utilizar bajo ningún motivo el nombre comercial, marcas, símbolos, licencias, permisos de los productos de propiedad de las sociedades Super 7 y Casinos Internacionales S.A.

8. A realizar la sustitución patronal de los empleados de la agencia de la ciudad de Pereira que en la fecha se le entrega, de la cual en adelante ejerce posesión; así como también a realizar las conciliaciones laborales de los trabajadores de dicha agencia, aspecto que debe quedar perfeccionado a más tardar el 31 de enero de 1996.

9. A no reclamar ningún tipo de utilidad o dividendo de las sociedades Super 7 y Casinos Internacionales S.A.

10. A no reclamar ningún tipo de fruto proveniente de los locales que conforman el establecimiento de comercio Casino Excelsior (Bingo Excelsior).

11. A no exigir el pago de prima alguna por concepto de la cesión de su participación en la comunidad de los locales que conforman el establecimientos denominado Casino Excelsior (Bingo Excelsior).

12. A no reclamar cualquier clase de salario, honorario, prestaciones sociales y asistenciales derivadas de su vinculación con las sociedades Super 7 y Casinos Internacionales S.A., las cuales se entienden compensadas con los bienes que aquí se entregan. Así mismo, se compromete a no iniciar ningún tipo de acción de carácter laboral, las cuales se entienden renunciadas por la compensación a que se hizo mención en el punto anterior.

13. A no reclamar ningún tipo de interés corriente por las sumas de adelante se señalarán y que serán entregadas por Carlos Quintero y las sociedades Super 7 y Casinos Internacionales S.A.”.

El tribunal debe detenerse, en este momento, en la parte del numeral 6º transcrito que dice ... “así como a respetar los principios de lealtad comercial con ellas, en el caso de continuar desarrollando la misma actividad mercantil propia del objeto social de las empresas, y a respetar los establecimientos de comercio de Super 7 S.A., legalmente establecidos en un área no menor de 100 metros a la redonda, durante el transcurso de 30 meses contados a partir

de la firma de la presente acta...”, pues ha servido a la sociedad convocante para alegar su incumplimiento y al convocado para aducir que, de su contenido, no se extraen las consecuencias sustanciales planteadas por aquella.

No comparte el tribunal la interpretación que hace el convocado del numeral 6º en el sentido de que el verbo respetar, que se emplea en este, va encaminado a que José Farid Patiño Valdivieso se obligara ... “abstenerse de realizar promociones u ofertas a través de promotora u otros medios de publicidad, cerca de los locales de Super 7 S.A., para evitar que se afectara la clientela de la sociedad en sus establecimientos de comercio ...”. Ciertamente el alcance de la cláusula en comento es distinto a como lo interpreta el convocado porque si bien se emplea el verbo respetar se hace para construir una obligación de no hacer que nada tiene que ver con la promoción comercial sino más bien con la explotación de negocios similares en una determinada zona y por un período determinado de los negocios explotados por la convocante antes de la audiencia de conciliación; por eso se habla de lealtad y de respeto de los establecimientos de comercio bajo el entendido de que no se le podían montar otros para restarle proyección comercial a los establecimientos del grupo que transigió en el acuerdo conciliatorio. Y como dispone el artículo 1622 del Código Civil: “Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad ...”.

Por su parte, Super 7, Casinos Internacionales, Universal de Casinos y Carlos Augusto Quintero, además de los pagos en dinero, entrega de cosas y derechos y constitución de garantías reales, en los plazos y condiciones convenidos, se comprometieron ... “A no iniciar en el presente ni en el futuro ninguna acción de carácter civil, penal comercial o de cualquier índole contra el señor José Farid Patiño Valdivieso ni contra la señora Rosalba Giraldo de Patiño”.

Aunque las partes transigieron para solucionar los conflictos que se presentaron entre ellas como socios y comuneros, al mismo tiempo crearon unos componentes obligacionales que sirven para señalar el marco contractual que regiría sus relaciones pero que no puede identificarse con alguno de los tipos que el ordenamiento privado consagra o disciplina. Pero el hecho de no encajar en ninguno de los contratos nominados de que se ocupan los códigos, civil o comercial, no le hace perder, al acuerdo conciliatorio, su trascendencia negocial; solo que el tribunal, en una escala de obligaciones, estima de más relevancia aquellas que giran en torno a las cesiones y derechos y a los pagos recíprocos, al entender que el contenido económico de estas prestaciones y el fin perseguido por las partes para transigir reflejan una entidad económica esencial y un particular interés de superación del conflicto.

Así mismo, los derechos y obligaciones que forman el cuerpo negocial se exteriorizan indistintamente en relación con todos los intervinientes en el acto. Por ejemplo, José Farid Patiño Valdivieso, los hace unas veces con Super 7 y los casinos, otras con Carlos Augusto Quintero, o estos separada o conjuntamente con aquel. Y esta manera de crear jurídicamente compromisos, aun cuando van incorporados en el mismo documento conciliatorio, refleja consecuencias sustanciales a favor o en contra de los otorgantes en la misma medida que pactaron; especialmente cuando son deberes de abstención que suponen que su transgresión afecta o agravia a la persona natural o al ente moral en cuyo favor se ha constituido.

Ahora bien, la transacción pactada no le arrebató a las partes la facultad de exigir el cumplimiento de las obligaciones o reclamar por la desatención de los deberes pues el acto ajustado permite, ciertamente, que ante cualquier inconformidad o controversia que afecte la relación sustancial creada, se pueda acudir a la vía correspondiente para la solución del conflicto que se genere. Así lo entendieron los intervinientes cuando en la cláusula quinta dijeron... “Las partes se declaran a paz y salvo mutuamente y por tanto renuncian a cualquier reclamación judicial o extrajudicial relativa al conflicto relacionado en este acuerdo, siempre y cuando se cumplan las obligaciones aquí consagradas; de esta manera, ninguno de ellos podrá reclamar la sanción por vía administrativa y judicial, derivadas del conflicto que aquí se menciona”.

Los efectos, por consiguiente, de la cosa juzgada que brota del acuerdo conciliatorio, se entienden para los asuntos conciliados pero no se extienden a las obligaciones que surgieron de dicho acuerdo que sí pueden impugnarse o debatirse si llegare a ocurrir algún hecho o conducta que motive la inconformidad. Como sostuvo la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de 22 de noviembre de 1999: ... “Así las cosas, resulta claro el yerro del *ad quem*, pues, si bien es cierto, el pleno acuerdo conciliatorio tiene la virtud de impedir la iniciación de un proceso o

de terminarlo, pues produce efectos de cosa juzgada entre las partes respecto de la materia litigiosa, también es cierto que cuando dicha conciliación concluya con la celebración de un contrato, del cual surjan nuevas obligaciones bilaterales, no se le puede desconocer o cercenar la prerrogativa que tiene el contratante cumplido frente al contratante incumplido de pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1546 del Código Civil ...”.

Además de emitir las voluntades alrededor de los derechos y deberes negociales, en los términos precisados, las partes pactaron cláusula penal del siguiente tenor: “Tercera: La retracción o el incumplimiento que del presente acuerdo pretenda una de las partes causará sanción equivalente a la suma de quinientos mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (US\$ 500.000) o su equivalente en moneda nacional colombiana liquidados a la fecha del pago conforme a la tasa representativa del mercado. La sola manifestación verbal de retracto y renuencia a cumplir o a no permitir el cumplimiento a la otra parte, dará lugar a exigir el pago de la pena, para lo cual este documento tiene la calidad de título ejecutivo, renunciando las partes a todo requerimiento previo y pudiéndose demandar inmediatamente su cumplimiento. El pago de la pena no eximirá a la parte que se retracte del cumplimiento de las demás obligaciones adquiridas por medio de este documento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2486 del Código Civil colombiano”.

