

Tribunal de Arbitramento
ADRIANA LUCÍA FLÓREZ HERNÁNDEZ
contra
ALTOS DE SANTA SOFÍA S.A.

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., 3 de julio de 2013

I. ANTECEDENTES

1. Cláusula compromisoria.

La cláusula con base en la cual fue convocado el presente Tribunal de Arbitramento, contenida en el “CONTRATO DE TRANSACCIÓN” suscrito entre Adriana Lucía Flórez Hernández y Altos de Santa Sofía S.A., es del siguiente tenor:

*“**QUINTA.- COMPROMISORIA:** Toda controversia relativa a este Contrato, a su celebración, ejecución, interpretación, desarrollo o terminación, que no pueda resolverse en forma directa por las partes, se resolverá por un Tribunal de Arbitramento que funcionará y sesionará en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá D.C., el cual decidirá en derecho, y se someterá en su procedimiento a la ley colombiana. Estará integrado por uno o tres árbitros según la cuantía de las pretensiones, designados por el mismo Centro, salvo que las partes previo a ello, lo(s) designen de común acuerdo”.*

2. Partes del proceso.

La parte convocante es Adriana Lucía Flórez Hernández, quien compareció al proceso a través de apoderada general, María Elsa Hernández Vda. de Flórez, quien acreditó tal calidad mediante Escritura Pública No. 006 del 5 de enero de 2000 otorgada en la Notaría Sexta de Ibagué, y que fue representada judicialmente por abogado. De acuerdo con los términos del poder general conferido, que incluye las facultades de administrar todos los bienes de la poderdante y representarla en toda clase de procesos, y según lo previsto en los artículos 2156 y 2158 del Código Civil, la convocante está debidamente representada en el trámite arbitral.

La parte convocada es la sociedad Altos de Santa Sofía S.A., quien compareció al trámite a través de su representante legal, Jaime Hermida Artundaga, que designó abogada en el curso del proceso para llevar la representación judicial.

3. Trámite general del proceso.

La demanda que originó el proceso fue presentada el 18 de octubre de 2012 y, siendo designado como árbitro el doctor Armando Rafael Gutiérrez Villalba, se realizó la audiencia de instalación del Tribunal el 5 de febrero de 2013.

En la audiencia de instalación se inadmitió la demanda, estando dentro de los defectos señalados de la misma la falta de indicación de las razones y conceptos que constituían la estimación de la suma reclamada, lo cual fue subsanado mediante escrito radicado el 11 de febrero de 2013. En tal ocasión se presentó "*Demanda subsanada, adicionada e integrada*" y se aclararon las pretensiones (particularmente la tercera), equivaliendo a una sustitución del libelo, de la cual, a propósito de la modificación del sentido de las pretensiones al ser aclaradas y explicadas las razones y los conceptos de los cuales derivaba la cuantía demandada, se evidenció por el Tribunal una indebida acumulación de pretensiones que se ordenó corregir, tal como consta en la providencia dictada en audiencia del 13 de febrero de 2013.

Por otro lado, en el escrito de "*Demanda subsanada, adicionada e integrada*" se incluyó una solicitud de medidas cautelares, que no fue acogida por el Tribunal, según obra en el acta No. 2 de la audiencia del 13 de febrero de 2013.

Mediante escrito radicado el 15 de febrero de 2013, el apoderado de la convocante subsanó el defecto de indebida acumulación de pretensiones advertido en la providencia dictada el 13 de febrero anterior, excluyendo la pretensión "SEGUNDA", en la cual pedía "*se declare resuelto el contrato*".

Subsanados los defectos observados de la demanda sustituta, fue admitida mediante auto dictado en audiencia del 20 de febrero de 2013, teniendo en cuenta la exclusión de la pretensión "SEGUNDA", y se ordenó correr traslado a la parte convocada, cuyo representante legal fue notificado en la misma audiencia. No obstante, la parte convocada no presentó contestación a la demanda.

El 5 de abril de 2013 se llevó a cabo la audiencia de conciliación con participación de las partes, representada la convocante por su apoderada general, y la convocada, por su representante legal, quien otorgó poder a abogada en dicha audiencia. En la misma no se logró un arreglo de las diferencias que motivaron el proceso, por lo cual se declaró fracasado el intento de conciliación.

Fijados los gastos y honorarios de funcionamiento del Tribunal, pagados en su totalidad por la parte convocante, el 10 de mayo de 2013 se llevó a cabo la primera audiencia de trámite, en la cual el Tribunal se declaró competente para resolver la controversia y se abrió el proceso a pruebas.

4. Desarrollo de la etapa probatoria.

Dentro del proceso se recibieron como pruebas, a petición de la convocante, documentos consistentes en el Contrato de Transacción suscrito por las partes el 4 de junio de 2012 y el “FORMATO DE GIROS POR DESISTIMIENTO” suscrito por la convocante, los cuales fueron tenidos en cuenta conforme a lo decretado en auto dictado en audiencia del 10 de mayo de 2013.

El Tribunal decretó de oficio la práctica de interrogatorio al representante legal de la convocada, realizado en audiencia del 21 de mayo de 2013, y se ordenó oficiar a la Notaría Sexta de Ibagué para que allegara copia de la Escritura Pública No. 006 del 5 de enero de 2000, la cual se puso en conocimiento de las partes en la misma audiencia del 21 de mayo.

El 12 de junio de 2013 se realizó la audiencia de alegatos, en la cual participó el apoderado de la convocante, quien presentó el suyo en versión escrita. Por la parte convocada se otorgó poder a una nueva abogada, quien no asistió a la audiencia y presentó por escrito su alegato el 11 de junio de 2013.

5. Plazo para dictar el Laudo.

Teniendo en cuenta que el pacto arbitral no señaló término de duración del arbitramento y que la primera audiencia de trámite se cerró el 10 de mayo de 2013, el Laudo se dicta dentro del plazo señalado en el artículo 10 de la Ley 1563 de 2012.

6. Los hechos expuestos en la demanda.

La demanda contiene los siguientes hechos:

“PRIMERO: *La Sociedad ALTOS DE SANTA SOFÍA S.A., es una sociedad mercantil con domicilio en Bogotá D.C., constituida por Escritura Pública N° 0001405 de la Notaría 16 de Bogotá del 31 de octubre de 2005, registrada en la Cámara de Comercio de Bogotá, el 24 de noviembre de 2005 bajo el No. 01022857 del Libro IX.*

SEGUNDO: *Entre la Sociedad ALTOS DE SANTA SOFÍA S.A., y La señora ADRIANA LUCÍA FLÓREZ HERNÁNDEZ, se suscribió un contrato de TRANSACCIÓN con fecha 4 de junio de 2012, cuyo objeto fue precaver litigios futuros y extinguir totalmente las obligaciones a cargo de EL DEUDOR (ALTOS DE SANTA SOFÍA S.A.) y a favor de LA ACREEDORA (ADRIANA LUCÍA FLÓREZ HERNÁNDEZ). En virtud de dicho contrato, EL DEUDOR se comprometió: "A- ALTOS DE SANTA SOFÍA S.A., en su condición de DEUDOR, reconocerá a LA ACREEDORA la suma de NOVENTA Y TRES MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS MONEDA LEGAL (\$93.500.000.00), los*

cuales incluyen capital, intereses corrientes y moratorios a la fecha de firma del presente acuerdo, más intereses liquidados a una tasa equivalente a la DTF de la fecha de pago en que se cancelen efectivamente las obligaciones a cargo de EL DEUDOR, sumas de dinero que se cancelarán a más tardar dentro de los CIENTO VEINTE (120) días calendario siguientes a la aceptación por parte de la Fiduciaria Central, del desistimiento irrevocable de derechos y obligaciones derivados del Encargo Fiduciario, presentado por parte de la ACREEDORA ante EL DEUDOR con copia original para FIDUCIARIA CENTRAL S.A..

