

**LAUDO**  
**TRIBUNAL ARBITRAL**  
**DE**  
**BIOMAX BIOCOMBUSTIBLES S.A.**  
**VS.**  
**JOSÉ AGUSTÍN RODRÍGUEZ SILVA**

Bogotá, D. C. tres (3) de noviembre dos mil dieciséis (2016)

Agotado todo el trámite procesal con la observancia de todos los requisitos legales, sin que se advierta causal alguna de nulidad y dentro de la oportunidad para hacerlo, se procede a proferir en derecho el Laudo de mérito que finaliza el proceso arbitral entre **BIOMAX BIOCOMBUSTIBLES S.A.**, en adelante **BIOMAX**, por una parte, y **JOSÉ AGUSTÍN RODRÍGUEZ SILVA**, por la otra.

**CAPÍTULO PRIMERO**

**ANTECEDENTES**

**1.1 EL TRÁMITE**

**1.1.1 Partes procesales**

Son partes del presente proceso:

**1.1.1.1 Parte Convocante**

**BIOMAX BIOCOMBUSTIBLES S.A.**, sociedad comercial, identificada con el NIT 830.136.799-1, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá, representada legalmente por **JUAN DAVID PEÑA URIBE** según consta en el certificado de existencia y representación expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá (folios No. 7 al 15 del Cuaderno Principal Número 1). De conformidad con el mismo certificado la sociedad puede usar las siglas: **BIOMAX** o **BIOCOMBUSTIBLES**.

La parte Convocante compareció al presente proceso por medio de apoderado debidamente constituido.

#### **1.1.1.2 Parte Convocada**

**JOSÉ AGUSTÍN RODRÍGUEZ SILVA**, mayor de edad, identificado con Ial C.C. 79.795.043, con domicilio en el municipio de Sutatausa (Boyacá).

La parte Convocada compareció al presente proceso por medio de apoderado debidamente constituido.

#### **1.1.2 La Cláusula compromisoria**

Las partes acordaron pacto arbitral en la modalidad de cláusula compromisoria en el numeral 7.1 del contrato de suministro de combustible de fecha veintitrés de mayo de dos mil seis, cuyo texto dispone (folios 15 del Cuaderno Principal No 1):

*“RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS. Toda controversia derivada de esta oferta, relativa a su ejecución, liquidación 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: a) El Tribunal estará integrado por tres (3) árbitros designados por la Cámara de Comercio de Bogotá; b) Los honorarios, costos y gastos que se causen con ocasión de la Conciliación o el Arbitraje, serán de cuenta de la parte que resulte vencida y los honorarios y expensas asociados con la ejecución del acta de conciliación serán pagados por la parte contra la cual se instaura la ejecución.”*

#### **1.1.3 La convocatoria del Tribunal**

Con fundamento en la cláusula compromisoria, BIOMAX presentó el día 18 de diciembre de 2015 una solicitud de convocatoria y demanda arbitral frente a JOSÉ AGUSTÍN RODRÍGUEZ SILVA.

#### **1.1.4 La integración del Tribunal**

El 7 de enero de 2016, mediante sorteo público el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá procedió a designar como árbitros principales a ÁLVARO CUBIDES CAMACHO, MAURICIO FAJARDO GÓMEZ y DARÍO LAGUADO MONSALVE, como suplentes CAMILO CALDERÓN RIVERA, FRANCISCO MORRIS ORDOÑEZ y LUIS DE BRIGARD CARO. El Doctor ÁLVARO CUBIDES CAMACHO aceptó, presentó la declaración de independencia y cumplió con el deber de información mediante comunicación radicada el 15 de enero de 2016; el Doctor DARÍO LAGUADO MONSALVE aceptó, presentó la declaración de independencia y cumplió con el deber de información mediante comunicación radicada el 14 de enero de 2016, ante dicha declaración el Representante Legal de la parte Convocante no consideró prudente que el Doctor LAGUADO MONSALVE actuara como árbitro por estar pendiente de resolverse una acción de tutela interpuesta contra un Tribunal de Arbitramento del cual él hizo parte (Folio 81 a 82 del Cuaderno Principal No. 1). Ante la manifestación de la parte Convocante el árbitro designado presentó renuncia el 30 de enero de 2016, razón por la cual el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá le informó al árbitro suplente FRANCISCO MORRIS ORDOÑEZ quien aceptó, presentó la declaración de independencia y cumplió con el deber de información mediante comunicación radicada el 5 de febrero de 2016. Ante el silencio del árbitro MAURICIO FAJARDO GÓMEZ fue comunicada la designación al árbitro suplente CAMILO CALDERÓN RIVERA quien aceptó, presentó la declaración de independencia y cumplió con el deber de información mediante comunicación radicada el 26 de enero de 2016.

#### **1.1.5 Instalación**

El Tribunal de Arbitramento se instaló el 29 de febrero de 2016 en sesión sostenida en las oficinas del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (Acta N° 1, folios 188 a 190 del Cuaderno Principal N° 1); en la audiencia fue designada como Secretaria la Doctora LILIANA OTERO ÁLVAREZ, quien el 4 de marzo de 2016 aceptó el nombramiento, presentó la declaración de independencia, dio cumplimiento al deber de información y se posesionó el 17 de marzo de 2016.

### **1.1.6 Admisión de la demanda**

Mediante Auto número 2 del 29 de febrero de 2016, proferido en la misma audiencia de instalación, el Tribunal asumió conocimiento para adelantar los trámites iniciales del proceso arbitral y admitió la demanda. El auto admisorio de la demanda fue notificado personalmente el 31 de marzo de 2016 a JOSÉ AGUSTÍN RODRÍGUEZ SILVA.

### **1.1.7 Contestación de la demanda**

El apoderado de la parte Convocada contestó la demanda en tiempo, el 27 de abril de 2016 con oposición a las pretensiones, y con excepciones de mérito (Folio 199 a 213, del Cuaderno Principal No. 1). De las excepciones de mérito se corrió traslado el 3 de mayo de 2016, el cual fue descrito el 6 de mayo de 2016 (Folios 214 a 215 del Cuaderno Principal No. 1).