Sin lugar a dudas, la transcrita cláusula penal se convierte en el eje de la controversia arbitral en cuanto alrededor de ella giran las pretensiones económicas de ambas partes que reclaman a su favor el pago de la suma de \$ 500.000 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica o su equivalente en moneda nacional colombiana a la fecha de su pago.

Super 7 persigue que se ordene el pago de la suma de dinero referida porque José Farid Patiño Valdivieso incumplió las obligaciones contraídas en el acuerdo conciliatorio, tal como se señaló y relacionó precedentemente.

Y, por su parte, José Farid Patiño Valdivieso pretende, con la demanda de reconvención, el pago de la suma estipulada como cláusula penal por el incumplimiento de Super 7 de las obligaciones asumidas como aparece consignado en los antecedentes de este laudo.

Como se sabe, la cláusula penal puede cumplir varias funciones, unas veces como apremio, esto es para llevar a las partes a que se vean compelidas a cumplir con las obligaciones convenidas, otras para evaluar de manera anticipada los perjuicios cuando llegue a ocurrir el incumplimiento de suerte que el acreedor ubique su aspiración resarcitoria con base en dicha cláusula, o, finalmente, como simple garantía.

La cláusula penal que se pacta expresamente para que, en caso de incumplimiento total o parcial, se aplique toda la pena cumple la función de reparar los perjuicios, liberando al acreedor de probar el monto del daño causado por la conducta del deudor. La pena, en estos casos, se debe reconocer íntegramente. Algo similar ocurre cuando se pactan arras denominadas confirmatorias penales en que anteladamente se entrega una suma de dinero y que en caso de incumplimiento de alguna de las partes en un contrato bilateral la parte que incumple las pierde si las entregó o las entrega dobladas si las recibió, en ambos casos como fijación anticipada de perjuicios.

Ahora bien, la cláusula penal puede ser divisible frente al cumplimiento parcial de la prestación principal si se tienen en cuenta los artículos 1596 del Código Civil y 867-3 del Código de Comercio. Preceptúa el primero: “Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal”. Y la norma mercantil reza: “... Cuando la prestación principal no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta de dinero podrá el juez reducir equitativamente la pena, si la considera manifiestamente excesiva habida cuenta del interés que tenga el acreedor en que se cumpla la obligación. Lo mismo hará cuando la obligación principal se haya cumplido en parte”. Como sostiene Adriano de Cupis, en su obra *El Daño*, página 510, refiriéndose al artículo 1384 del código italiano: “Si el deudor se ha obligado a la pena para caso de incumplimiento y se ha realizado parcialmente en lo que afecta a su contenido, tal pena puede ser equitativamente disminuida por el juez, tomando en consideración al interés que el acreedor ostentaba para el cumplimiento”⁽⁷⁾.

La equidad, que se refleja también del mandato de los artículos 1596 y 867-3, sirve, cuando hay un cumplimiento parcial de la obligación principal, para restringirle al acreedor el derecho a reclamar la totalidad de la pena tanto en

la cláusula penal que cumple la función conminatoria que se estipula pensando en apremiar al deudor, como la que persigue resarcir los perjuicios. Particularmente, si se conviene una tabla de obligaciones de hacer y de no hacer que no siempre permite establecer cuál es la principal, pero sí se presta para deducir el mayor interés de los contratantes que recíprocamente se convierten en acreedores y deudores.

Para el tribunal la cláusula penal que ocupa su atención puede calificarse de manera general de apremio si se analiza el texto y alcance del acuerdo en relación con las obligaciones de no hacer. Como sostiene Guillermo Ospina Fernández la cláusula penal que sirve de apremio, ... “estriba en la presión que amenaza la pena y se ejerce sobre la voluntad del deudor ...”. Empero, también tiene un contenido resarcitorio si se tiene de presente que el incumplimiento —no se dice si total o parcial— causará la sanción de la cláusula penal, en especial en aquellas obligaciones de alcance patrimonial.

En verdad, en el acuerdo conciliatorio no se dice cuál es la obligación principal, pero sí se puede entender que en torno a la cesión de las acciones y los derechos radica el peso del negocio. Las otras obligaciones, sin desconocer la importancia que las partes les atribuyeron, tienen por objeto no ejecutar o abstenerse de ejecutar unos hechos. Es decir, las partes se impusieron determinadas conductas para apremiar el cumplimiento de obligaciones de no hacer, elevando al rango de sanción el pago de la cláusula penal.

Pero no puede el tribunal, entonces, darle la misma estimación a todos los deberes impuestos en el acuerdo conciliatorio, porque, se insiste, el elenco de obligaciones allí consignado permite crear una escala entre ellas, sobresaliendo, como se ha expuesto de manera reiterada, aquellas que tienen que ver con la cesión de derechos accionarios y en la comunidad.

Del mismo modo, los artículos 1601 del Código Civil y 867 del Código de Comercio, en los aspectos que consagran la fijación de la pena cuando se está frente a obligaciones de valor indeterminado en cuanto deja a la prudencia del juez su moderación cuando esta, atendidas las circunstancias, se considere excesiva.

Hay unanimidad en la doctrina en cuanto a los requisitos para hacer exigible la cláusula penal, que son los mismos que los de la indemnización de perjuicios, a saber: incumplimiento de la obligación; que ese incumplimiento provenga de culpa o dolo del deudor, que le sea imputable; y, que el deudor esté constituido en mora, para lo cual, si la obligación es positiva, habrá de estarse a lo dispuesto por el artículo 1608 del Código Civil, y, si es negativa, cuando el deudor la contraviene (C.C., arts. 1595 y 1612). De lo único que queda exento el acreedor es de la prueba del perjuicio, cuando opta por cobrar la cláusula penal, sin que el deudor tenga posibilidad alguna de alegar que el incumplimiento no le ha causado perjuicio al acreedor o le ha causado beneficio (C.C., art. 1599), lo que refuerza el carácter propiamente sancionatorio o punitivo de la cláusula.

La exigencia de incumplimiento doloso o culposo de la obligación estriba en que es necesario que se encuentren reunidas todas las condiciones para hacer responsable al deudor. Ello implica para este, cuando se trata de obligaciones de resultado, como lo son las que son objeto de este proceso, la posibilidad de enervar la acción del acreedor mediante la prueba de una causa de exoneración, ya sea de una fuerza mayor, del hecho de un tercero que no esté bajo su cuidado o dependencia, o bien que su incumplimiento se debió a un hecho del acreedor.

2.4. La ejecución del acuerdo conciliatorio

No existe discusión en este proceso arbitral en derredor de la ejecución de la transacción en lo que concierne con las cesiones de los derechos sociales y de la comunidad por parte de José Farid Patiño Valdivieso. Es decir, hay plena conformidad en cuanto al cumplimiento de estas prestaciones. Tampoco se controvierte el hecho del pago íntegro del precio convenido, no obstante que el convocado, al reconvenir, afirma que los pagos no se hicieron en los plazos pactados.

Por eso, el tribunal ha de prescindir de mayores comentarios sobre el particular. Solo que más adelante se abordará el tema específico del pago tardío alegado por el señor José Farid Patiño Valdivieso, como factor de incumplimiento, para pedir la aplicación de la cláusula penal.

Con esa precisión, el tribunal entra en el estudio y consideraciones de los incumplimientos aducidos por la parte convocante y por el demandante en reconvención.