B-En el evento en que ALTOS DE SANTA SOFÍA S.A., en su condición de DEUDOR, no cancele efectivamente a LA ACREEDORA, la suma de NOVENTA Y TRES MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS MONEDA LEGAL (\$93.500.000.00), más sus intereses, conforme a lo previsto en el literal A de la presente cláusula, el señor JAIME HERMIDA ARTUNDUAGA, con C.C. No. 79.142.843 de Usaquén, se compromete a cancelar a más tardar, dentro del día hábil siguiente a la finalización del término previsto en la presente cláusula, la totalidad de las sumas adeudadas a LA ACREEDORA.

C-La suma de dinero de NOVENTA Y TRES MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS MONEDA LEGAL (\$93.500.000.00), más intereses, que EL DEUDOR reconoce y se compromete a cancelar mediante el presente contrato a LA ACREEDORA, será abonada a la cuenta de ahorros que LA ACREEDORA informe a EL DEUDOR y/o a su representante legal JAIME HERMIDA ARTUNDUAGA, con C.C. No. 79.142.843 de Usaquén".

TERCERO: *La Sociedad ALTOS DE SANTA SOFÍA S.A., incumplió el contrato por las siguientes razones: a) El día 4 de junio de 2012 fecha en que se suscribió el contrato de transacción, la señora ADRIANA LUCÍA FLÓREZ HERNÁNDEZ firmó el formato de giros por desistimiento, que la sociedad ALTOS DE SANTA SOFÍA S.A., le solicitó firmar en original (con destino a la Fiduciaria Central S.A.) y copias. En dicho formato consta el desistimiento irrevocable de derechos y obligaciones derivados del Encargo Fiduciario que como se estipuló en la precitada clausula se presentaría por LA ACREEDORA, como efectivamente lo hizo ante EL DEUDOR en original y copias que EL DEUDOR recibió el mismo día 4 de junio de 2012 debiendo entregarlos a la Fiduciaria S.A. para su respectiva aceptación. No obstante lo anterior, y habiendo transcurrido los CIENTO VEINTE (120) días establecidos expresamente en el literal A de la CLÁUSULA PRIMERA del contrato de Transacción, el DEUDOR no ha presentado ante la Fiduciaria Central S.A., el desistimiento debidamente firmado*

por mi representada, razón por la cual la Fiduciaria Central S.A. NO HA PROCEDIDO AL PAGO DE LAS SUMAS DE DINERO ADEUDADAS A MI REPRESENTADA, LA ACREEDORA. b) la sociedad ALTOS DE SANTA SOFÍA S.A., también ha incumplido el contrato de transacción suscrito con mi representada, pues en virtud de lo dispuesto en el literal B) de la cláusula PRIMERA del citado contrato se obligó a que "En el evento en que ALTOS DE SANTA SOFÍA S.A., en su condición de DEUDOR, no cancele efectivamente a LA ACREEDORA, la suma de NOVENTA Y TRES MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS MONEDA LEGAL (\$93.500.000.00), más sus intereses, conforme a lo previsto en el literal A de la presente cláusula, el señor JAIME HERMIDA ARTUNDUAGA, con C.C. No. 79.142.843 de Usaquén, como representante legal de la sociedad ALTOS DE SANTA SOFÍA S.A., se compromete a cancelar a más tardar, dentro del día hábil siguiente a la finalización del término previsto en la presente cláusula, la totalidad de las sumas adeudadas a LA ACREEDORA.", sin embargo, hasta la fecha de presentación de la presente demanda, el señor JAIME HERMIDA ARTUNDUAGA, con C.C. No. 79.142.843 de Usaquén, como representante legal de la sociedad ALTOS DE SANTA SOFÍA S.A., NO HA CANCELADO EFECTIVAMENTE a LA ACREEDORA, la suma de NOVENTA Y TRES MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS MONEDA LEGAL (\$93.500.000.00), más sus intereses, conforme a lo previsto en el literal A de la cláusula PRIMERA DEL CONTRATO DE TRANSACCIÓN.

CUARTO: En el contrato de transacción, se estipuló una cláusula penal por el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones pactadas, equivalente a la suma de DIEZ MILLONES DE PESOS (\$10.000.000.00) MCTE.

QUINTO: En la cláusula QUINTA del contrato de transacción, las partes pactaron cláusula compromisoria para dirimir y resolver toda controversia relativa a dicho contrato, razón por la cual se efectúa la presente solicitud.

SEXTO: La señora ADRIANA LUCÍA FLÓREZ HERNÁNDEZ, mayor de edad, de estado civil soltera, domiciliada en Madrid (España), confirió poder general, amplio y suficiente a MARÍA ELSA HERNÁNDEZ VDA. DE FLÓREZ, entre otros fines: "E) Para representar al poderdante en toda clase de procesos judiciales o extrajudiciales, administrativos, etc. Ante las autoridades y funcionarios de todo orden, pudiendo otorgar poderes especiales...".

SÉPTIMO: La señora MARÍA ELSA HERNÁNDEZ VDA. DE FLÓREZ me confirió poder especial amplio, para que en su nombre y representación inicie, adelante y lleve a su terminación todas las

actuaciones y diligencias previas, necesarias y relacionadas con el Tribunal de Arbitramento que se convoque e integre con el fin de resolver cualesquiera de las controversias correspondientes al contrato de Transacción suscrito entre ADRIANA LUCÍA FLÓREZ HERNÁNDEZ Y ALTOS DE SANTA SOFÍA S.A.”.

Como se mencionó anteriormente, la convocada no contestó la demanda.

7. Pretensiones de la demanda.

La demanda, en su versión definitiva, contiene las siguientes pretensiones:

“PRIMERA: *Que se declare por parte del Tribunal de Arbitramento que la sociedad ALTOS DE SANTA SOFÍA S.A., incumplió el contrato de transacción suscrito con la señora ADRIANA LUCÍA FLÓREZ HERNÁNDEZ con fecha 4 de junio de 2012.*

[SEGUNDA: *Que como consecuencia de lo anterior se declare resuelto el contrato. (Pretensión excluida según lo manifestado por la parte convocante en escrito radicado el 15 de febrero de 2013)].*

TERCERA: *Que se ordene a ALTOS DE SANTA SOFÍA S.A., en su condición de DEUDOR, a pagar a LA ACREEDORA ADRIANA LUCÍA FLÓREZ HERNÁNDEZ, la suma de NOVENTA Y TRES MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS MONEDA LEGAL (\$93.500.000.00), valor establecido en el Acuerdo de transacción contenido en el documento del 4 de junio de 2012.*

CUARTA: *Que igualmente y a consecuencia de su incumplimiento, se condene a la sociedad ALTOS DE SANTA SOFÍA S.A., en favor de LA ACREEDORA ADRIANA LUCÍA FLÓREZ HERNÁNDEZ, al pago de la cláusula penal por la suma de DIEZ MILLONES DE PESOS (\$10.000.000.00) MCTE.*

QUINTA: *Que de igual manera, se condene a la sociedad ALTOS DE SANTA SOFÍA S.A. al pago de la suma de DIECIOCHO MILLONES SETECIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS OCHENTA Y OCHO PESOS (\$18.747.588.00) MCTE., por concepto de intereses moratorios liquidados a la tasa máxima autorizada por la ley comercial calculados desde la fecha en que la sociedad ALTOS DE SANTA SOFÍA S.A. debía cancelar las sumas adeudadas, desde el 5 de octubre de 2012 hasta la fecha de la presentación de esta petición.*

SEXTA: *Que se condene a la sociedad ALTOS DE SANTA SOFÍA S.A., efectuar el pago de todas y cada una de las condenas aquí solicitadas y*

de las que llegaren a decretarse, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del laudo que así lo disponga.

SÉPTIMA: *Que se condene a la sociedad ALTOS DE SANTA SOFÍA S.A., al pago de los correspondientes intereses moratorios a la tasa máxima autorizada por la ley en caso de retardo (sic) el pago del cumplimiento del laudo correspondiente.*

OCTAVA: *Que se condene a la sociedad ALTOS DE SANTA SOFÍA S.A., al reconocimiento y pago de la correspondiente actualización sobre las sumas decretadas como condena y que resulten probadas durante el trámite arbitral.*

NOVENA: *Que se condene a la sociedad ALTOS DE SANTA SOFÍA S.A., al pago de la totalidad de las costas correspondientes al proceso arbitral, incluidas las agencias en derecho.*

DÉCIMA: *Que se decreten las medidas cautelares de embargo y secuestro y el registro de bienes, con el fin de garantizar el adecuado cumplimiento del laudo arbitral”.*

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. Los presupuestos procesales.