### **1.1.8 Indicación de la cuantía y juramento estimatorio**

En su escrito de demanda, el Convocante del presente Tribunal de Arbitramento estimó bajo la gravedad de juramento sus pretensiones en SEISCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS moneda corriente (\$644.350.000).

Para los efectos del artículo 25 de la ley 1563 de 2012, el Tribunal tomó como cuantía de las pretensiones la de la demanda.

### **1.1.9 Objeción Juramento Estimatorio**

La parte Convocada no objetó el juramento estimatorio presentado en la demanda.

### **1.1.10 Fijación de honorarios y gastos del proceso**

Mediante Auto No. 4 del 16 de mayo de 2016 (Acta No. 4, folios 218 a 221, del Cuaderno principal No. 1), el Tribunal fijó los honorarios de los árbitros y de la secretaria, los gastos de administración y otros gastos. La suma correspondiente fue pagada a tiempo por la parte Convocante y ante la no consignación oportuna de la parte Convocada la parte Convocante completó el pago.

#### **1.1.11 Primera audiencia de trámite**

La primera audiencia de trámite se llevó a cabo el día 16 de junio de 2016. En dicha audiencia el Tribunal se declaró competente para conocer tanto de las pretensiones de la demanda, las excepciones de mérito y se decidió sobre las pruebas solicitadas.

#### **1.1.12 Audiencias**

El Tribunal sesionó durante este proceso en 10 audiencias, incluyendo la de juzgamiento.

#### **1.1.13 Término del proceso**

El término para fallar empezó a correr a partir del 16 de junio de 2016, fecha en la cual se llevó a cabo la primera audiencia de trámite.

El trámite no ha estado suspendido, por lo cual vence el 16 de diciembre de 2016.

### **1.2 LA DEMANDA**

#### **1.2.1 Las pretensiones de la demanda**

Por intermedio de su apoderado, la parte Convocante solicitó que se profieran las declaraciones y condenas relacionadas en la demanda principal -folios 5 a 9 del Cuaderno Principal N° 1- que a continuación se transcriben:

##### ***"A. Pretensiones Principales***

*“PRIMERA: Como consecuencia del incumplimiento del contrato de suministro por parte del demandado, declarado en el laudo arbitral dictado el 26 de octubre de 2015, que se condene a aquel a pagar a Biomax, dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria del laudo, la pena prevista en la cláusula 8.9 del referido negocio jurídico, equivalente a mil salarios mínimos mensuales vigentes.*

*SEGUNDA: Que sobre la suma anterior se condene al demandado a pagar los intereses legales a la tasa del 6% a partir de la ejecutoria del laudo y hasta que se realice el pago efectivo de la obligación.*

*TERCERA: Que si hubiere oposición se condene al demandado al pago de las costas procesales.”*

### **1.2.2 Hechos planteados por el Convocante en la demanda**

*“1. La sociedad demandante y el demandado celebraron un contrato el 23 de mayo de 2006 para suministrar productos derivados del petróleo, a la estación de servicio “Villa Yenny”, ubicada en la vereda “Ojo de Agua” el municipio de Sutatausa, Departamento de Boyacá.  
2. Un tribunal de arbitramento instalado en este centro de arbitraje profirió un laudo arbitral el 26 de octubre de 2015 en el que resolvió, en lo esencial, sobre tal negocio jurídico lo siguiente:*

*“PRIMERO. Declarar que entre JOSE AGUSTÍN RODRÍGUEZ y BRIO DE COLOMBIA S.A. se celebró un contrato de suministro regulado por las condiciones contenidas en la oferta de fecha veintitrés (23) de mayo de 2006 y, en lo no previsto en ellas, por las normas pertinentes del Código de Comercio.*

*“SEGUNDO. Declarar que el contrato de suministro conforme a lo acordado por las partes se celebró por el término de diez años contados a partir del veintitrés (23) de mayo de 2006.*

*“TERCERO. Declarar que BIOMAX S.A. tiene la calidad de causahabiente de BRIO DE COLOMBIA S.A. en el contrato celebrado con el demandado, como resultado de la fusión por absorción que se produjo entre ambas sociedades.*

*“CUARTO. Declarar que JOSÉ AGUSTÍN RODRIGUEZ SILVA incumplió el contrato de suministro que lo liga con BIOMAX BIOCOMBUSTIBLES S.A. al dejar de adquirir combustible a partir del mes de noviembre de dos mil trece, abanderar la estación de servicio con otro mayorista y desmontar los avisos entregados por BRIO S.A.*

*“QUINTO. Condenar a JOSÉ AGUSTÍN RODRÍGUEZ SILVA a pagar a BIOMAX S.A. la suma de DOSCIENTOS SESENTA MILLONES QUINIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL QUINIENTOS VEINTINUEVE PESOS (\$ 260.552.529), por concepto de los perjuicios ocasionados.*

*“SEXTO. Negar las demás pretensiones de la demanda.*

*“SÉPTIMO. Negar todas las excepciones propuestas por la parte demandada.*

*3. En el referido proceso arbitral mi cliente no pidió que se condenara al demandado a pagarle la pena prevista en la cláusula 8.9 de la oferta que establece lo siguiente: “El incumplimiento de cualquiera de las obligaciones a cargo de una de las partes, dará derecho a la contraparte a exigir, a título de pena el equivalente en pesos a mil (1000) salarios mínimos mensuales legales vigentes, sin perjuicio del cobro de los perjuicios que se llegaren a ocasionar”.*

*4. En el laudo arbitral y en el acta levantada con ocasión de la petición de aclaración de este, el Tribunal expresó, con claridad, que no se pronunció en el laudo sobre el pago de la pena por no haber sido pedida por la parte demandante.*

*5. En el numeral 7.1 de la oferta se pactó que “toda controversia derivada de este contrato”, se decidirá por un Tribunal de Arbitramento integrado por tres árbitros designados por la Cámara de Comercio de Bogotá.”*

### **1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

El apoderado de la parte Convocada contestó la demanda dentro del término (Folios 199 a 213 del Cuaderno Principal No. 1).