3. Los incumplimientos alegados

3.1. Por la parte convocante

a) No explotar el convocado establecimientos de comercio

En el escrito de convocatoria, Super 7 alega que José Farid Patiño Valdivieso incumplió la obligación de que trata el numeral 6° de la cláusula primera del acta de audiencia de conciliación: “A no revelar los secretos industriales y comerciales de las citadas sociedades, así como a respetar los principios de lealtad comercial con ellas, en el caso de continuar desarrollando la misma actividad mercantil propia del objeto social de las empresas, y a respetar los establecimientos de comercio de Super 7, legalmente establecidos en un área no menor de 100 metros a la redonda, durante el transcurso de 30 meses contados a partir de la firma de la presente acta”, en cuanto ... “continúo explotando la misma actividad que constituye el objeto social de Super 7, no solo incumplió con la prohibición de no explotar la misma actividad dentro del área estipulada, sino que violó los derechos que tenía la sociedad Super 7 sobre un establecimiento de comercio legalmente establecido”.

Para la sociedad convocante este incumplimiento se evidencia:

- a) “La sociedad Super 7 venía desarrollando, de manera exclusiva, desde el mes de noviembre de 1992, la actividad de explotación de máquinas electrónicas de juegos de suerte y azar en el establecimiento de comercio ubicado en la carrera 53 N° 50 - 28 de la ciudad de la ciudad de Medellín, Antioquia;
- b) Esta explotación se hace con 22 máquinas de propiedad de Super 7 y su exclusividad radica en el hecho que no participaba en la explotación de dicha actividad, ninguna otra persona natural o jurídica;
- c) El señor José Farid Patiño Valdivieso, solicitó a Ecosalud S.A. el día 30 de enero de 1996 permiso para instalar veintidós (22) máquinas en el establecimiento de comercio ubicado en la carrera 53 N° 50-28 de la ciudad de Medellín, Antioquia, y que corresponde al ocupado por Super 7 con las máquinas que ha venido explotando de tiempo atrás, y
- d) El señor José Farid Patiño Valdivieso, violando abiertamente el “Acta audiencia de conciliación” e incumpliendo las obligaciones de no hacer que había contraído en la misma, a fines del mes de diciembre de 1995, instaló 22 máquinas de juegos de suerte y azar en el establecimiento de comercio ubicado en la carrera 53 N° 50 - 28 de la ciudad de Medellín, solicitando el 30 de enero de 1996 el correspondiente permiso a Ecosalud S.A.

Con el hecho descrito, el señor José Farid Patiño Valdivieso contraviene abiertamente la prohibiciones de explotar la misma actividad de Super 7 dentro de un área de cien metros a la redonda, pues, el lugar corresponde al mismo sitio en donde desarrollaba sus actividades de manera exclusiva la sociedad, esto es la carrera 53 N° 50 - 28 de la ciudad de Medellín y en el irrespeto al establecimiento de comercio legalmente establecido por la sociedad Super 7 en el auto”.

Para Super 7, José Farid Patiño Valdivieso se comprometió a respetar los establecimientos de comercio de la convocante en un área no menor a 100 metros a la redonda durante 30 meses a partir de la firma del acta de conciliación, esto es, del 14 de diciembre de 1995, y el respeto de que trata el numeral 6° debe entenderse, por un lado, de no aprovecharse de los establecimientos de comercio en los que Super 7 explotaba el negocio de juegos con máquinas electrónicas y, por el otro, no instalar otros negocios de la misma naturaleza en un área no menor de 100 metros en la que funcionara alguno de Super 7.

Para el tribunal, entonces, resulta relevante la fecha convenida en el acuerdo conciliatorio para imponer el deber de abstención, porque a partir del 15 de diciembre de 1995 es cuando adquiere plena vigencia la obligación de no hacer contenida en el numeral 6° de la cláusula primera del acta, con la consecuente aplicación de la pena pecuniaria. Y es que a partir de la fecha citada, tal como está consignado en el acuerdo y reiterado en el escrito de convocatoria, es cuando se debe dilucidar si José Farid Patiño Valdivieso no respetó los establecimientos de comercio que tenía instalados Super 7 los juegos electrónicos o explotó otro negocio similar dentro del ámbito temporal y espacial previsto en el acta, a partir del citado 15 de diciembre.

Pues bien, para demostrar el incumplimiento del convocado, Super 7 trajo al proceso arbitral las pruebas documentarias a las que el apoderado de esta se refiere en su alegato de conclusión: carta de 29 de enero de 1996 dirigida por José Farid Patiño Valdivieso a Ecosalud (fls. 15 a 16); comunicación de José Farid Patiño Valdivieso a Ecosalud solicitando le den respuesta a su carta de 29 de enero (fl. 18); comunicación enviada por José Farid Patiño Valdivieso en la que hace relación de los establecimientos (fl. 20); comunicación de José Farid Patiño Valdivieso a Ecosalud de 25 de abril de 1996 (fl. 21); certificado de permiso de 22 de mayo de 1996 (fl. 23); Resolución de Ecosalud 587 de 28 de abril de 1996 (fl. 24).

Del mismo modo, con los testimonios de Luis Aníbal Carvajal y Arturo Rueda Correa, y con la declaración del demandado, la convocante quiere acreditar el hecho del llamado irrespeto previsto en el acuerdo conciliatorio y, por ende, del incumplimiento de José Farid Patiño Valdivieso.

Del análisis individual y de conjunto de las pruebas referidas precedentemente no se puede establecer, con la claridad debida, que José Farid Patiño Valdivieso comenzó a explotar en el mismo inmueble de la carrera 53 N° 50-28 de Medellín, donde funciona el Restaurante Rubén Darío Ospina o restaurante Kosaco, ni en ningún otro dentro del área de 100 como dice el acta, a partir del 15 de diciembre de 1995, el juego de máquinas electrónicas.

Es cierto que José Farid Patiño Valdivieso solicitó a Ecosalud, el día 29 de enero de 1996, autorización para explotar 22 máquinas electrónicas de suerte y azar en el local situado en la carrera 53 N° 50-28 de Medellín; que Ecosalud certificó, el 22 de febrero de 1996, que José Farid Patiño Valdivieso solicitó dicha autorización; que el 29 de abril de 1996, Ecosalud, mediante certificación 002706, certificó sobre las máquinas electrónicas instaladas en el local de la carrera 53 N° 50-28 de Medellín. Y todos esos documentos, como los restantes aportados por la convocante, sirven para demostrar todo respecto de la autorización de explotación, pero no del momento en que comenzó, realmente, la explotación de las 22 máquinas electrónicas en el citado establecimiento, aun cuando las fechas de los documentos son posteriores al 14 de diciembre de 1995.

Y tampoco de los testimonios a que refiere Super 7, se puede concluir que la explotación en el restaurante Kosaco de las 22 máquinas electrónicas de juego y azar comenzó después del 14 de diciembre de 1995, como se había pactado en el acuerdo conciliatorio como deber de abstención por parte del convocado. Sostiene el apoderado de la sociedad convocante en su alegato de conclusión que, además de la confesión del señor José Farid Patiño Valdivieso, obran los testimonios de Carlos Arturo Rueda, Carlos Augusto Quintero y Carlos Eduardo SÁCHICA, que demuestran el incumplimiento del convocado al explotar las 22 máquinas electrónicas en el establecimiento de la carrera 53 N° 50-28 de Medellín con violación del acuerdo conciliatorio.

Sin embargo, el tribunal no aprecia en las declaraciones mencionadas la demostración del hecho de la explotación en el establecimiento Kosaco después de la suscripción del acta. Tampoco se observa en la confesión de José Farid Patiño Valdivieso, como lo insinúa la convocante.

José Farid Patiño Valdivieso se refiere al 13 de diciembre de 1995 como el día en que se pusieron a funcionar las 22 máquinas, precedidas del negocio de explotación con el propietario del establecimiento, Luis Aníbal Carvajal, y de la entrega a este de dichas máquinas, antes del 14 de diciembre de 1995.