Se encuentran cumplidos los requisitos para dictar el Laudo, teniendo en cuenta la participación en el proceso de sujetos capaces y debidamente representados, el carácter transigible de la controversia formulada mediante demanda que cumple con los requisitos legales, y el estar cobijada por la cláusula compromisoria, lo cual otorga competencia al árbitro para proferir decisión de fondo.

2. Los problemas jurídicos y su resolución.

Son varios los problemas jurídicos a tener en cuenta para efectos de resolver las pretensiones de la demanda; el primero de ellos, se relaciona con la posible sujeción de la obligación de pagar la suma de noventa y tres millones quinientos mil pesos moneda legal (\$93.500.000.00), a que se hace referencia en el contrato de transacción suscrito el 4 de junio de 2012, a una condición de carácter suspensivo consistente en la aceptación, por parte de la Fiduciaria Central S.A., del desistimiento irrevocable de derechos y obligaciones derivados del encargo fiduciario que se presentara por parte de la señora Adriana Lucía Flórez ante Altos de Santa Sofía S.A., con copia a dicha entidad fiduciaria.

El segundo problema jurídico que plantea la resolución de la presente controversia, se relaciona con la posible incompatibilidad que existe entre el cobro

de la cláusula penal pecuniaria y el cobro de los intereses moratorios, tratándose de incumplimientos de obligaciones de carácter dinerario.

- 2.1. La obligación de pago de noventa y tres millones quinientos mil pesos moneda legal (\$93.500.000.00), a cargo de Altos de Santa Sofía y favor de Adriana Lucía Flórez, no estaba sujeta a condición, sino a un plazo cierto y determinado.

Ha sostenido la parte convocada, por intermedio de su apoderada judicial, al momento de alegar de conclusión, que la obligación a que se hace referencia en el literal A de la cláusula primera del contrato de transacción, celebrado entre las partes del presente proceso arbitral el 4 de junio de 2012, se encontraba sujeta a una condición suspensiva, consistente en la aceptación, por parte de Fiduciaria Central S.A., del desistimiento de derechos y obligaciones derivados del encargo fiduciario que presentara la parte convocante ante la parte convocada, con copia a aquella entidad fiduciaria.

Esta postura, la funda la parte convocada en el texto de la cláusula a que se viene haciendo referencia, que es del siguiente tenor: “(...) A.- *ALTOS DE SANTA SOFÍA S.A., en su condición de DEUDOR, reconocerá a LA ACREEDORA la suma de NOVENTA Y TRES MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS MONEDA LEGAL (93.500.000), los cuales incluyen capital, intereses corrientes y moratorios a la fecha de firma del presente acuerdo, más intereses liquidados a una tasa equivalente a la DTF de la fecha de pago en que se cancelen efectivamente las obligaciones a cargo de EL DEUDOR, sumas de dinero que se cancelarán a más tardar dentro de los CIENTO VEINTE (120) días calendario siguientes a la aceptación por parte de la Fiduciaria Central, del desistimiento irrevocable de derechos y obligaciones derivados del Encargo Fiduciario, presentado por parte de LA ACREEDORA ante el DEUDOR con copia original para FIDUCIARIA CENTRAL S.A. (...)*” (folio 2 del cuaderno de pruebas) (subrayas fuera de texto).

Así, pues, la apoderada de la convocada parte del tenor literal de la cláusula para sostener que, ante el reconocimiento que ha hecho la parte convocante en el sentido de que no existe la aceptación a que se hace referencia en la cláusula bajo examen, debe concluirse que no se ha producido el hecho futuro e incierto del que pendía la exigibilidad de la obligación de pagar las sumas de dinero consignadas en el literal A de la cláusula primera del contrato de transacción, y por consiguiente, alega, la convocada no se encuentra en mora.

Sin embargo, olvida la apoderada de la parte convocada que, en el curso del presente proceso, se decretó y practicó el interrogatorio de su poderdante; medio de prueba que sirvió para desentrañar el real alcance del contrato de transacción y en particular de la cláusula que se analiza.

En la transcripción del interrogatorio practicado al representante legal de Altos de Santa Sofía S.A., doctor Jaime Hermida, se lee lo siguiente: “(...) DR.

GUTIÉRREZ: *¿Después de que usted firma el contrato de transacción qué tenía que ocurrir para que se giraran estos recursos a que se hace referencia en la cláusula primera?*

SR. HERMIDA: *Básicamente que tuviéramos los recurso doctor, eso no estaba condicionado a nada diferente a que fueran los recursos para girar.*

DR. GUTIÉRREZ: *¿Los recursos los iba a girar directamente Altos de Santa Sofía?*

SR. HERMIDA: *Todo el proyecto, tal como se lo mencioné hace un ratico, quedó supeditado al esfuerzo económico de Altos de Santa Sofía, la terminación, las transacciones, todo lo que hubiera porque cuando nosotros tomamos el proyecto, cuando yo personalmente entro a ser parte del proceso el fideicomiso no tenía ningún tipo de fondo.*

DR. GUTIÉRREZ: *¿Usted reconoce, en su condición de representante legal de Altos de Santa Sofía, que se obligaron a pagar esa suma de noventa y tres millones quinientos mil pesos?*

SR. HERMIDA: *Lo he reconocido en todas las reuniones de conciliación que hemos hecho.*

DR. GUTIÉRREZ: *¿Dentro de qué plazo tenían que pagarse esos noventa y tres millones quinientos mil pesos?*

SR. HERMIDA: *No me acuerdo, un par de meses, no era mucho tiempo, 120 días.*

DRA CASTELLANOS: *Eso consta en la transacción doctor.*

DR. GUTIÉRREZ: *Doctora, dejemos que responsa el declarante.*

SR. HERMIDA: *Pero tal como está en el documento, 120 días.*

DR. GUTIÉRREZ: *¿Era necesaria la intervención de la fiduciaria de algún modo para estos efectos?*

SR. HERMIDA: *No, el desistimiento básicamente era para que la fiduciaria pudiera liberar comercialmente ese bien y nosotros pudiéramos salir a comercializar (...)* (folio 15 del cuaderno de pruebas) (negritas fuera de texto).

Y más adelante en la misma transcripción, ante una pregunta del apoderado de la parte convocante sobre la función del desistimiento que debía suscribir la señora Adriana Lucía Flórez, se observa la siguiente respuesta: "(...)DR. ZAPATA: **Pregunta No. 2** *Ese formato, usted manifestó hace un momento, que el desistimiento era necesario para que la fiduciaria procediera a desembolsar los recursos que estaban previstos en el contrato de transacción dentro del plazo allí previsto, ¿puede informarle a este Tribunal si eso es cierto o no?*

SR. HERMIDA: *No.*

DR. ZAPATA: *No es cierto que ese formato fuera necesario, como usted lo acaba de manifestar, ese formato de desistimiento que ella tenía firmar no era necesario para proceder al posterior desembolso de los recursos por parte de la fiduciaria como a ella se le informó, porque eso fue lo que se le informó.*

SR. HERMIDA: *No, no es cierto, como usted lo está expresando no es cierto, el formato de desistimiento era necesario firmar para que el apartamento quedara libre o liberado comercialmente y se pudiera comercializar, pero eso no era la fuente de recurso para el pago a la señora porque en ningún momento en el documento de transacción dice que se va a vender para*

pagar, el esfuerzo económico lo tiene que hacer Altos de Santa Sofía, entonces no es condición como usted lo expresa ni así se dijo (...) (folio 15 –reverso- del cuaderno de pruebas) (negrillas fuera de texto).