#### *“AL HECHO I*

*No es cierto y aclaro. Entre el demandante y el demandado no se celebró contrato el 23 de mayo del 2006. El demandante si dirigió en la fecha allí indicada oferta mercantil al demandado relacionada con la actividad económica que realiza en la estación de servicios “Villa Yenny “, ubicada en la vereda “ojo de agua” del municipio de Sutatausa, departamento de Cundinamarca. Como consecuencia de dicha oferta, la cual fue aceptada por el demandado en forma tácita, en realidad se han formado tres (3) contratos distintos, coligados entre sí, a saber: El de comodato de los equipos de la estación de servicio; el de uso de marcas registradas; y, por último, el de la entrega de combustible por un precio.*

#### *Al HECHO II*

*Es cierto parcialmente y aclaro que esa es la parte resolutive del laudo proferido por el anterior Tribunal Arbitral de BIOMAX – BIOCOMBUSTIBLERS S.A. contra JOSE AGUSTÍN RODRÍGUEZ el día 26 de octubre del 2015. Sin embargo, el demandante omite hacer mención alguna acerca de las consideraciones que llevaron a la decisión arbitral. Además, dicha decisión fue objeto de recurso de anulación, el cual se encuentra actualmente en trámite anta la sala civil del H. Tribunal Superior de Bogotá, radicación número 11001220300020160030300.*

#### *AL HECHO III*

*No es cierto. La parte demandante dentro del trámite adelantado ante el anterior Tribunal Arbitral de BIOMAX – BIOCOMBUSTIBLES S.A. contra JOSE AGUSTIN RODRIOGUEZ y que llevo al laudo de fecha 26 de octubre del 2015, hizo uso de la opción consagrada en el artículo 1600 del Código Civil al solicitar oportuna y legalmente de dos maneras diferentes el reconocimiento y pago de perjuicios, así:*

*En el acápite de pretensiones de la demanda formulada ante el anterior Tribunal Arbitral de BIOMAX – BIOCOMBUSTIBLES S.A. contra JOSE AGUSTIN RODRIOGUEZ y que llevo al laudo de fecha 26 de octubre del 2015 se*

encuentran las numeradas como quinta y sexta que se refieren específicamente a los perjuicios.

Mediante escrito de fecha 5 de noviembre del 2014 dirigido ante el anterior Tribunal Arbitral de BIOMAX – BIOCOMBUSTIBLES S.A. contra JOSE AGUSTIN RODRIGUEZ, y que llevo al laudo de fecha 26 de octubre del 2015, donde se expresa la fecha hasta la cual se reclaman los perjuicios y la estimación razonada de la cuantía de los mismos.

#### AL HECHO IV

No es cierto. La parte demandante se refiere exclusivamente a la parte del laudo proferido por el anterior Tribunal Arbitral de BIOMAX – BIOCOMBUSTIBLES S.A. contra JOSE AGUSTIN RODRIGUEZ el día 26 de octubre del 2015. Sin embargo, el demandante omite hacer mención alguna acerca de las consideraciones que llevaron a la decisión arbitral en la cual se expone que el demandante hizo uso de la opción consagrada en el artículo 1600 del Código Civil al solicitar oportuna y legalmente de dos maneras diferentes el reconocimiento y pago de perjuicios no de la pena

#### AL HECHO V

Es cierto y aclaro que la figura comercial escogida por las partes constituye en realidad tres (3) contratos distintos, coligados entre sí, a saber: El de comodato de los equipos de la estación de servicio; el de uso de marcas registradas; y, por último, el de la entrega de combustible por un precio.

#### EXCEPCIONES DE FONDO O MERITO:

##### A) COSA JUZGADA

*Res iudicata pro veritate habetur.* Desde el derecho romano se tiene como un principio del litigio recto y leal. En nuestro sistema jurídico la evolución legislativa el estudio armónico de las instituciones del proceso, y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, permiten afirmar, en línea de principio, que en el proceso deben debatirse todos los reclamos entre las partes que tengan un mismo fundamento. Razones de lealtad, de economía procesal, pero fundamentalmente de seguridad jurídica, claman porque los reparos sobre un acto generador de obligaciones no sean resueltos por jueces distintos en escenarios procesales diferentes. Así, los

*institutos de la cosa juzgada, la suspensión por prejudicialidad y el pleito pendiente, vienen a ser el conjunto de instrumentos que la ley procesal ha establecido para garantizar que de una sola vez se ponga fin a los reclamos con fundamento contractual*

*Non bis in idem, es una expresión latina que significa “no dos veces sobre lo mismo”; y que ha sido empleada para impedir que una pretensión, resuelta mediante una decisión judicial contra la cual no cabe recurso alguno, sea presentada nuevamente ante otro juez. En otras palabras, quiere decir que no debe resolverse dos veces el mismo asunto.*

*A su turno, el código general del proceso artículo 303 en su inciso primero señala:*

*“La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes”.*

*De acuerdo con lo anterior, los elementos constitutivos de la cosa juzgada, son: (i) identidad de objeto; (ii) identidad de causa y, (iii) identidad jurídica de partes.*

*Pues bien, si se comparan las razones que llenan de contenido las pretensiones del demandante, resulta claro que estas fueron propuestas en el proceso arbitral ANTERIOR. Permitir una nueva demanda es desconocer la función estabilizadora que el derecho está llamado a cumplir, pues cabe recordar que en aquella oportunidad se realizó la totalidad del rito procesal, culminando este con Laudo Arbitral del veintiséis (26) de octubre de dos mil quince (2015). Es decir ya existe decisión de fondo sobre los aspectos que se tratan de replantear en este nuevo proceso.*

## **B) FALTA DE LEALTAD PROCESAL**

*La jurisprudencia en forma pacífica ha expresado, en pronunciamiento que no obstante las modificaciones legislativas conserva su vigencia y es perfectamente aplicable tanto a las situaciones en él descritas como al caso aquí examinado, lo siguiente:*

*“Dentro de las complejas connotaciones que a la lealtad procesal le suelen ser atribuidas, se destaca aquella en virtud de la cual se le impone al litigante la obligación de honrar la palabra dada, esto es, de no traicionar la confianza que el juez o las partes depositan en sus dichos.”*