Carlos Arturo Rueda (fl. 557), afirma que no le consta el día en que entraron a funcionar las máquinas. Eso sí declara que el día de la conciliación, 14 de diciembre de 1995, ya se hablaba de las máquinas de José Farid Patiño Valdivieso en Medellín, concretamente en el establecimiento de la carrera 53 N° 50-28.

Carlos Arturo Quintero (fl. 829) dice que el día de la conciliación se enteró de las máquinas que estaban en el establecimiento Kosaco. Es decir, se infiere que antes del 14 de diciembre ya estaban explotando las máquinas.

Carlos Eduardo SÁCHICA (fl. 597) tampoco es afirmativo en precisar el momento real en que las máquinas se instalaron en el establecimiento de la carrera 53 N° 50-28.

La inspección extrajudicial practicada en el establecimiento Kosaco demuestra que el día 20 de diciembre de 1995 estaban funcionando las 22 máquinas electrónicas que José Farid Patiño Valdivieso le entregó al propietario del restaurante Luis Aníbal Carvajal para su explotación conjunta. Y las fotos también traídas al proceso, del mismo modo, acreditan que en el local de la carrera 53 N° 50-28 de Medellín, permanecían las 22 máquinas electrónicas

que le habían servido al propietario del establecimiento para reemplazar las máquinas que Super 7, a su vez, tenía en dicho local para su explotación. Pero ni la inspección ni las fotos establecen el momento en que fueron instaladas para su explotación en el citado establecimiento; aspecto importante en este debate arbitral.

Todas las pruebas mencionadas, pues, evidencian que en el local comercial de la carrera 53 N° 50-28 de Medellín, José Farid Patiño Valdivieso sí explotó el mismo negocio de juego y azar de máquinas electrónicas que anteriormente tenía en funcionamiento con el mismo criterio comercial de Super 7, en participación, con el propietario del establecimiento, Luis Aníbal Carvajal.

Sin embargo, obran en el proceso varias pruebas que demuestran que las 22 máquinas electrónicas que José Farid Patiño Valdivieso entregó antes del día 13 de diciembre de 1995 las máquinas al señor Luis Aníbal Carvajal en el establecimiento de la carrera 53 N° 50-28 de Medellín para su explotación comercial, casi en las mismas condiciones que en este mantenía Super 7.

Es el mismo Luis Aníbal Carvajal el que se encarga de sostener a lo largo de su testimonio que las 22 máquinas electrónicas de juego recibidas de José Farid Patiño Valdivieso, para su explotación, que reemplazaron las máquinas de Super 7, se instalaron y funcionaron antes del 14 de diciembre de 1995. Afirma, concretamente, que el día 12 del citado mes y año llegaron al restaurante Kosaco las 22 máquinas y que el día 13 siguiente entraron a funcionar (se prendieron) y ese mismo día dejaron de funcionar (se apagaron) las máquinas que Super 7 explotaba conjuntamente con el señor Luis Aníbal Carvajal, quien dice ser el propietario del establecimiento donde operaban comercialmente.

Se encuentra en el expediente el comprobante de remisión el día 12 de diciembre de 1995 de las 22 máquinas electrónicas de Pereira a Medellín (fl. 71). También se aprecia el documento (carta) (fl. 44). Igualmente, se hace visible el contrato de cuenta en participación celebrado el 12 de diciembre entre José Farid Patiño Valdivieso y Luis Aníbal Carvajal de explotación de máquinas electrónicas en el establecimiento Kosaco o Restaurante Rubén Darío Ospina (fl. 38) y una certificación sobre la fecha en que fueron enviadas las máquinas de Pereira a Medellín (fl. 70).

De lo anterior se infiere que el día 13 de diciembre de 1995, es decir, un día antes de la conciliación y de la fecha acordada para que José Farid Patiño Valdivieso se abstuviera de explotar negocio similar al de Super 7, en los términos ya puntualizados y respetara los existentes, fue cuando el convocado con Luis Aníbal Carvajal concretaron y ejecutaron la explotación de las 22 máquinas electrónicas de juego y azar en el establecimiento Restaurante Kosaco situado en la carrera 53 N° 50-28 de Medellín.

No es del caso que el tribunal entre a analizar el comportamiento contractual del señor Luis Aníbal Carvajal con la sociedad Super 7, por ser una materia que se escapa de la órbita controversial de este proceso arbitral.

Tampoco para calificar la conducta de José Farid Patiño Valdivieso, como socio de Super 7, hasta cuando, por virtud del acuerdo conciliatorio, dejó de serlo. Comportamiento y conducta que podrían merecer reproche porque no estarían ajustadas con rigor a los dictados de la lealtad societaria, pero que en este debate arbitral no pueden tener incidencia en la estimación de las pretensiones y hechos aducidos por las partes.

Lo expuesto permite al tribunal concluir, dejando a un lado cualquier observación sobre la conducta del convocado José Farid Patiño Valdivieso, como socio de Super 7, al contratar en participación con el que se dice ser el propietario del establecimiento Kosaco la explotación antes de la fecha de la conciliación de 22 máquinas electrónicas, en desmedro económico de la sociedad convocante, que no hubo por parte de aquel el incumplimiento de la obligación de abstenerse de explotar o de respetar los establecimientos o negocios de Super 7 a partir del 15 de diciembre de 1995. En otras palabras: está probado que José Farid Patiño Valdivieso explotaba las máquinas en el local de la carrera 53 N° 50-28 de Medellín antes de la fecha acordada para los efectos de la obligación de no hacer.

Concluye, por tanto, el tribunal que, al no presentarse el incumplimiento alegado por la sociedad convocante, no se puede acudir a la cláusula penal para imponerle al convocado el pago total o parcial de la pena estipulada.

b) No revivir el convocado acciones judiciales

En el escrito de reforma de la demanda, Super 7 adicionalmente introdujo unos hechos para que sean apreciados en este proceso como violatorios del acuerdo conciliatorio, en particular de los numerales 4º y 5º de la cláusula primera en la que José Farid Patiño Valdivieso se compromete para con las sociedades que intervinieron en el acta de conciliación y con el señor Carlos Augusto Quintero: “A desistir de todas las acciones judiciales de carácter civil, penal y comercial, instauradas contra la misma sociedad, en especial, las demandas de impugnación de actos y decisiones de las juntas extraordinarias de socios de la sociedad Super 7 Ltda. efectuadas el 31 de agosto y el 1º de diciembre de 1994, que se adelantan ante los juzgados 9, 18 y 24 del Circuito de Santafé de Bogotá, D.C., desistimiento que debe efectuarse a más tardar el día 31 de enero de 1996” (num. 4º). Y “Renuncia a iniciar o revivir las acciones legales, judiciales o extrajudiciales que ha venido intentando, por los motivos invocados y a no iniciar ningún tipo de acción contra las sociedades Super 7 S.A., Casinos Internacionales S.A., Universal de Casinos S.A. y el señor Carlos Augusto Quintero y a desistir del proceso penal que se adelanta en la Fiscalía 64 de la Unidad de Patrimonio Económico II de la ciudad de Cali contra el señor Carlos Augusto Quintero ...” (num. 5º).

En primer lugar, debe reiterarse: quien convocó este arbitramento, y reclama la cláusula penal, es la sociedad Super 7, aun cuando el acta de conciliación fue suscrita por varias personas naturales y jurídicas con la creación de derechos y obligaciones, sin haberse hecho ninguna clase de advertencia o manifestación sobre los efectos por el incumplimiento de los deberes contractuales en el evento de que recayera en determinada persona.