Las manifestaciones hechas por el representante legal de ALTOS DE SANTA SOFÍA S.A. son perfectamente claras. De acuerdo con las mismas, el nacimiento de la obligación de pagar las sumas de dinero de que trata la cláusula primera del contrato de transacción no se encontraba sometida a condición alguna, ni el conteo para su exigibilidad estaba supeditado al día en que fuera aceptado el desistimiento por parte de la Fiduciaria, como lo alega la apoderada de la convocada; la obligación se encontraba sometida simple y llanamente al vencimiento del plazo de 120 días, contados a partir de la suscripción del acuerdo transaccional.

No puede desconocerse de ninguna manera la declaración en interrogatorio de parte a que se ha hecho referencia, máxime si se tiene en cuenta, por una parte, que Jaime Hermida Artunduaga (representante legal de la convocada) suscribió el contrato de transacción, lo que le da un mayor valor a su dicho, pues se refiere a hechos que le constan de manera personal y directa, y por otra, que de acuerdo con el artículo 1618 de nuestro Código Civil, “(...) *Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras (...)*”.

Ha quedado acreditado en el plenario, en consecuencia, que la intención de las partes del contrato de transacción no era otra que la de establecer en el mismo, a cargo de la parte convocada y a favor de la parte convocante, la obligación de pagar una suma de dinero equivalente a noventa y tres millones quinientos mil pesos moneda legal (\$93.500.000.00), a más tardar transcurridos 120 días desde la suscripción del acuerdo transaccional.

- 2.2. No resultan compatibles, tratándose del incumplimiento de obligaciones de carácter dinerario, el cobro de intereses moratorios a la tasa máxima admitida por la Ley y, al mismo tiempo, el cobro de cláusulas penales pecuniarias.

Otro de los problemas jurídicos que plantea la resolución de la presente controversia, se relaciona con la posible incompatibilidad entre el cobro simultáneo de intereses moratorios a la máxima tasa legal permitida y del monto de la pena, cuando se trata de incumplimiento de obligaciones que tienen carácter dinerario.

Para resolverlo, hay que acudir, entre otras cosas, a lo previsto por el artículo 65 de la Ley 45 de 1990, de acuerdo con el cual “(...) *En las obligaciones mercantiles de carácter dinerario el deudor estará obligado a pagar intereses en caso de mora y a partir de ella.*

Toda suma que se cobre al deudor como sanción por el simple retardo o incumplimiento del plazo de una obligación dineraria se tendrá como interés de mora, cualquiera sea su denominación (...)

La norma que se cita no prevé cosa distinta a que, en los eventos en que se incumple una obligación de carácter dinerario, se deberán, a partir de la mora, intereses de carácter moratorio, entendiéndose que tendrán dicho carácter todas aquellas sumas que se cobren al deudor como sanción por el simple retardo o incumplimiento del plazo.

Al dársele el carácter de interés moratorio a otras sumas de dinero que se cobren como consecuencia del incumplimiento del plazo, o de la mora del deudor, si se quiere, se somete a dichas sumas a los mismos límites a que se encuentra sujeto el cobro de intereses moratorios en derecho colombiano.

Dado lo anterior, no podrían acumularse intereses moratorios a la máxima tasa permitida legalmente con otras sumas que, de acuerdo con la norma bajo examen, tengan el carácter de aquellos.

El doctrinante Jorge Suescún Melo, se ha referido a este asunto así: “(...) *Es claro, entonces, que las cláusulas penales establecidas para resarcir los perjuicios por la mora en el cumplimiento de obligaciones de dinero deberán calificarse como intereses de mora y estar sujetas al régimen previsto para tal efecto. La doctrina acoge el anterior planteamiento al afirmar que las mencionadas cláusulas penales tienen el “concepto de interés y valdrán si no alcanzan a constituir lesión enorme de intereses (...)*”¹”.

Si bien el Código de Comercio en su artículo 1.168 prohíbe solamente en el contrato de mutuo “pactos que conlleven la simulación de los intereses legalmente admitidos”, la prohibición debe extenderse, por la clara naturaleza que tienen las normas sobre réditos, a todos los casos donde las partes pacten intereses o cuando sólo tengan derecho a éstos, como en el caso que nos ocupa, pues lo contrario sería abrir la puerta para llevar a cabo un ostensible fraude a la ley. Así lo ha reconocido la Superintendencia bancaria al precisar que “para efectos del control que corresponde efectuar a este despacho sobre lo dispuesto en el artículo 1.168 del Código de Comercio, ineludiblemente tendrá que entenderse dentro del concepto de interés, todas las sumas que se carguen o reciban directamente o por interpuesta persona, teniendo como causa la entrega de dinero, a título de depósito, o de mutuo, así se intente disfrazar tal remuneración o parte de ella bajo denominaciones tales como, honorarios, comisiones, reembolso de gastos, etc. Tales conceptos se integrarán al de los intereses, propiamente así denominados, para luego deducir su equivalencia en términos reales o efectivos”²,

¹ El autor cita en este aparte al doctrinante Arturo Valencia Zea – Derecho Civil Obligaciones – 1978 – páginas 422 y 423.

² Se cita aquí por el autor la Circular No OJ-078 de 3 de octubre de 1984 de la entonces llamada Superintendencia Bancaria.

En cuanto al indispensable respeto a las tasas máximas establecidas y la improcedencia de cláusulas penales como medio para superarlas, la doctrina extranjera expone igual opinión: “tanto en las obligaciones de sumas dinero como en las demás, las partes pueden determinar por anticipado el importe de los daños y perjuicios. Las partes, sin embargo, no tienen absoluta libertad en cuanto a la fijación del importe de la cláusula penal, cuando el interés convencional ha sido limitado por la ley a un tipo máximo. El interés convencional tiene iguales funciones que los intereses moratorios: ambos compensan la privación de una suma de dinero y del provecho que hubiera podido obtener de ella el que no la recibió a tiempo. Además sería demasiado fácil burlar la restricción del tipo de interés convencional si la fijación de los intereses por retraso fuera libre. La limitación de aquellos implica, por tanto, necesariamente, la de éstos³” (...) En consecuencia, los daños causados por la extemporaneidad en el pago de sumas de dinero se repara con el reconocimiento de intereses y sólo con éstos. Pueden los particulares, en desarrollo de la autonomía de su voluntad, pactar para este evento cláusulas penales, pero para su validez el monto de éstas no podrá superar el límite de los intereses moratorios establecidos en la ley. Esto significa, que las denominaciones de cláusula penal, multa diaria, sanción pecuniaria, etc, no tienen ninguna relevancia jurídica especial, pues en el fondo son y deben mirarse, en la hipótesis que analizamos, como intereses de mora y por tanto están sujetas a su régimen.

Después de varios años de arduo debate sobre este tema, debate en el cual participamos activamente exponiendo los criterios que acaban de explicarse, el Gobierno nacional a través del proyecto que luego se convertiría en la Ley 45 de 1990, acogió los planteamientos anteriores, los cuales quedaron plasmados en su artículo 65 (...)”⁴.

No existe duda, entonces, de que no podría haber condenas, en el caso de incumplimiento de obligaciones dinerarias, en las que se acumulen intereses moratorios a la máxima tasa legal permitida, con el monto de la pena.

3. Pronunciamiento sobre las pretensiones de la demanda.

3.1. En cuanto a la pretensión primera.

La pretensión primera se redactó de la siguiente forma: “(...) *Que se declare por parte del Tribunal de Arbitramento que la sociedad ALTOS DE SANTA SOFÍA S.A., incumplió el contrato de transacción suscrito con la señora ADRIANA LUCÍA FLÓREZ HERNÁNDEZ con fecha 4 de junio de 2012 (...)*”.

De acuerdo con lo que se ha expuesto hasta este momento, está claro que por virtud del contrato de transacción de 4 de junio de 2012, suscrito por las partes del

³ Se cita por el autor a Planiol y Ripert – Derecho Civil francés T. VII, páginas 194 y siguientes.