*En el Código General del Proceso se establece que las partes tienen el deber de proceder con lealtad y buena fe en todos sus actos y el juez tiene la obligación de exigir esas conductas de las partes.*

*Es claro en este caso que la parte demandante pretende abrir nuevamente un juicio, a sabiendas de que ya acudió al estrado judicial y obtuvo una decisión que al parecer no le satisfizo. Luego ello es claramente una muestra de falta de lealtad procesal.*

### **C) INAPLICABILIDAD DE LA CLAUSULA PENAL**

*Regulada en los artículos 1592 a 1601 del Código civil, puede definirse la cláusula penal en sentido amplio como una obligación accesoria que tiene como fin asegurar el cumplimiento de otra principal de modo que, si el deudor no cumple esta última, opera aquella, consistente por lo general en la entrega de una determinada cantidad de dinero, tal como lo ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia nacional*

*Como se deduce de esta definición y de la propia ley, la cláusula penal es una obligación accesoria, resultando de esta naturaleza importantes consecuencias en relación con su régimen jurídico y su interpretación, como son que la nulidad de la cláusula penal no conllevará la de la obligación principal mientras que, por el contrario, la nulidad de la obligación principal lleva como consecuencia la de la cláusula penal.*

*Sobre esta base, la jurisprudencia ha determinado sin lugar a dudas y en forma reiterada que la cláusula penal debe ser objeto de interpretación restrictiva. La interpretación restrictiva se aplicará, sobre todo, a los casos en que se pretenda no sólo la pena pactada sino –además– la indemnización de los daños y perjuicios causados, afirmando que esta petición acumulada no podrá ser estimada, salvo que se hubiese pactado expresamente por las partes esta posibilidad, así pueden citarse: las sentencias de: 7 de junio de 2002, Exp. 7320, Rad: Exp. 5826 | Fecha:*

04/09/2006, Rad: G. J. t. CCXLIX, volumen I, pág. 320, rad: Exp. 7320 | Fecha: 07/06/2002, Rad: Exp. 7320 | Fecha: 07/06/2002.

*En ejercicio de esa libertad, las partes pueden pactar que la cláusula penal sus clásicas funciones coercitiva y punitiva y además reclamar por los daños y perjuicios realmente sufridos, claro que para ello se tendrán que dar las siguientes condiciones: Que esta posibilidad haya sido pactada expresamente por las partes, sin que pueda nunca presumirse ni extender efectos más allá de la literalidad del contrato, precisamente por ser objeto de interpretación restrictiva. Que la parte que reclame cumpla con los requisitos exigidos para la cuantificación de los daños y perjuicios realmente sufridos (prueba del daño, cuantificación del perjuicio, nexo causal, etc.). Que los términos de la obligación estén perfectamente definidos, en el sentido de prever la entrada en juego de la cláusula penal sólo en aquellos casos de incumplimiento propio o total, o bien que también se engloben supuestos de cumplimiento parcial o defectuoso, en qué términos, etc.*

*En punto de la posibilidad que tiene el deudor de elegir entre el cumplimiento de la obligación principal o el cumplimiento de la cláusula penal, hay que tener en cuenta que en las obligaciones con cláusula penal existen, como ya se ha avanzado, dos obligaciones: una principal y otra accesoria que despliega sus efectos en caso de incumplimiento de la primera. Al efecto, el artículo 1592 del Código Civil dispone "Antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino solo la obligación principal; ni constituido el deudor en mora, puede el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio; a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal."*

*Luego, la regla general es negativa a esa posibilidad. Es que por norma general se le aprecia a la cláusula penal como compensatoria de los daños y perjuicios que sufre el contratante cumplido, los cuales, en virtud de la convención celebrada previamente entre las partes, no tienen que ser objeto de prueba dentro del juicio respectivo, toda vez que, como se dijo, la pena estipulada es una apreciación anticipada de los susodichos perjuicios, destinada en cuanto tal a facilitar su exigibilidad. Esa es la razón*

*para que la ley excluya la posibilidad de que se acumulen la cláusula penal y la indemnización de perjuicios, tal como lo establece el artículo 1601 del C. Civil*

#### *D) PLEITO PENDIENTE*

*Ha sostenido la H. Corte Suprema de Justicia que “la excepción de pleito pendiente requiere que la acción (pretensión) debatida en las dos causas sea la misma, esto es, que el fallo de uno de los juicios produzca la excepción de cosa juzgada en el otro porque se trata de idéntica controversia entre las mismas partes, la excepción de litispendencia solo tiene lugar cuando la primera demanda comprende la segunda”.*

*Vale recordar que esta excepción tiene como fin mantener la seguridad jurídica, ya que el legislador busca evitar la pluralidad de fallos sobre el mismo conflicto, que incluso pueden llegar a ser contradictorios y poner en duda la garantía de certeza que para los justiciables debe emanar de la función jurisdiccional.*

*En el caso sub-examine, basta con estudiar la identidad de objeto, de causa y de partes, para poder saber si la excepción planteada tiene o no el mérito de proceder con el objetivo de enervar las pretensiones de la demanda arbitral.*

*No se llama a dudas que se trata de las mismas partes en este proceso y en el trámite adelantado ante el anterior Tribunal Arbitral de BIOMAX – BIOCOMBUSTIBLES S.A. contra JOSE AGUSTÍN RODRÍGUEZ y que llevo al laudo de fecha 26 de octubre del 2015.*

*Tampoco puede existir duda alguna en que la causa del presente proceso y la del trámite adelantado ante el anterior Tribunal Arbitral de BIOMAX – BIOCOMBUSTIBLES S.A. contra JOSE AGUSTÍN RODRÍGUEZ que llevo al laudo de fecha 26 de octubre del 2015, son las mismas: La oferta mercantil hecha por el demandante al demandado relacionada con la actividad económica que realiza en la estación de servicios “Villa Yenny”, ubicada en la vereda “ojo de agua” del municipio de Sutatausa, departamento de Cundinamarca.*

En cuanto al objeto jurídico tampoco puede existir dudas, ya en este proceso y en el trámite adelantado ante el anterior Tribunal Arbitral de BIOMAX – BIOCOMBUSTIBLES S.A. contra JOSE AGUSTÍN RODRÍGUEZ y que llevo al laudo de fecha 26 de octubre del 2015, se persiguen idénticos objetivos: la satisfacción de los perjuicios. En el trámite anterior se optó por los que se demostraran, según el artículo 1601 del C. Civil, y ahora se reclaman los mismos perjuicios por la vía de la exigencia de la cláusula penal.