Empero, entiende el tribunal que siendo demandante la sociedad Super 7 para el pago de la cláusula penal por supuesto incumplimiento del acuerdo conciliatorio solo ella puede pretender imponer la condena de la pena a su favor por aquellos hechos que directamente le pudieron causar agravio con ocasión del quebranto de lo convenido. Es decir, si únicamente Super 7 convocó este arbitramento, es porque estimó que son sus derechos los que pudieron resultar lesionados o vulnerados por la desatención de las obligaciones a cargo de José Farid Patiño Valdivieso.

Así las cosas, destaca el tribunal, que el incumplimiento que se aduce gira alrededor de Super 7. Esto, sin lugar a dudas, tiene importancia pues no permite que el hecho alegado pueda habilitar a la sociedad convocante para recabar el pago de la cláusula penal.

Se aportó al proceso arbitral la ampliación de la denuncia formulada por José Farid Patiño Valdivieso contra Carlos Augusto Quintero. Pero debe insistir el tribunal que Super 7, entendido el alcance del acuerdo, pretende el pago de la pena pecuniaria alegando una obligación de no hacer que compromete a José Farid Patiño Valdivieso con Carlos Augusto Quintero y no con la convocante. Entonces, si contra Carlos Augusto Quintero y se revivió el proceso penal que se adelantaba a la Fiscalía 64 de la Unidad Patrimonio Económico de Cali, no obstante se había desistido de la acción penal en cumplimiento de lo convenido en el acta, no puede, Super 7, aspirar que se le repare un daño que no se le ha causado, y exigir los efectos económicos derivados de ese hecho.

Además de la consideración respecto de la improcedencia de alegar este hecho como un incumplimiento relevante dentro de este proceso, en el que el señor Quintero no figura como demandante, el tribunal estima oportuno señalar que, aun si así fuera, el supuesto incumplimiento del señor José Farid Patiño Valdivieso no le sería imputable, pues está demostrado que la acción penal solo fue revivida luego de que sin fundamento se hubiera iniciado contra él, un proceso ejecutivo, el cual necesariamente, echaba por tierra la transacción a que se había llegado. En este sentido, bien podría decirse que esa actuación de la parte convocante fue lo que determinó y en cierta medida justificó, la actuación a este respecto de la parte convocada. Por lo demás tampoco le sería imputable en cuanto solamente se puede impedir o suspender la acción penal por las causas previstas en el Código de Procedimiento Penal.

Como quiera que la cláusula en comentario, como se expuso, no se refiere a una específica renuncia —a revivir acción judicial determinada— no es del caso declarar la nulidad de dicha estipulación pues ella, en su real contenido, no adolece de ningún defecto sustancial.

c) No cancelar el convocado las garantías reales

El otro incumplimiento alegado por Super 7 gira en torno de la obligación de cancelar las garantías reales constituidas a favor de José Farid Patiño Valdivieso.

Es evidente, tanto el acreedor hipotecario como el prendario, están obligados a cancelar los gravámenes que se han constituido en su favor cuando la obligación principal de pagar una suma de dinero se extingue, porque al constituyente le interesa que el bien inmueble o mueble, según el caso, se mantenga sin ninguna clase de afectación. El fenómeno extintivo, por consiguiente, se opera con la satisfacción de la obligación principal. Solo que para que se acepte la liberación convencional del gravamen debe cancelarse con la forma y medio previstos en la ley, escritura pública debidamente anotada en la oficina de registro correspondiente, si se trata de hipoteca, o anotación en la Cámara de Comercio respectiva, si es la prenda comercial la que sirve de garantía, surgiendo de esa manera una obligación de hacer por parte del acreedor.

El quebranto de la obligación de cancelar los gravámenes, aducidos por Super 7, no puede ser admitido, con fuerza sustancial, para la aplicación la cláusula penal como persigue en este proceso arbitral. En primer lugar, porque no se introdujo dentro del elenco de obligaciones a cumplir por José Farid Patiño Valdivieso la cancelación de la hipoteca y de la prenda, es decir, quedaron por fuera de lo convenido para los efectos mismos de la conciliación, y solamente las obligaciones expresamente consagradas en el acuerdo conciliatorio, como así se convino en la cláusula quinta, permiten discusión sobre su ejecución y cumplimiento. En segundo lugar, porque la cancelación de los gravámenes quedó reservada a las formas y medios legales ordinarios, sin influencia en la conciliación.

Entonces, no se puede afirmar que hubo incumplimiento del acuerdo conciliatorio.

d) No recibir el convocado establecimiento de comercio

El último incumplimiento, alegado por Super 7, no presentado en el escrito de demanda ni en el memorial de reforma pero sí como un hecho del convocante, lo hace consistir en que José Farid Patiño Valdivieso se obligó a recibir varios establecimientos de comercio entre los que se encontraba el de la carrera 8 N° 13-67 de Pereira, y no lo hizo.

Pues bien, el literal a) de la cláusula segunda del acta de conciliación consagra que se dan en pago a José Farid Patiño Valdivieso, como contraprestación, todos los derechos de propiedad sobre los establecimientos de comercio allí mencionados, y esa estipulación recoge derechos a favor de este que no pueden convertirse en obligación, con vocación sustancial para que Super 7 demande la cláusula penal por incumplimiento.

Además, aparece en el proceso copia del acta de entrega de los establecimientos comerciales de 11 de enero de 1996 (fl. 282); es decir, Super 7 cumplió con lo acordado. Y José Farid Patiño Valdivieso, a su vez, declaró recibirlos para los fines pertinentes. En ese sentido no puede hacerse reparo alguno sobre el particular. Sin embargo, José Farid Patiño Valdivieso, no obstante aceptar la entrega, consignó expresamente no recibir el local de la carrera 8 N° 13-67 de Pereira, y esa manifestación no puede ser apreciada como un incumplimiento del acuerdo conciliatorio porque, siendo acreedor, estaba, por decirlo de alguna manera, renunciando simplemente, a un derecho sobre el establecimiento comercial.

Tampoco se incluyó como deber el recibir el local y la aceptación de la sustitución como arrendatario, para los efectos de la aplicación de la cláusula penal, porque como se convino ... “solo el incumplimiento que del presente acuerdo pretenda una de las partes ...” puede ser motivo para la imposición de la sanción pecuniaria prevista en la cláusula tercera del acuerdo conciliatorio.

Además, como es sabido, un contrato de arrendamiento de un local comercial no puede, en principio, ser cedido por el arrendatario, salvo que el arrendador autorice la sustitución o la cesión forme parte de la enajenación del establecimiento de comercio; pues bien, para que esto último produzca plenos efectos se requiere que se cumplan con las formas y previsiones de los artículos 525 y siguientes del Código de Comercio. Entonces, para que la supuesta cesión, que Super 7 pretendía hacerle a José Farid Patiño Valdivieso y obligara a este, debía cumplir con los requisitos anteriormente anotados. Y a este proceso no se ha traído ni la autorización del arrendador de la cesión ni la prueba de la enajenación del establecimiento de comercio, para que la cesión produjera efecto y de esa manera tener al cesionario como obligado a pagar la renta o precio y las restantes prestaciones derivadas de la sustitución negocial.

Tampoco, pues, procede la aplicación de la cláusula penal al no ocurrir el incumplimiento con ocasión de no

recibir José Farid Patiño Valdivieso el establecimiento comercial de la carrera 8 N° 13-67 de Pereira.