⁴ SUESCÚN MELO, Jorge, Derecho Privado, Tomo I, Cámara de Comercio de Bogotá, Universidad de los Andes, Bogotá, 1996, páginas 603 a 605.

presente proceso, la sociedad ALTOS DE SANTA SOFÍA S.A. se obligó ante la señora ADRIANA LUCÍA FLÓREZ HERNÁNDEZ al pago de la suma de noventa y tres millones quinientos mil pesos moneda legal (\$93.500.000.00) dentro de los ciento veinte días calendario siguientes a la firma del contrato. Y es totalmente claro también que ALTOS DE SANTA SOFÍA no ha procedido hasta el momento al pago de la obligación; de hecho, su representante legal, Jaime Hermida Artunduaga, así lo reconoció al momento de rendir el interrogatorio de parte decretado.

En efecto, en el documento contentivo de la transcripción de la declaración de parte, se lee lo siguiente: “DR. GUTIÉRREZ: *¿Los recursos los iba a girar directamente Altos de Santa Sofía?*”

SR. HERMIDA: *Todo el proyecto, tal como se lo mencioné hace un ratico, quedó supeditado al esfuerzo económico de Altos de Santa Sofía, la terminación, las transacciones, todo lo que hubiera porque cuando nosotros tomamos el proyecto, cuando yo personalmente entro a ser parte del proceso el fideicomiso no tenía ningún tipo de fondo.*

DR. GUTIÉRREZ: *¿Usted reconoce, en su condición de representante legal de Altos de Santa Sofía, que se obligaron a pagar esa suma de noventa y tres millones quinientos mil pesos?*

SR. HERMIDA: *Lo he reconocido en todas las reuniones de conciliación que hemos hecho”* (folio 15 del cuaderno de pruebas).

(...) DR. ZAPATA: *Pregunta No 11 ¿Con posterioridad al vencimiento del término previsto en el contrato de transacción para el desembolso de los recursos producto del acuerdo y del desistimiento de mi poderdante, Altos de Santa Sofía adelantó alguna actividad tendiente a cumplir con la estipulación del contrato de transacción en virtud de la cual asumiría y satisfaría en forma directa la obligación contraída por mi poderdante?. SR. HERMIDA: No (...)*” (folio 16 –reverso- del cuaderno de pruebas).

La principal obligación derivada de la transacción cuyo incumplimiento se reclama, tal como la describe la demanda en el hecho SEGUNDO, consistió en el pago de la suma de noventa y tres millones quinientos mil pesos moneda legal (\$93.500.000.00) dentro de los ciento veinte días calendario siguientes a la firma del contrato, como ya se ha dicho, por parte de ALTOS DE SANTA SOFÍA S.A. a favor de ADRIANA LUCÍA FLÓREZ HERNÁNDEZ, reforzada con otras previsiones en cuanto a la suscripción de un desistimiento en la Fiducia por parte de la acreedora y su presentación ante la Fiduciaria que, como se ha visto, el Tribunal al apreciar el acuerdo transaccional interpreta conforme a la real intención de las partes siguiendo el artículo 1618 del Código Civil, por encima de la redacción literal, como ya se expuso en este Laudo, y en cuanto a las seguridades o garantías ofrecidas para el pago mediante responsabilidad personal de Jaime Hermida Artunduaga, la primera de las cuales en nada afectaba a la acreedora pues era no más que la mención de un trámite paralelo al pago del dinero, pero sin que de aquél dependiera el reconocimiento de la deuda por la convocada y, por ello, en nada afectaba el derecho a exigir el pago si dicho trámite no era realizado

pues, según se vio, tenía como finalidad era la liberación del inmueble para comercializarlo el constructor (la firma del desistimiento y su trámite eran, entonces, para beneficio del constructor, para permitirle vender el inmueble a otro adquirente); y la segunda previsión, referida a una garantía u obligación personal asumida por el representante legal de la convocada, para seguridad del crédito a cargo de la sociedad que representa.

En consecuencia, no solo está reconocida por la convocada la principal obligación de la transacción (el pago) y su sometimiento a un plazo totalmente cierto, sino que también lo está su incumplimiento, reclamado por la convocante según lo narrado en los hechos SEGUNDO y TERCERO de la demanda y de acuerdo con la orientación de sus pretensiones, entre ellas, aparte de sobre la que se pronuncia expresamente el Tribunal en este numeral, las identificadas como “TERCERA” y “QUINTA”⁵.

Por lo anterior, en la parte resolutive del presente Laudo habrá de procederse a declarar el incumplimiento del contrato de transacción suscrito el 4 de junio de 2012.

3.2. En cuanto a la pretensión segunda.

Ya se ha hecho referencia anteriormente a que la parte convocante excluyó de la demanda la pretensión segunda, mediante escrito radicado el 15 de febrero de 2013, lo que deriva en que no hay lugar a pronunciamiento alguno en relación con la misma.

3.3. En cuanto a la pretensión tercera.

La pretensión tercera es del siguiente tenor: “(...) *Que se ordene a ALTOS DE SANTA SOFÍA S.A. en su condición de DEUDOR, a pagar a LA ACREEDORA ADRIANA LUCÍA FLÓREZ HERNÁNDEZ, la suma de NOVENTA Y TRES MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS MONEDA LEGAL (\$93.500.000.00), VALOR ESTABLECIDO EN EL Acuerdo de transacción contenido en el documento del 4 de junio de 2012 (...)*”.

Como se ha visto, es cierta la existencia de la obligación, a cargo de la parte convocada, de pagar la suma de noventa y tres millones quinientos mil pesos moneda legal dentro de los ciento veinte días siguientes a la suscripción del contrato de transacción de que trata la demanda, como es cierta su exigibilidad, dado el vencimiento del mencionado plazo, y que la misma no ha sido honrada siquiera parcialmente.

⁵ Sobre las pretensiones de la demanda como reclamo de las prestaciones estipuladas en el contrato de transacción se pronunció el Tribunal en el auto dictado en la audiencia del 13 de febrero de 2013 (Acta No. 2, folios 117 a 119 del Cuaderno Principal).

En este orden de ideas, deberá prosperar la pretensión tercera de la demanda, que se orienta a que se ordene al deudor que pague la suma de dinero antes indicada.

3.4. En cuanto a las pretensiones cuarta y quinta.

La pretensión cuarta de la demanda es del siguiente tenor: “(...) *Que igualmente y a consecuencia de su incumplimiento se condene a la sociedad ALTOS DE SANTA SOFÍA S.A., en favor de LA ACREEDORA ADRIANA LUCÍA FLÓREZ HERNÁNDEZ, al pago de la cláusula penal por la suma de DIEZ MILLONES DE PESOS (\$10.000.000.00) MCTE (...)*”.

Y la quinta, del siguiente: “*Que, de igual manera, se condene a la sociedad ALTOS DE SANTA SOFÍA S.A. al pago de la suma de DIECIOCHO MILLONES SETECIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS OCHENTA Y OCHO PESOS (\$18.747.588.00) MCTE, por concepto de intereses moratorios liquidados a la tasa máxima autorizada por la ley comercial calculados desde la fecha en que la sociedad ALTOS DE SANTA SOFÍA S.A debía cancelar las sumas adeudadas, desde el 5 de octubre de 2012 hasta la fecha de la presentación de esta petición (...)*”.

Ya se ha explicado que, de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, en punto de obligaciones de carácter dinerario, las penas estipuladas para el caso de incumplimiento de las mismas, se reputan intereses, por lo que definitivamente estarán sujetas a los límites legalmente establecidos para el cobro de éstos.

Así, no pueden existir penas que superen el valor de los intereses moratorios causados para el momento del cobro de aquellas, como tampoco es posible acumular penas con intereses moratorios cobrados a la máxima tasa legal permitida, pues de esa forma se violarían los límites que en nuestro ordenamiento se establecen para los réditos que se presume produce el dinero en caso de mora del deudor.

En este caso se ha pretendido acumular el cobro de una pena de diez millones de pesos (\$10.000.000.00) moneda legal colombiana, obligación pactada para apremiar por el incumplimiento de la principal, con los intereses moratorios causados entre el 5 de octubre de 2012 y el momento de presentación de la demanda, que fue el 11 de febrero de 2013, fecha en la que se sustituyó la inicialmente presentada.