#### E) NULIDAD ABSOLUTA

Como consecuencia de la oferta mercantil hecha por el demandante al demandado, la cual fue aceptada en forma tácita, en realidad se han formado tres (3) contratos distintos, coligados entre sí, a saber: El de comodato de los equipos de la estación de servicio; el de uso de marcas registradas; y, por último, el de la entrega de combustible por un precio. Ahora bien, cabe precisar que el abandonar una estación de servicio supone que la misma no es propiedad de BIOMAX, sino que solo puede expendir sus productos y de esta manera se ejerce un control sobre las decisiones que la contraparte pueda tomar. Sin embargo, tal modalidad de control va en contradicción con las reglas de competencia ya que impide la libertad de escoger estrategia comercial. Luego si ello es evidente resulta claro que se viola el artículo 333 de la Constitución nacional que establece los principios de libertad de empresa, libre competencia y libertad económica como derechos consagrados en cabeza de todos los ciudadanos, lo cual es causa de nulidad absoluta.

En Colombia, la Constitución Política consagra el derecho de “libertad económica” en el sentido que, “[l]a actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común.”. La Corte Constitucional, en desarrollo de dicho derecho, la ha definido como “la facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio.”. Sin perjuicio de lo anterior, la Corte ha establecido también que dicha libertad no es absoluta y que, puede limitarse, cuando se “incumplan los parámetros básicos de conducta fijados por el Constituyente.”

Por su parte, el párrafo del artículo 1 de la Ley 155, dispone que: "el Gobierno, sin embargo, podrá autorizar la celebración de acuerdos o convenios que no obstante limitar la libre competencia, tengan por fin defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general." En ese orden de ideas, y acudiendo a la facultad concedida a la Superintendencia de Industria y comercio, mediante el Decreto 3307 de 1967, esta entidad concluye que "en el evento en que un acuerdo restrictivo de la competencia tenga los fines señalados por dicho párrafo, las partes deberán solicitar a esta Entidad, autorización para su celebración."

En este sentido el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, dispone que están "prohibidos los acuerdos o convenios (sic) que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos. "Por su parte, el numeral 8, del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, establece que se consideran contrarios a la libre competencia, los acuerdos "que tengan por objeto o tengan como efecto abstenerse de producir un bien o servicio".

Ahora bien, el Código Civil, dispone que: "[h]ay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación" y considera ilícitos, entre otros, la enajenación de "los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona" y la celebración de "todo contrato prohibido por las leyes". Asimismo, establece que "[l]a nulidad producida por un objeto o causa ilícita (...) son nulidades absolutas" y por ende, "debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley"

Como ya se expuso, este pacto de exclusividad puede afectar los intereses del comprador, vendedor, consumidor y Estado. En ese orden de ideas, y en virtud del artículo 1742 del Código Civil, cualquiera de ellos podría iniciar un proceso ante la jurisdicción, mediante el cual se persiga la declaratoria de nulidad, en este caso absoluta, de la cláusula estipulada.

## F) REDUCCIÓN DE LA CLAUSULA PENAL

*El artículo 1601 del código civil establece que el deudor tiene derecho a que se rebaje la pena en lo que exceda al duplo de la obligación principal. Es decir, la pena no puede exceder el valor de la prestación principal multiplicada por dos. Pues bien, en el presente caso la prestación principal está constituida por la adquisición periódica de combustible, tal como se indica en la oferta. Sin embargo, resulta evidente que las pretensiones exceden por mucho el monto de lo facturado periódicamente. En este sentido así lo dispone el artículo 867 del Código de Comercio: "Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse. Cuando la prestación principal esté determinada o sea determinable en una suma cierta de dinero la pena no podrá ser superior al monto de aquella.*

*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."*

*Por otra parte, también hay lugar a la rebaja de la pena cuando al cumplir el deudor con una parte de la obligación no es justo que tenga que pagar la pena en su totalidad, ya que el retardo o incumplimiento no fue total; por ende al consentir el acreedor que el cumplimiento de la obligación se dé en forma parcial permite el nacimiento del derecho al deudor de solicitar la rebaja proporcional de la pena señalada en el contrato. El derecho a la rebaja de la multa estipulada como clausula penal en un contrato, cuando hay lugar a cumplimiento parcial de la obligación principal se encuentra regulado en el artículo 1596 del código civil: "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."*

G) INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO POR EL DEMANDANTE – *exceptio non adimpleti contractus*

El artículo 1609 del C.C. preceptúa que ninguno de los contratantes se encuentra en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no cumpla con sus obligaciones o esté dispuesto a cumplirlas según lo acordado, lo que significa que la legitimación para impetrar la resolución o el cumplimiento del contrato por uno de los contratantes, supone necesariamente el cumplimiento de sus obligaciones contractuales o allanarse a cumplirlas, de manera tal que, como lo ha dicho la H. Corte Suprema de Justicia: "Si el demandante afirma haber cumplido con sus obligaciones, y el demandado niega ese hecho, esta negativa equivale a afirmar el demandado el incumplimiento, por parte del demandante, de las obligaciones a su cargo; lo cual constituye una excepción perentoria alegada o propuesta por el demandado: si el incumplimiento de las obligaciones del demandante es cierto, el demandado no está en mora de cumplir con las suyas".

Es que la parte demandante ha incumplido sus obligaciones contractuales al negarse a realizar las bonificaciones, premios, descuentos y compensaciones en forma permanente, y que fueron pactadas, tal como ha venido ocurriendo desde el inicio del vínculo negocial. En este proceso se demostrara con las pruebas recaudadas que ha sido el demandante quien no ha dado cumplimiento fiel y total al contrato desde un inicio

#### H) COMPENSACIÓN DE LA CLAUSULA PENAL COMO CONSECUENCIA DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO POR EL DEMANDANTE

En forma expresa solicito a este tribunal que si lo estima procedente reconozca la compensación entre lo que la parte demandante reclama en este proceso y los perjuicios que ha sufrido la parte demandada, los cuales derivan del incumplimiento del contrato por parte suya. En sentido el Código Civil incluye la compensación de obligaciones como un modo de extinguir total o parcialmente las obligaciones y señala en su artículo 1714 que "Cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas (...)".