3.2. En la demanda de reconvención

Como pudo reseñarse en los antecedentes de este laudo, la demanda de reconvención contiene las pretensiones principales y subsidiarias anteriormente enumeradas orientadas a que el tribunal declare que la sociedad Super 7 incumplió deliberadamente varias de las estipulaciones del acta de conciliación suscrita entre José Farid Patiño Valdivieso y su señora de una parte, y Super 7 y otros, de la otra, en la Cámara de Comercio de Bogotá, y en consecuencia se condene a la sociedad Super 7 al pago de la cláusula penal pactada por valor de US\$ 500.000 como sanción por su incumplimiento y que si resultara probada la primera de estas causales de incumplimiento impetradas se declare la aceleración del pago de la obligación a partir de agosto de 1997 y en consecuencia se condene a la demandada al pago del saldo de capital e intereses moratorios desde esa fecha.

Son tres los supuestos incumplimientos a lo pactado en la conciliación en que se dice incurrió Super 7, de acuerdo con lo planteado por el demandante en reconvención y en los cuales basó su demanda, por lo cual debe el tribunal examinar el comportamiento de la convocante frente a la conciliación con relación a los incumplimientos alegados.

a) No haber cumplido a cabalidad con la obligación de pago

Solicita el demandante en reconvención al tribunal que se pronuncie condenando a Super 7 al pago de la cláusula penal a favor de José Farid Patiño Valdivieso por no haber cumplido en forma perfecta la obligación de pago contenida en la cláusula segunda literal e) de la conciliación y además que se declare la aceleración en el pago de la obligación y solicita se le condene al pago de intereses moratorios y del saldo de capital no cancelado a partir de agosto de 1997.

Como es sabido, en una transacción puede pactarse la cláusula penal que puede tener la doble función de servir como garantía o apremio del cumplimiento de las prestaciones pactadas, o como avalúo anticipado del daño que ocasionaría el incumplimiento de lo pactado. Pero no es procedente solicitar el pago de indemnización de perjuicios y de la pena, si esto no se ha pactado expresamente (C.C., art. 1600); pero quien deja de ejecutar o ejecuta imperfectamente lo pactado deberá cancelar la pena y además la obligación contraída (C.C., art. 2486), como se plantea en la conciliación.

El deudor debe ejecutar su obligación de modo perfecto y oportuno y la inejecución defectuosa o retardada le genera la obligación de pagar a su acreedor el valor de la cláusula penal pactada. No obstante para que el incumplimiento del deudor genere el deber de pagar la cláusula penal y/o la aceleración del plazo de la obligación con todas las consecuencias que esto conlleva, es necesario que el incumplimiento alegado tenga su origen en la culpa o dolo del deudor y que realmente constituya una transgresión a alguna de las estipulaciones del contrato y en el caso de las obligaciones positivas que el deudor haya sido reconvenido, o que se conozca en forma exacta el término dentro del cual la obligación incumplida debería haberse atendido (C.C., art. 1608), pues en este caso el acreedor necesita la satisfacción de su derecho a más tardar al vencimiento de dicho término y que el deudor está advertido de esta circunstancia. Así, en todos los contratos en que las partes estipulen un lapso dentro del cual se deben ejecutar las obligaciones, la mora se produce automáticamente por el hecho de no ejecutar la obligación dentro del tiempo pactado.

Debe igualmente anotarse que la inejecución o la ejecución imperfecta o retardada de la obligación puede derivarse de la mala fe o dolo del deudor, en su negligencia o descuido o en un hecho imprevisible o irresistible que lo haya colocado en la imposibilidad de cumplir.

Se alega en este caso un incumplimiento de Super 7 consistente en la inejecución de una obligación de dar (pago oportuno de una suma de dinero), toda vez que según el demandante en reconvención, Super 7 intencionalmente, valiéndose de una medida de embargo expedida por un juez a solicitud suya, no pagó oportunamente la obligación dineraria contenida en el numeral 1° literal e) de la cláusula segunda de la conciliación y se solicita se condene al deudor al pago de la cláusula penal y adicionalmente a la ejecución perfecta de la obligación y consecuentemente al pago de los intereses causados y del capital dejado de pagar por causa del incumplimiento.

Esto ocasionó, sostiene el demandante en reconvención, que Super 7 incurriera en una mora de más de 60 días en

el pago de los dineros mencionados, por su exclusiva culpa, y que en consecuencia, la obligación a su cargo se aceleró a partir del 25 de agosto de 1997, por lo cual de acuerdo con lo dispuesto en la conciliación se empezaron a causar intereses de mora a la máxima tasa moratoria autorizada por la ley desde esa fecha y hasta cuando se efectúe el pago total, ya que como consecuencia de lo anterior los pagos efectuados constituyen abonos a la obligación, que deben aplicarse primero a intereses moratorios y después a capital, en las fechas en que el acreedor recibió tales dineros de conformidad con lo dispuesto en la conciliación y en el artículo 1653 del Código Civil.

Debe pues concluirse que la voluntad de las partes en la conciliación fue la de que la obligación a cargo del deudor no se aceleraría si no registraba un retardo superior a 60 días en la cancelación de una cuota, contados a partir de la fecha de vencimiento de la misma, debiendo cancelar durante el retardo intereses de mora liquidados a la más alta tasa de interés moratorio permitida al momento de la cancelación, pero sin que el retardo de menos de 60 días en el pago tuviera el efecto de hacer exigible de inmediato la totalidad de la obligación, por aceleración de la misma.

Del análisis de las pruebas traídas al proceso por las partes se concluye que Super 7 canceló las 60 cuotas a que se comprometió, lo cual por otra parte, no lo discute finalmente el convocado.

Si bien es cierto que Super 7 no le hizo el pago directamente de las 20 cuotas dentro del plazo pactado a José Farid Patiño Valdivieso, también lo es que la parte convocante, para dar cumplimiento por lo ordenado por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bogotá, hizo la consignación mes por mes de las 20 cuotas. De lo anterior se predica que no se cumplieron los requisitos contractuales previstos para la aceleración de la deuda.

Debe en este caso tenerse en cuenta lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 1636 del Código Civil, que dispone que es nulo el pago hecho al acreedor si por el juez se ha embargado la deuda o mandado retener el pago.

Así, a partir de la notificación del embargo del crédito este queda fuera del comercio (CPC., art. 681-4) y no puede ser pagado válidamente al titular sino que el valor del mismo debe ser consignado a órdenes del juzgado en la cuenta de depósitos judiciales so pena de que el pago resulte inválido (C.C., art. 1636).

Ahora bien, que haya sido ejecutante la misma parte obligada para con José Farid Patiño Valdivieso a pagarle determinadas cuotas mensuales, no altera o cambia la plena justificación y legitimación del embargo, bajo el entendido de que la persona que se considere titular de un crédito, puede mover el aparato jurisdiccional del Estado en procura de su satisfacción. Las consecuencias del embargo deben relacionarse, necesariamente, con la actuación del proceso ejecutivo, es decir, con la orden del juez y el desenlace del proceso mismo.

Caben estas preguntas. ¿Podía la sociedad Super 7 negarse a cumplir con la orden de embargo impartida en debida y regular forma por un juez de la República? ¿Qué razones podía esgrimir a favor de esa negativa? El hecho de que el ejecutante sea a la vez parte deudora del ejecutado en manera alguna modifica la viabilidad y procedencia de la medida preventiva.

Como dispone el artículo 1634 del Código Civil, para que el pago sea válido, debe hacerse al acreedor mismo, o a la persona que la ley o el juez autoricen. Y sin lugar a dudas, entre las personas que la ley autoriza para recibir por otras se encuentra el juez de la causa en los procesos ejecutivos. Entonces, si se ordena el embargo de un crédito, esta situación es legítima y jurídica, pues se hace en procura que se le pague al acreedor, representado precisamente por el juez. Si se recaudan sumas de dinero en un proceso con el fin de pagársele al acreedor, el depósito de las cantidades embargadas tiene como propósito la satisfacción de la obligación a cargo del deudor y a favor del acreedor. Mientras subsista la orden del embargo, el deudor debe cumplirla so pena de que el pago que se le haga al acreedor, se repite, sea nulo (C.C., art. 1636).