Tal acumulación no es posible, por las razones ya indicadas. En efecto, se superarían, de declararse prósperas las dos pretensiones, los límites a que está sujeto el cobro de intereses moratorios en derecho colombiano.

En consecuencia, se denegará la pretensión cuarta de la demanda, por virtud de la cual se solicita la condena al pago de la obligación pactada como cláusula penal

establecida contractualmente en caso de incumplirse cualquiera de las obligaciones derivadas de la transacción, denegación para la cual también se ha tenido en cuenta que aparte de la obligación principal (pago de noventa y tres millones quinientos mil pesos moneda legal) y la pena, en el contrato de transacción no existían otras obligaciones a cargo de ALTOS DE SANTA SOFÍA S.A. a favor de la convocante, pues no lo eran lo relacionado con la suscripción y trámite del desistimiento ante la Fiduciaria y la obligación personal asumida por el representante legal de la sociedad convocada, según explicó el Tribunal al pronunciarse sobre la pretensión primera de la demanda.

Ahora bien, en cuanto a la pretensión quinta, para resolver sobre su procedencia, debe decirse que ella se orienta al reconocimiento de intereses moratorios a la máxima tasa permitida, sobre la suma de noventa y tres millones quinientos mil pesos (\$93.500.000.00) moneda legal colombiana, entre el 5 de octubre de 2012 y el momento de presentación de la petición que, el Tribunal entiende el 11 de febrero de 2013, según se ha explicado.

Esa cifra aparece liquidada en la pretensión bajo examen, en la suma de dieciocho millones setecientos cuarenta y siete mil quinientos ochenta y ocho pesos (\$18.747.588.00) moneda legal colombiana, lo que lleva al Tribunal a revisar si dicha liquidación es correcta o no.

Debe aclararse que la parte convocante ha fijado con claridad su pretensión, indicando que su objetivo es que se condene al pago de los intereses moratorios causados entre el 5 de octubre de 2012 y la fecha de presentación de la petición (11 de febrero de 2013). Por ello, no puede el Tribunal condenar a intereses causados por fuera del período que ha sido señalado específicamente por la parte convocante en su pretensión.

En efecto, a pesar de que la mora pudo haberse producido antes del 5 de octubre de 2012⁶, y de que con posterioridad a la presentación de la petición seguirían causándose intereses moratorios hasta la fecha de pago efectivo, la labor de este Tribunal se debe limitar, por respeto al principio de congruencia (art. 305 del C.P.C.), a establecer los valores que a título de intereses moratorios han sido efectivamente reclamados por la demandante, esto es, los que se causaron a favor de la parte convocante dentro del período a que se refiere la pretensión quinta de la demanda, no a períodos anteriores o posteriores.

Claro lo anterior, debe tenerse en cuenta que estando el período de liquidación comprendido entre el 5 de octubre de 2012 y el 11 de febrero de 2013, la tasa de interés bancario corriente más la mitad, para el período comprendido entre el 1 de octubre de 2012 y el 31 de diciembre de 2012, fue de 31.34% efectivo anual, de acuerdo con Resolución expedida por la Superintendencia Financiera el 28 de

⁶ El término para pagar estaba fijado en días, no en meses. Y si se cuentan ciento veinte días a partir del 5 de junio de 2012, se llega a la conclusión de que el plazo para pagar se venció el 2 de octubre de 2012.

septiembre de 2012, mientras que para el período comprendido entre el 1 de enero de 2013 y el 31 de marzo del mismo año fue 31.13%, de acuerdo con Resolución expedida por la Superintendencia Financiera el 28 de diciembre de 2012.

Así, para liquidar los intereses que se causaron entre el 5 de octubre de 2012 y el 31 de diciembre de 2012, debe tomarse la tasa efectiva anual del 31.34% (bancario corriente más la mitad), convertirse en diaria⁷, y aplicarle el porcentaje a la suma de noventa y tres millones quinientos mil pesos (\$93.500.000.00), para luego multiplicarla por el número de días corrido durante dicho período, es decir, 88 días.

El resultado de dicha operación es seis millones ciento cuarenta y siete mil ochocientos cuatro pesos (\$6.147.804.00) moneda legal colombiana.

La misma operación debe realizarse para liquidar los intereses que se causaron entre el 1 de enero de 2013 y el 11 de febrero del mismo año. Así, se toma la tasa de interés efectivo anual del 31.13% (bancario corriente más la mitad) y se convierte en diaria, para luego de ello aplicarle el porcentaje a la suma de noventa y tres millones quinientos mil pesos (\$93.500.000.00), y a continuación multiplicarla por el número de días corridos durante dicho período, es decir, 42 días, lo que arroja un resultado de dos millones novecientos dieciséis mil novecientos cincuenta pesos (\$2.916.950.00) moneda legal colombiana.

Así, el total de los intereses moratorios que se causaron entre el 5 de octubre de 2012 y el 11 de febrero de 2013, sobre la suma de noventa y tres millones quinientos mil pesos (\$93.500.000.00) moneda legal colombiana, es de nueve millones sesenta y cuatro mil setecientos cincuenta y cuatro pesos (\$9.064.754.00) moneda legal colombiana.

Esa será la suma que se condenará a pagar a la parte convocada a título de intereses moratorios.

No está por demás agregar que en el presente caso no se advierte motivo, según lo previsto en el artículo 206 del Código General del Proceso y los parámetros contenidos en la sentencia C-279 de 2013 de acuerdo con el Comunicado de Prensa No. 19 de 15 y 16 de mayo de 2013 de la Corte Constitucional, para imponer a la convocante la sanción establecida en el inciso cuarto de dicho artículo, en la medida en que no hubo objeción a la estimación de los perjuicios ni se observa que el cálculo haya sido notoriamente injusto, ilegal o genere sospechas de fraude, colusión o cualquier otra situación similar, sino que se trata

⁷ La fórmula que se utiliza para convertir la tasa efectiva anual en diaria es la siguiente: $((1+i)^{(1/365)}) - 1$, siendo i el interés efectivo. Se aclara en todo caso, lo cual es notorio desde el punto de vista matemático, que la tasa diaria no se obtiene dividiendo la tasa efectiva anual por el número de días del año.

de un error matemático ajeno a intenciones fraudulentas o de mala fe de la convocante.

3.5. En cuanto a la pretensión sexta.

La pretensión sexta aparece redactada así en la demanda: “(...) *Que se condene a la sociedad ALTOS DE SANTA SOFÍA S.A., efectuar el pago de todas y cada una de las condenas aquí solicitadas y de las que llegaren a decretarse, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del laudo que así lo disponga (...)*”.

El Tribunal considera que las condenas que habrán de imponerse por virtud de este laudo podrían ser exigibles a partir de la ejecutoria del mismo, pues no existe norma que sujete el cumplimiento del laudo arbitral a que transcurra término alguno luego de la ejecutoria.

En firme el laudo arbitral, el mismo podría hacerse cumplir de forma inmediata. Ahora bien, siendo ello así, nada impide que la parte convocante solicite que el cumplimiento del mismo quede sujeto a un término en específico, como ocurre en este caso particular, en el que dicha parte ha pedido que se ordene el cumplimiento de las condenas dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria del laudo, concediendo dicho plazo a la convocada.

Dado lo anterior, esta pretensión prosperará y, en consecuencia, se ordenará que las condenas a que se haga referencia en la parte resolutive del presente laudo, se cumplan dentro de los cinco días siguientes a su ejecutoria.

3.6. En cuanto a la pretensión séptima.

La pretensión séptima de la demanda fue propuesta de la siguiente forma: “(...) *Que se condene a la sociedad ALTOS DE SANTA SOFÍA S.A., al pago de los correspondientes intereses moratorios a la tasa máxima autorizada por la ley en caso de retardo el pago del cumplimiento del laudo correspondiente (...)*”.