El tratadista Sergio Rodríguez Azuero define esta figura como "(...) un modo de extinguir las obligaciones que parte de un supuesto necesario bien claro: la existencia de deudores recíprocos de géneros homogéneos. Esta compensación puede ser legal, en cuyo caso se produce sin necesidad de declaración alguna y por la simple presencia de los requisitos exigidos, o

puede ser convencional, cuando las partes así lo acuerdan, para solucionar deudas de las cuales son recíprocamente acreedor y deudor. También se contempla por la doctrina la llamada compensación judicial, para el supuesto de que demandada una persona contrademande al actor y, probados que sean los hechos en los cuales sustenta su posición, resulten obligaciones recíprocas que el juez compensa en la sentencia.

Los requisitos exigidos ordinariamente para que la compensación opere son el que las obligaciones sean recíprocas y recaigan sobre cosas fungibles, es decir sustituibles unas por otras y del mismo género, como el dinero; que sean actualmente exigibles, esto es en el momento en el cual debe producirse la compensación y, finalmente, que sean líquidas, esto es, determinadas en forma precisa de manera que su monto sea indiscutible" .

#### I) EXTINCIÓN DE LA CLAUSULA PENAL

La ley excluye la posibilidad de que se acumulen la cláusula penal y la indemnización de perjuicios, tal como lo establece el artículo 1601 del C. Civil , es que por norma general si se aprecia a la cláusula penal como compensatoria de los daños y perjuicios que sufre el contratante cumplido, los cuales, en virtud de la convención celebrada previamente entre las partes, no tienen que ser objeto de prueba dentro del juicio respectivo, toda vez que, como se dijo, la pena estipulada es una apreciación anticipada de los susodichos perjuicios, destinada en cuanto tal a facilitar su exigibilidad. Pues bien, en este caso el demandante presentó una demanda arbitral anterior reclamando perjuicios y si se comparan las razones que llenan de contenido las pretensiones del demandante, resulta claro que estas fueron propuestas en el proceso arbitral anterior que en aquella oportunidad culminó con Laudo Arbitral del veintiséis (26) de octubre de dos mil quince (2015). Es decir ya existe decisión de fondo sobre los aspectos que se tratan de replantear en este nuevo proceso.

#### J) NULIDAD POR PACTO DE EXCLUSIVIDAD

La práctica de los derechos se deben reconocer como tales, es por ello, que no deben ser desconocidos de manera alguna por las autoridades, y como el caso que nos ocupa es de carácter comercial, debemos propender porque los derechos inherentes a este no se desconozcan, debo precisar que dentro del contexto de la referida propuesta comercial, en el

*anexo 1, parte denominada: condiciones generales de la oferta, en su Capítulo II numeral 2.9 hace la indicación de que LA COMPRADORA, se obliga a adquirir y también se obliga a comprar los derivados del petróleo exclusiva y directamente a BRIO hoy BIOMAX so pena de incumplimiento, viciando de esta manera de forma total la libre competencia."*

#### **1.4 PRUEBAS DECRETADAS Y PRACTICADAS**

Por Auto No. 7 del 16 de junio de 2016, el Tribunal decretó las pruebas en el presente proceso (Acta No. 5, folios 230 a 234 del Cuaderno Principal No. 1); Auto que fue adicionado por medio del Auto No. 9 del 29 de julio de 2016 (Folios 239 a 241 del Cuaderno Principal No. 1).

##### **1.4.1 Pruebas documentales**

Se decretaron como pruebas documentales las aportadas con la demanda, la contestación de la demanda y decretadas de oficio por el Tribunal.

##### **1.4.2 Oficios**

Mediante Auto No. 9 del 29 de julio de 2016 (Acta No. 6, folio 239 a 241 Cuaderno principal No. 1) se ordenó oficiar a:

- CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ, para que enviara con destino a este proceso copia del trámite arbitral que se surtió entre BIOMAX BIOCOMBUSTIBLES S.A. para resolver las diferencias surgidas con *JOSÉ AGUSTÍN RODRÍGUEZ SILVA conformado por los Señores Árbitros JOSÉ FERNANDO TORRES FERNÁNDEZ DE CASTRO, RAMIRO ARAUJO SEGOVIA y JORGE HERNÁN GIL ECHEVERRY*. La CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ dio respuesta en cuatro (4) cuadernos que reposan en el expediente y de los cuales se corrió traslado a las partes el día 12 de septiembre de 2016.

## **1.5 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Las dos partes formularon sus alegatos de conclusión en audiencia realizada el 5 de octubre de 2016, y entregaron un documento escrito de sus intervenciones, los cuales se incorporaron al expediente.

## **CAPÍTULO SEGUNDO**

### **PRESUPUESTOS PROCESALES**

#### **2.1 ENUMERACIÓN**

El Tribunal encuentra cumplidos los requisitos necesarios para la validez del proceso y para proferir pronunciamiento de fondo; así mismo, observa que las actuaciones procesales se han desarrollado con observancia de las previsiones legales, y no advierte causal alguna de nulidad, por lo cual puede dictar laudo de mérito, el cual, de acuerdo con lo previsto en el pacto arbitral, se profiere en derecho.

En efecto, se acreditó:

##### **2.1.1 Demanda en forma**

En su oportunidad se verificó que la demanda cumple con las exigencias del artículo 82 y concordantes del C.G.P., por lo cual el Tribunal la sometió a trámite.

##### **2.1.2 Competencia**

Los asuntos materia de este proceso son controversias legalmente disponibles, referidas a los conflictos objeto del pacto arbitral plasmado en la cláusula compromisoria suscrita por las partes, sobre las cuales el Tribunal es competente, tal como se estableció, sin reparo de las partes, en la primera audiencia de trámite.