La conducta de Super 7 al presentar la demanda ejecutiva y pedir el embargo del crédito a favor de José Farid Patiño Valdivieso, no puede ser calificada de culposa por cuanto lo uno y lo otro encaja dentro de los designios que toda persona que se considere acreedora puede realizar legalmente. No se le puede encontrar culpabilidad por ese comportamiento.

Tampoco hace perder la dimensión del asunto que la medida de embargo hubiese sido levantada al prosperar la excepción de aplicación de la cláusula compromisoria porque este es un aspecto que tiene que ventilarse, con las implicaciones del caso, dentro del mismo proceso ejecutivo.

El demandante en reconvención también supone incumplimiento del hecho de que Super 7 hiciera vanas consignaciones por fuera de los días en que convencionalmente estaba obligado a pagar. Sin embargo, para el tribunal, las consignaciones realizadas con el atraso que se señala, tampoco pueden constituir un factor de desatención del pago que legitime el cobro de la cláusula penal o las demás condenas solicitadas.

Cuando es el juez el que imparte la orden de embargo, los actos que se realicen a partir de ese momento comprometen a la persona que debe cumplir con dicha orden, pues todo lo que ocurra queda en la órbita de competencia del juez y con incidencia en el proceso; de suerte que si no se da estricto cumplimiento a lo dispuesto por el funcionario judicial, este puede impartir o adoptar las medidas disciplinarias y jurisdiccionales pertinentes, como lo consagra el artículo 681-4 del Código de Procedimiento Civil.

Por lo tanto, no puede el tribunal apreciar como incumplimiento del acuerdo conciliatorio las consignaciones hechas por la sociedad Super 7 dentro del proceso ejecutivo que adelantó en el Juzgado 2° Civil del Circuito de Bogotá contra José Farid Patiño Valdivieso, pues, como ya se ha dicho, la orden de embargo se atendió sin que el juzgado hubiese tomado alguna determinación en relación con los atrasos en dichas consignaciones. La cláusula aceleratoria plasmada en el acuerdo conciliatorio para hacerle derivar la consecuencia de la mora de la sociedad Super 7 a partir del 26 de agosto de 1997, el tribunal, así mismo, debe apartarse de esa apreciación porque basta con decir que cuando se conviene en la cláusula aceleratoria y esta sirve para evidenciar mora, se requiere, por la naturaleza de esa estipulación, que el acreedor exprese su voluntad de declarar vencido el pago. Además, se requiere del hecho voluntario del deudor de no pagar. Y aquí ha acontecido lo contrario: el acreedor recibió sin reparo alguno, ni reserva de ninguna clase, el valor del crédito cuando el juzgado le hizo entrega de la totalidad de la suma de dinero consignada, dinero precisamente consignado o depositado por el deudor.

Si bien es cierto que, de conformidad con lo que se pactó en el acta de conciliación, las cuotas debían pagarse sucesivamente a más tardar el 25 de cada mes a partir de enero de 1996, lo que aparentemente no ocurrió siempre, según la relación presentada por la parte convocada en el escrito de la demanda de reconvención, circunstancia que, a la luz de lo que se acordó en el literal e), numeral 1° de la cláusula segunda, daba derecho al señor José Farid Patiño Valdivieso para exigir el pago de intereses de mora a la máxima tasa autorizada por la ley y los cuales, evidentemente, se causaban independientemente de si se producía o no la aceleración de la deuda, lo que hubiera podido dar lugar a que se discutiera entre las partes si hubo o no pago completo, luego de aplicar las disposiciones legales relativas a la imputación del pago (C.C., arts. 1653 y ss., y C. Co., art. 881), también es cierto que el hecho de un posible pago parcial no fue alegado por la parte convocada como fundamento de sus pretensiones.

Por las razones anteriores no declara el tribunal incumplida la conciliación por este aspecto ni hará las condenas solicitadas por el demandante en reconvención.

b) A no iniciar acción judicial y el desconocimiento de la cosa juzgada

La cláusula segunda, literal g) del acta de conciliación dice:

“g) Se compromete a no iniciar en el presente ni en el futuro ninguna acción de carácter civil, penal, comercial o de cualquier otra índole contra el señor José Farid Patiño Valdivieso ni contra la señora Rosalba Giraldo de Patiño”.

Por otra parte, la cláusula quinta de la conciliación dice:

“Las partes se declaran a paz y salvo mutuamente y por lo tanto renuncian a cualquier reclamación judicial o extrajudicial relativa al conflicto relacionado en este acuerdo siempre y cuando se cumplan las obligaciones aquí consagradas; de esta manera ninguno de ellos podrá reclamar la sanción por vía administrativa y judicial, derivada del conflicto que aquí se menciona”.

Como es sabido, algunos actos jurídicos realizados por los particulares extrajudicialmente como es el caso de la conciliación materia del presente proceso arbitral, por ministerio de la ley, hacen tránsito a cosa juzgada (C.C., art. 2383).

La institución de cosa juzgada tiene como consecuencia importantísima la de impedir volver a plantear las mismas pretensiones que fueron materia de la conciliación ante la autoridad judicial, la imposibilidad de que lo pactado en la conciliación pueda ser modificado unilateralmente por una de las partes, y la posibilidad de acudir a la fuerza a través del poder coactivo del Estado en el caso de que la parte a cuyo cargo se haya impuesto una prestación en la transacción no se allane a cumplirla.

No comparte el tribunal la opinión del demandante en reconvencción, que estima que Super 7, al iniciar el proceso ejecutivo, incumplió los efectos de transacción y cosa juzgada implícitos en la conciliación quebrantando lo dispuesto en el literal g) del numeral 1º de la cláusula segunda de la conciliación y la cláusula quinta de la misma.

Si Super 7 estimó que José Farid Patiño Valdivieso incumplió algunos de los compromisos adquiridos en la conciliación, tenía la facultad constitucional de acudir a la autoridad judicial para preservar sus derechos, que creyó vulnerados por la otra parte, en ejercicio del derecho que asiste a cualquier persona que se encuentre en circunstancias similares.

Dicho derecho denominado el derecho de acción, lo define Hernán Fabio López Blanco (Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, parte general, sexta edición) como “el derecho público subjetivo que tiene todo sujeto de derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamar la satisfacción de una pretensión mediante un proceso”, el cual tiene su origen en el llamado derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política de Colombia que establece: “Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución”. Y como dice el mismo autor, en apoyo de lo dicho basta con citar a Hernán Fabio López Blanco en su obra Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, tomo I, página 189⁽⁸⁾, “adelantar un proceso sin fundamentos en el derecho material es perfectamente posible, pues el derecho de acción lo permite; otra cosa será que se pierda el proceso por falta de apoyo de las pretensiones en el derecho material, caso en el cual se imponen las condenas que hemos citado”.

Estima el tribunal que la conciliación si bien es cierto que previene a las partes firmantes de la misma a realizar cualquier reclamación sobre lo pactado en ella, no puede impedirles acudir a la autoridad judicial cuando quiera que estimen violentados sus derechos con el fin de que a través del poder coactivo del estado se obligue a la parte que se niega a cumplir con lo pactado a mantenerse dentro del cauce del contrato, pues ello equivaldría a dejar a una parte a merced de los caprichos de la otra.