Tal como está redactada la pretensión bajo análisis, ella se orienta a que se condene a la sociedad ALTOS DE SANTA SOFÍA S.A. al pago de los intereses moratorios que eventualmente se producirían en caso de que no proceda al cumplimiento del laudo arbitral, esto es, al pago de las condenas que habrán de decretarse más adelante.

Se solicita, en consecuencia, una condena que se funda en una situación hipotética, que aún no ha tenido lugar, siendo imposible prever las condiciones en que la misma puede llegar a producirse.

Por tal motivo, no podrá decretarse una condena en concreto.

Ahora bien, con esto el Tribunal no pretende decir que la condena al pago de noventa y tres millones quinientos mil pesos (\$93.500.000.00) que se decreta en el Laudo no producirá intereses moratorios (no es predicable lo mismo con respecto a la condena por intereses de mora, pues los mismos no pueden producir a su vez nuevos intereses). La causación y cobro de tales intereses se someterá a las reglas que rigen la materia, de manera que si llegare a verificarse la mora, la parte convocante contará con las acciones tendientes a lograr el cumplimiento forzado del Laudo, que podrá utilizar para cobrar tales intereses.

3.7. En cuanto a la pretensión octava.

La pretensión octava de la demanda es del siguiente tenor: “(...) *Que se condene a la sociedad ALTOS DE SANTA SOFÍA S.A., al reconocimiento y pago de la correspondiente actualización sobre las sumas decretadas como condena y que resulten probadas durante el trámite arbitral (...)*”.

Por virtud de esta pretensión se solicita la actualización que eventualmente se produciría en relación con las sumas que se decreten en este laudo como condenas, lo que supone de alguna manera que, ante la exigibilidad de las mismas, no se proceda al correspondiente pago.

Se ha dicho por parte del Tribunal que la suma de noventa y tres millones quinientos mil pesos (\$93.500.000.00) causaría intereses moratorios en caso de no pago oportuno por la convocada con posterioridad al Laudo, lo cual, debe aclararse, haría improcedente la corrección monetaria de la misma suma, porque implicaría doble actualización. Tampoco la condena por concepto de intereses de mora que se hará en esta providencia sería susceptible de generar corrección monetaria, pues ello implicaría una actualización de un factor (los intereses) que, en sí mismos, son a su vez en cierto grado un factor de actualización (actualizarlos equivaldría a dar a los intereses tratamiento de capital), traduciéndose en una actualización adicional a la suma de noventa y tres millones quinientos mil pesos (\$93.500.000.00), cifra que estaría debidamente actualizada con la sola causación de intereses de mora, sin necesidad de actualizar a su vez los intereses que se hayan venido causando.

Por tales razones, se denegará la presente pretensión.

3.8. En cuanto a la pretensión novena.

Se solicitó por virtud de la pretensión novena “(...) *Que se condene a la sociedad ALTOS DE SANTA SOFÍA S.A., al pago de la totalidad de las costas correspondientes al proceso arbitral, incluidas las agencias en derecho (...)*”.

Sobre este tema se resolverá de manera específica más adelante, en un capítulo relativo a las costas del proceso, anticipando que, dada la prosperidad parcial de la de demanda, así mismo, siguiendo la orientación trazada por el artículo 392 del

C.P.C., se procederá a la condena parcial a la parte convocada al pago de las costas correspondientes, incluidas las agencias en derecho.

3.9. En cuanto a la pretensión décima.

Como pretensión “DÉCIMA” se solicita *“Que se decreten las medidas cautelares de embargo y secuestro y el registro de bienes, con el fin de garantizar el adecuado cumplimiento del laudo arbitral”*.

La anterior petición, al ser presentada en su forma exterior como pretensión de fondo de la demanda, obliga a hacer pronunciamiento sobre ella en el Laudo, aunque en estricto sentido no corresponde a los asuntos sobre los que debería resolverse en la providencia que pone fin a la controversia sometida a decisión del árbitro.

Doctrinalmente se ha hecho mención a una especie de “pretensiones” denominadas “pretensiones cautelares”, junto a las cuales se habla también del “proceso cautelar” como un tercer tipo de proceso (además del de conocimiento y del de ejecución), usando algunos esta expresión para referirse *“al proceso cautelar propiamente dicho o autónomo y a las medidas cautelares, bien aisladas o integradas dentro de una fase del proceso principal o definitivo”*⁸.

En el procedimiento civil colombiano no se ha admitido el “proceso cautelar” como un proceso autónomo⁹, y se ha dicho, *“algunos no ubican la pretensión del proceso cautelar en el derecho subjetivo sobre el cual versa la controversia, sino en la obtención de un efecto de índole netamente procesal, criterio que se ajusta más a la realidad del fenómeno”*, por lo cual resultaría impropio hablar de “pretensión cautelar”, siendo más preciso entonces referirse a ello como “petición de medidas cautelares” (no “pretensión” como las que deben resolverse mediante sentencia), criterio éste que es compartido por este Tribunal, pues una cosa es el derecho subjetivo que se pretende ejecutar, que se declare o que se constituya a partir de la sentencia (la pretensión ejecutiva, declarativa o constitutiva) y otra los instrumentos procesales para hacer eficaz la decisión judicial sobre ese derecho (la medida cautelar). La denominada “pretensión cautelar” no se identifica con la “pretensión de conocimiento” (declarativa, constitutiva o de condena)¹⁰, en cuanto la primera no persigue una finalidad autónoma, sino asegurar el cumplimiento de la sentencia que se busca.

⁸ HERCE QUEMADA, Vicente. Derecho Procesal Civil, Madrid, Ed. Artes Gráficas, 1976, pág. 230, citado por LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Procedimiento Civil, Tomo II, Novena Edición, Dupré, Bogotá, 2009, pág. 876.

⁹ En este sentido, LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Procedimiento Civil, Tomo II, Novena Edición, Dupré, Bogotá, 2009, pág. 877 y AZULA CAMACHO, Jaime, Manual de Derecho Procesal, Tomo I, Teoría General del Proceso, Décima Edición, TEMIS, Bogotá, 2010, pág. 66.

¹⁰ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Procedimiento Civil, Tomo I, Décima Edición, Dupré, Bogotá, 2009, pág. 282.

En la misma línea de pensamiento, puede afirmarse que la medida cautelar no se identifica con el “objeto” del proceso dentro del cual se solicita, porque la “pretensión cautelar” es accesoria o instrumental al mismo. El juez, en la sentencia (o el árbitro en el laudo), debe pronunciarse sobre el “objeto” del proceso, es decir, la relación jurídica litigiosa puesta a su consideración en la demanda (en el caso de procesos contenciosos), de manera que los temas accesorios como lo son las medidas cautelares, y sin perjuicio de los asuntos que la ley expresamente ordena que se incluyan en la sentencia, son por naturaleza extraños a dicha providencia, además de que, para mencionar una consecuencia de su carácter extraño, no quedan cobijados por el efecto de cosa juzgada predicable de la sentencia. Las peticiones de medidas cautelares están llamadas a ser resueltas mediante autos.

Las pretensiones en los procesos contenciosos están dirigidas a la ejecución, declaración o constitución de un derecho subjetivo o situación jurídica que reclama el demandante frente al demandado, no así las peticiones de medidas cautelares, en las cuales se reclama la aplicación de una prevención o remedio de índole procesal, de carácter temporal y para un propósito ulterior. Como ha sido definida la pretensión por la jurisprudencia, es *“la declaración de voluntad mediante la cual se solicita del órgano jurisdiccional, frente al demandado, una actuación de fondo que declare, constituya o imponga una situación jurídica y obligue a observar determinada conducta jurídica”* (XCV, pág. 305)¹¹. De aquí que se considere impropio por este Tribunal hablar de la “pretensión cautelar” como una pretensión de fondo para resolver en la sentencia o laudo.

No hay, entonces, un proceso autónomo en el que se persiga que en la sentencia que le ponga fin se decrete una medida cautelar, ni es propio de la sentencia de los procesos contenciosos decretar medidas cautelares, sino resolver sobre el derecho o la controversia sometida a litigio. En el proceso arbitral, como en el procedimiento ordinario, el trámite de las medidas cautelares no tiene autonomía sino que hace parte de la actuación principal, como lo contempla el artículo 32 de la Ley 1563 de 2012.