##### **2.1.3 Capacidad**

En los documentos que obran en el expediente se observa que tanto el Convocante, BIOMAX, como el Convocado, JOSÉ AGUSTÍN RODRÍGUEZ SILVA, son sujetos plenamente capaces para comparecer al proceso y que tienen capacidad para disponer por cuanto en la documentación no aparece restricción alguna. Además, por tratarse de un arbitramento en derecho, las partes han comparecido al proceso por medio de apoderados debidamente constituidos.

### **CAPÍTULO TERCERO**

#### **CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

Previo al desarrollo del presente trámite arbitral, tuvo lugar uno que culminó mediante Laudo, del 26 de octubre de 2015 (a folios 3 al 35 del Cuaderno de Pruebas 1), en el que se juzgó declarar que había existido un contrato de suministro, el cual fue incumplido por el aquí convocado JOSÉ AGUSTÍN RODRÍGUEZ SILVA por lo que fue condenado a pagar a la entonces Convocante BIOMAX S.A. la suma de doscientos sesenta millones quinientos cincuenta y dos mil quinientos veintinueve pesos (\$ 260.552.529), por concepto de los perjuicios ocasionados en razón de dicho incumplimiento.

Teniendo como antecedentes los anteriores hechos con el desarrollo del presente trámite arbitral la convocante BIOMAX BIOCOMBUSTIBLES S.A. pretende en primera instancia que como consecuencia del decretado incumplimiento se condene a la convocada JOSÉ AGUSTÍN RODRÍGUEZ a pagarle la pena prevista en la cláusula 8.9 del mencionado negocio jurídico por la cifra equivalente a mil salarios mínimos mensuales legales vigentes.

De manera pues que el problema jurídico a ser resuelto por este Tribunal se circunscribe a establecer si en desarrollo de una primera acción judicial ha sido juzgada y declarada la declaratoria de existencia e incumplimiento de un negocio jurídico junto con la correspondiente condena en perjuicios, y de tal manera si con ello se verifican los requisitos de ley que permiten exigir en desarrollo de una segunda acción condena adicional por concepto de la Cláusula Penal pactada en el negocio jurídico incumplido.

Para resolver el punto el Tribunal estima conveniente en primer lugar determinar la naturaleza y el alcance de la cláusula penal que se solicita sea decretada en favor de la convocante, así:

### **3.1 CONSIDERACIONES RESPECTO DE LAS PRETENSIONES**

#### **3.1.1 Consideraciones sobre la Cláusula Penal**

1º- En su escrito de convocatoria la demandante, en la pretensión Primera (folio 3 Cuaderno Principal 1) y en el hecho 3 (folio 2 Cuaderno Principal 1) afirma que se encuentra en la cláusula 8.9 del negocio jurídico u oferta mercantil (obrante a folio 35 del Cuaderno Principal 1), la cual en efecto establece: *“El incumplimiento de cualquiera de las obligaciones a cargo de una de las partes, dará derecho a la contraparte a exigir, a título de pena el equivalente en pesos a mil (1000) salarios mínimos mensuales legales vigentes, sin perjuicio del cobro de los perjuicios que se llegaren a ocasionar .*

2º En sus escritos de demanda, contestación, traslado de excepciones y de alegatos las partes en varios apartes identifican la anterior estipulación como la referida como “Clausula Penal” contemplada en nuestros Códigos Civil, artículos 1592 al 1601, y de Comercio.

3º La cláusula penal desde el derecho romano tiene una función de apremio<sup>1</sup> pues busca siempre sancionar el incumplimiento con el fin de evitar su acaecimiento, por lo tanto, consiste en una verdadera pena que castiga el

---

<sup>1</sup> Al respecto léase: CASTÁN, José María. *Derecho Civil*. 1958. Pág. 132; 2 ARIAS RAMOS, José. *Derecho Romano*. 1960. Pág. 91; 3 BIONDI, Biondo, *Contratto Stipulatio*. Editore A. Giuffrè. 1953. Pág. 26. *“La stipulatio es una de las creaciones más brillantes, tal vez la obra maestra del espíritu legal latino”*; ZIMMERMANN, Reinhard. *The Law of Obligations*. Oxford.1996. Pag.68 *“The stipulation was one of the most important and original creations of Roman law”*; 4 GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso. *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. Tomo I. 1889. Pág. 354. PAULO (*Sentencias, libro 1*): *“Al pacto convenido suele en verdad agregarse la estipulación Aquiliana; pero es más favorable añadirle también una estipulación penal, porque si acaso se hubiere rescindido el pacto, puede pedirse la pena en virtud de lo estipulado.”* Puede deducirse el carácter accesorio de la estipulación por el término *“añadirle”* en la sentencia de PAULO, adicionalmente, HERMOGENIANO (*Epítome del Derecho, Libro 1*) dice que *“El que quebranta la fe de una transacción lícita, no tan sólo será repelido por la excepción, sino que también será obligado a pagar la pena que debidamente había al respecto léase: en primer lugar tiene una función de apremio pues busca sancionar el incumplimiento con el fin de evitar su acaecimiento, por lo tanto, consisten en una verdadera pena con el fin de obligar al deudor a llevar a buen fin el objeto del contrato.*

incumplimiento con el fin de obligar al deudor a realizar el objeto del contrato. De ella emerge una obligación dineraria plenamente diferente a las obligaciones propiamente surgidas del negocio jurídico. Esta primera función o naturaleza de la cláusula tiene como consecuencia, entre otras, que la pena sería exigible junto con la indemnización de perjuicios e incluso con el cumplimiento de la obligación principal, pues lo que se requiere del incumplido es una sanción, o una multa propiamente dicha e independiente a los daños o perjuicios que su incumplimiento eventualmente haya causado a la contraparte.