No está de más señalar que el supuesto incumplimiento, apoyado en la circunstancia de que si se ha pactado una cláusula compromisoria, la parte que decide hacer valer sus derechos ante la justicia ordinaria por la vía procesal que considere más adecuada, incumple, tampoco es de recibo, pues es sabido que la justicia arbitral es de carácter subsidiado frente a la ordinaria; nada impide, por consiguiente, a una de las partes intentar la vía judicial normal, actitud frente a la cual, la parte demandada, o bien acepta este curso de acción, y entonces se habrá renunciado a la cláusula compromisoria, o bien se atiene a la cláusula y la plantea como excepción previa, y entonces la demandante no tendrá más remedio que atenerse a lo acordado. La argumentación cobra mayor peso en un caso como el presente, en el que no ha sido pacífica la discusión de si cabe intentar la vía ejecutiva por el procedimiento arbitral, y en el que era perfectamente razonable, para la parte que se sentía lesionada por un supuesto incumplimiento de la otra, buscar que se le hiciera justicia. Colocada ante una alternativa procesal no aclarada en forma definitiva, negarle la posibilidad de actuar por cualquiera de las dos vías a su disposición, habría equivalido, pura y simplemente, a una denegación de justicia.

No pueden por consiguiente, las cláusulas transcritas entenderse como prohibitivas de hacer uso del derecho de acción cuando quiera que una parte considere que se están vulnerando sus derechos; admitir lo contrario equivaldría a impedir a las partes la defensa de sus derechos vulnerados por la otra parte, sin perjuicio de que si su acción resulta temeraria se condene al actor al resarcimiento de los daños causados.

Por lo tanto no estima el tribunal incumplida la conciliación por este concepto.

c) A no cambiar el lugar de permanencia de la cosa gravada en prenda

Se hace consistir el incumplimiento en que de acuerdo con lo constatado en la inspección ocular que se realizó el

18 de febrero del 2000 en la calle 12 N° 3-49 de Cali donde debían permanecer los bienes se verificó que algunos satélites de la máquina dada en prenda no se encontraban en dicho inmueble y que según se informó a los asistentes a la diligencia estos habían sido enviados a la ciudad de Medellín aproximadamente 2 meses atrás.

En la cláusula segunda la sociedad Super 7 se comprometió a constituir garantía hipotecaria de primer grado sin límite de cuantía sobre los derechos de dominio y posesión equivalentes al 50% del total del inmueble que posee en común y proindiviso con la señora Raquel Moskovits de Gedalovichs cuyos linderos y demás características se insertaron en la conciliación.

Igualmente se comprometió en dicha cláusula la Sociedad Super 7 a constituir a favor de José Farid Patiño Valdivieso prenda abierta sin tenencia sobre la máquina y sus satélites que se indican en la misma.

Los contratos de prenda abierta sin tenencia e hipoteca fueron constituidos a satisfacción del señor José Farid Patiño Valdivieso pues ninguna queja se hace al respecto, y los constituyentes de la prenda se obligaron a mantener los bienes objeto de la misma en la ciudad de Cali en la calle 12 N° 3-49. Sea lo primero advertir que al haberse constituido por la parte convocante la hipoteca abierta de primer grado sobre el inmueble identificado en la audiencia de conciliación, la prenda abierta sin tenencia de una máquina Royal Ascot Special (de caballos) de 22 estaciones o satélites, marca Sega en la forma pactada en la misma acta de conciliación, se dio cumplimiento a la obligación contraída.

Para descartar este hecho como constitutivo de un incumplimiento que permitiría el cobro de la cláusula penal acordada en el acta de conciliación suscrita el 14 de diciembre de 1995, el tribunal considera oportuno señalar que conforme con lo dispuesto por los artículos 2419 del Código Civil, para la prenda civil, 1205 del Código de Comercio, para la prenda comercial con tenencia, y 1212 del Código de Comercio, para la prenda sin tenencia, obligación esencial a cargo del deudor prendado es la de conservar en buen estado los bienes gravados, pues, de lo contrario, el interés del acreedor podría verse afectado aun al punto de hacerse para el ilusoria la garantía misma, lo que es, en últimas, el objetivo perseguido por el legislador.

Pero es más, si bien es cierto que, de acuerdo con el artículo 1213 del Código de Comercio, “el deudor no podrá variar el lugar de ubicación de los bienes pignorados sin previo acuerdo escrito con el acreedor”, y que “la violación de la anterior prohibición o de cualesquiera obligaciones del deudor, dará derecho al acreedor para solicitar y obtener la entrega inmediata de la prenda o el pago de la obligación principal, aunque el plazo de esta no se halle vencido, sin perjuicio de las sanciones penales correspondientes”, dentro de este proceso está probado, no solo que la máquina de carrera de caballos no se movió de la ciudad de Cali, pues que apenas fueron trasladados a la ciudad de Medellín algunos de sus elementos accesorios, sino que la razón de tal desplazamiento fue la de no perjudicar a la unidad central, es decir, a la máquina misma, haciendo, en ese caso sí, completamente inoperante la garantía. Luego la finalidad perseguida por la ley de proteger adecuadamente el interés del acreedor se cumplió cabalmente, por consiguiente no se le puede achacar conducta antijurídica alguna.

Pero por si fuera poco, y si se pretendiese que, como no hubo acuerdo por escrito del acreedor para realizar ese desplazamiento, acudiéndose a una interpretación exegética del artículo 1213 del Código de Comercio, que permitiría a este exigir de inmediato el pago de la obligación principal, habría que decir, para evidenciar la sinrazón de esta alegación, que la prenda es un contrato accesorio que se agota cuando la obligación principal ha sido cumplida. Por manera que si Super 7 pagó todas las cuotas a su cargo, y el bien dado en prenda cumplió su función, no ve el tribunal en qué pueda consistir el incumplimiento que se le imputa a Super 7.

El tribunal considera que la parte obligada dio cumplimiento a la obligación que contrajo conforme al acta de conciliación.

III. Excepciones propuestas por las partes

Fluye de todo lo expuesto que han de prosperar como así se declarará, las excepciones de inexistencia de incumplimiento que permita el cobro de la cláusula penal propuesta por la parte convocada como por el demandante en reconvencción, que conduce a rechazar y negar todas las pretensiones. En consecuencia el tribunal se abstendrá de examinar las restantes excepciones de las partes de conformidad con lo dispuesto por el artículo

306 del Código de Procedimiento Civil.

IV. Condena en costas

El tribunal, con fundamento en lo previsto en el artículo 33 del Decreto 2279 de 1989, y a las reglas contenidas en los artículos 392 y 393 del Código de Procedimiento Civil considera que no hay lugar a la condena en costas por lo expuesto con anterioridad en la parte motiva y como así se dirá en la parte resolutive.

V. Parte resolutive

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, el Tribunal de Arbitramento constituido para decidir en derecho las diferencias surgidas entre Super 7, por una parte, y José Farid Patiño Valdivieso por la otra, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. Declárase probada la excepción propuesta por ambas partes de inexistencia de los incumplimientos alegados por las partes.
2. En consecuencia deniégnanse las pretensiones de la demanda principal y las pretensiones de la demanda de reconvencción.
3. No hay lugar a condena en costas.
4. Expídanse por secretaría sendas copias auténticas de este laudo a cada una de las partes.
5. Protocolícese el expediente por el presidente del tribunal en una notaría de Bogotá.
6. Las sumas de dinero después de protocolizado el expediente que llegaren a sobrar, por concepto de gastos de tribunal se devolverán a las partes.

Notifíquese.

De la providencia anterior quedaron notificados en audiencia los señores apoderados de las partes a quienes se entregaron sendas copias del laudo arbitral. El tribunal fijó la fecha del miércoles 8 de agosto a las dos de la tarde (2:00 p.m.) para la audiencia en que resolverá las solicitudes de aclaraciones, correcciones y adiciones si las hubiere. En todo caso se ordena que por secretaría una vez en firme el presente laudo se expidan las constancias de ejecutoria de ley.

Para constancia se firma el acta por quienes intervinieron en la audiencia.