En consecuencia, una pretensión como la que ahora se estudia, si fuera vista como pretensión autónoma de carácter sustancial o de fondo (no instrumental o accesoria) en la que se buscara el pronunciamiento que es propio de una sentencia judicial, cual es el de ejecutar, declarar o constituir un derecho o situación jurídica entre demandante y demandado, tiene que ser rechazada, por no tener cabida un pronunciamiento de esa naturaleza dentro del Laudo, que equivale a la sentencia que resuelve el fondo de una controversia.

Ahora bien, vista como pretensión instrumental o accesoria, llamada a ser resuelta mediante auto, fue oportunamente objeto de pronunciamiento por el Tribunal al analizar la admisión de la demanda sustituta (Acta No. 2 del 13 de febrero de

¹¹ Citada por MORALES MOLINA, Hernando, Curso de Derecho Procesal Civil, Parte General, Séptima Edición, Ed. ABC, Bogotá, 1978, pág. 128.

2013), y a lo allí dicho habrá de remitirse sin ser del caso hacer pronunciamiento adicional en este Laudo.

III. COSTAS

Habiendo prosperado parcialmente las pretensiones de la demanda, es pertinente aplicar lo previsto en el numeral sexto del artículo 392 del C.P.C., según el cual *“En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión”*.

Así pues, teniendo en cuenta la naturaleza y cuantía de las pretensiones que prosperan, relacionadas con el incumplimiento de la convocada de una obligación contenida en la transacción, siendo esto lo más significativo en la controversia, por encima de lo relacionado con cláusula penal e intereses, se condenará a la convocada al pago del 70% de las expensas en que hubiera incurrido la convocante. Los costos de atención del proceso en que hubiera incurrido la convocada quedan a su costa.

En relación con las agencias en derecho, de acuerdo con los parámetros señalados en el numeral tercero del artículo 393 del C.P.C., esto es, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado de la convocante, la cuantía del proceso y, en este caso, tomando en consideración el reconocimiento de la obligación por parte del representante de la convocada, se fijan en la suma de \$500.000 a cargo de la convocada.

Adicionalmente, se tendrá en cuenta que la porción de gastos y honorarios de funcionamiento del Tribunal que correspondía pagar a la convocada fue cubierta por la parte convocante, por lo cual, según el artículo 27 de la Ley 1563 de 2012, se ordenará el reembolso por parte de la convocada, con intereses de mora a la tasa más alta autorizada, desde el vencimiento del plazo para consignar, que en el presente proceso fue el 19 de abril de 2013, hasta el momento en que fueren pagadas efectivamente.

En consecuencia, la liquidación de costas y reembolso de gastos y honorarios de funcionamiento del Tribunal a cargo de Altos de Santa Sofía S.A. es como sigue:

Gastos y honorarios de funcionamiento del Tribunal a cargo de la convocante que debe reconocer la convocada (70% de \$4'091.800).	\$2'864.260
Agencias en derecho	\$500.000
Total	\$3'364.260

La suma por concepto de costas que habrá de pagar ALTOS DE SANTA SOFÍA S.A. a la convocante es de TRES MILLONES TRESCIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS SESENTA PESOS (\$3'364.260).

La liquidación del reembolso a cargo de ALTOS DE SANTA SOFÍA S.A., de la suma pagada por la convocante de los gastos y honorarios de funcionamiento del Tribunal que le correspondía cubrir a la convocada, es:

Reembolso de lo pagado por la convocante en lugar de la convocada, por concepto de gastos y honorarios de funcionamiento del Tribunal que correspondía pagar a la convocada.	\$4'091.800
Intereses de mora de la suma anterior, a partir del 20 de abril de 2013 hasta el 3 de julio de 2013.	\$228.531

IV. PARTE RESOLUTIVA

El Tribunal de Arbitramento, administrando justicia por habilitación de las partes, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, **RESUELVE:**

PRIMERO: Declarar que la sociedad ALTOS DE SANTA SOFÍA S.A. incumplió el contrato de transacción suscrito el 4 de junio de 2012 con la señora ADRIANA LUCÍA FLÓREZ HERNÁNDEZ, de acuerdo con lo expresado en la parte motiva.

SEGUNDO: Condenar a la sociedad ALTOS DE SANTA SOFÍA S.A. a pagar a ADRIANA LUCÍA FLÓREZ HERNÁNDEZ la suma de noventa y tres millones quinientos mil pesos (\$93.500.000.00) moneda legal colombiana, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del presente laudo. Esta suma devengará intereses de mora a la tasa máxima permitida del mercado a partir del sexto día siguiente a la ejecutoria de este laudo, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: Condenar a la sociedad ALTOS DE SANTA SOFÍA S.A. a pagar a ADRIANA LUCÍA FLÓREZ HERNÁNDEZ la suma de nueve millones sesenta y cuatro mil setecientos cincuenta y cuatro pesos (\$9.064.754.00) moneda legal colombiana, por concepto de intereses moratorios causados sobre la suma de noventa y tres millones quinientos mil pesos (\$93.500.000.00) moneda legal colombiana entre el 5 de octubre de 2012 y el 11 de febrero de 2013; pago que deberá hacerse dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del presente laudo. Sobre la suma acá decretada no se causan nuevos intereses ni corrección monetaria con posterioridad al Laudo.

CUARTO: Condenar a ALTOS DE SANTA SOFÍA S.A. a pagar a ADRIANA LUCÍA FLÓREZ HERNÁNDEZ la suma de tres millones trescientos sesenta y cuatro mil doscientos sesenta pesos (\$3'364.260) por concepto de costas del proceso, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

QUINTO: Declarar que no hay lugar al decreto y práctica de las medidas cautelares solicitadas, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

SEXTO: Denegar las demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO: Ordenar a ALTOS DE SANTA SOFÍA S.A. pagar a ADRIANA LUCÍA FLÓREZ HERNÁNDEZ la suma de cuatro millones noventa y un mil ochocientos pesos (\$4'091.800), por concepto de reembolso de gastos y honorarios de funcionamiento de Tribunal de Arbitramento, de acuerdo con lo dispuesto en la parte motiva, que causará intereses moratorios a la más alta tasa permitida del mercado desde el 20 de abril de 2013 hasta su fecha de pago efectivo, que a la fecha del Laudo son doscientos veintiocho mil quinientos treinta y un pesos (\$228.531) de acuerdo con la metodología de cálculo que explicada en otros apartes de esta providencia.

OCTAVO: Expedir copias auténticas del presente Laudo a cada una de las partes, con las constancias de Ley (Artículo 115, numeral 2, del C.P.C.).

ARMANDO RAFAEL GUTIÉRREZ VILLALBA
Árbitro Único

JAVIER RICARDO RODRÍGUEZ SUÁREZ
Secretario

Tabla de contenido

I.	ANTECEDENTES	1
1.	Cláusula compromisoria.....	1
2.	Partes del proceso.....	1
3.	Trámite general del proceso.	2
4.	Desarrollo de la etapa probatoria.	3
5.	Plazo para dictar el Laudo.	3
6.	Los hechos expuestos en la demanda.	3
7.	Pretensiones de la demanda.....	6
II.	CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.....	7
1.	Los presupuestos procesales.....	7
2.	Los problemas jurídicos y su resolución.....	7
3.	Pronunciamiento sobre las pretensiones de la demanda.	12
3.1.	En cuanto a la pretensión primera.....	12
3.2.	En cuanto a la pretensión segunda.....	14
3.3.	En cuanto a la pretensión tercera.....	14
3.4.	En cuanto a las pretensiones cuarta y quinta.....	15
3.5.	En cuanto a la pretensión sexta.....	18
3.6.	En cuanto a la pretensión séptima.....	18
3.7.	En cuanto a la pretensión octava.....	19
3.8.	En cuanto a la pretensión novena.....	19
3.9.	En cuanto a la pretensión décima.....	20
III.	COSTAS.....	22
IV.	PARTE RESOLUTIVA	23