Sin embargo y a pesar de que originariamente la cláusula penal fue concebida a manera de apremio, en nuestro sistema legal por el contrario se atribuye un carácter resarcitorio, de estimación anticipada de los perjuicios que pudiere haber producido el incumplimiento, en efecto al respecto nuestra Corte Suprema ha señalado:

*“Entendida, pues, la cláusula penal como el negocio constitutivo de una prestación penal de contenido patrimonial, fijada por los contratantes, de ordinario con la intención de indemnizar al acreedor por el incumplimiento o por el cumplimiento defectuoso de una obligación, por norma general se le aprecia a dicha prestación como compensatoria de los daños y perjuicios que sufre el contratante cumplido, los cuales, en virtud de la convención celebrada previamente entre las partes, no tienen que ser objeto de prueba dentro del juicio respectivo, toda vez que, como se dijo, la pena estipulada es una apreciación anticipada de los susodichos perjuicios, destinada en cuanto tal a facilitar su exigibilidad. Esa es la razón, entonces, para que la ley excluya la posibilidad de que se acumulen la cláusula penal y la indemnización de perjuicios, y solamente por vía de excepción, en tanto medie un pacto inequívoco sobre el particular, permita la acumulación de ambos conceptos, evento en el que, en consecuencia, el tratamiento jurídico deberá ser diferente tanto para la pena como para la indemnización, y donde, además, la primera dejará de ser observada como una liquidación pactada por anticipado del valor de la segunda, para adquirir la condición de una sanción convencional con caracterizada función compulsiva, ordenada a forzar al deudor a cumplir los compromisos por él adquiridos en determinado contrato.”<sup>2</sup>*

---

<sup>2</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 23 de Mayo de 1996. Expediente 4607. MP.CARLOS ESTEBAN JARAMILLO.

Por lo tanto, y salvo pacto en contrario, no se podrá solicitar la cláusula penal y la indemnización de perjuicios. Pacto en contrario que hace que la cláusula penal en nuestro sistema también pueda tener la calidad de apremio tal como ocurría en el derecho romano, por vía de excepción.

En efecto aun cuando el legislador en artículo 1592 de nuestro Código Civil define la Cláusula Penal en términos de constituirse en un apremio al cumplimiento al establecer que *“La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal.”* Seguidamente en el Artículo 1600 prescribe: *“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”*. Con lo que el legislador abandonó la concepción de apremio de la cláusula para pasar a entender la misma como de naturaleza indemnizatoria o resarcitoria de perjuicios, en total armonía con lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia y la Doctrina<sup>3</sup>.

Todo ello, tal como anteriormente se advirtió, a no ser que se estipule de manera expresa que también se podrán solicitar perjuicios, caso en el cual la cláusula en comento tendrá el original carácter histórico, esto es de apremio o compulsiva al cumplimiento.

4º De la lectura de la disposición contractual contenida en la cláusula 8.9 bajo estudio, el Tribunal encuentra que esta establece dos prerrogativas en favor de la otra parte de aquella que ha incumplido obligación: 1º reclamar el pago de una determinable suma a manera de pena para con la parte incumplida, y; 2º cobrar los perjuicios que se llegaren a ocasionar. Prerrogativas que según la literalidad contractual no se hace depender la existencia de la una de la otra, ni el ejercicio de una del ejercicio de la otra. En conclusión, dispone que la pena por incumplimiento no impide el cobro de los perjuicios causados, y/o viceversa, que el cobro de los perjuicios no

---

<sup>3</sup>Léase en tal sentido SUESCÚN, Jorge. Derecho Privado: Estudios sobre Derecho Civil y Comercial Contemporáneo. Tomo I. 2005. Pág. 43; VALENCIA, Zea. Derecho Civil, Derechos Reales. Tomo. II, 10º ed., Editorial Temis S.A., Bogotá. 1996.; CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Expediente 7320. MP. Silvio Fernando Trejos. Junio 2002.

impide el de la pena. En efecto La Cláusula 8.9 del negocio jurídico establece: “El incumplimiento de cualquiera de las obligaciones a cargo de una de las partes, dará derecho a la contraparte a exigir, a título de pena el equivalente en pesos a mil (1000) salarios mínimos mensuales legales vigentes, sin perjuicio del cobro de los perjuicios que se llegaren a ocasionar” (las subrayas no son del texto original). De manera pues que dado que a propósito del incumplimiento de expresa manera se pactó que se podrían cobrar los perjuicios que se llegaran a ocasionar sin desmedro del cobro de la pena, la disposición contractual o Clausula Penal contenida en el numeral 8.9 para todos los efectos el Tribunal la tendrá por Clausula Penal Sancionatoria, pues fue pactada a manera de apremio ya que tiene por objeto penalizar económicamente el incumplimiento, buscar que los contratantes honren sus obligaciones y se realice así el objeto del contrato, y por cuanto al rezar de manera expresa “...sin perjuicio del cobro de los perjuicios que se llegaren a ocasionar.” Claramente, y de acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina aquí arriba señaladas, se entiende que no se trata de una Clausula Penal Resarcitoria, de las que tiene por fin estimar previamente a la ocurrencia del incumplimiento los perjuicios que pudiere este causar.

5° Quedando de tal manera establecido que la cláusula 8.9 del negocio jurídico objeto de solicitud de reconocimiento y pago por parte de la actora es de clase de las sancionatoria, ello implica que su cobro y el de los perjuicios causados de modo alguno constituye un doble cobro por un mismo concepto, ni un enriquecimiento sin causa en cabeza del accionante en sede arbitral.

6° En el documento de aclaraciones y complementaciones del Laudo de fecha 9 de noviembre de 2015 (obrante a folio 317 al 325 del Cuaderno de Pruebas 2) el Tribunal expresó que no se pronunció en el laudo sobre el pago de la pena por no haber sido pedida por la parte demandante, en los siguientes términos: “(...) *en la parte motiva se dejó claro que no se pidió condenar a la convocada al pago de la cláusula penal, razón por la cual en la parte resolutive, numeral quinto, sólo se condenó al pago de perjuicios, los cuales, en armonía con la pretensión quinta y con las precisiones efectuada(sic) en el laudo, corresponden a la utilidad dejada de percibir desde la fecha en que se dio por terminado el contrato – fecha de inicio de la causación de perjuicios- hasta la fecha prevista para su terminación, actualizados hasta la fecha del laudo.*” Por otra parte una vez revisada la

parte resolutive de Laudo, como las pretensiones contenidas en documento de convocatoria del anterior tribunal, no encuentra este Tribunal que de manera alguna allí se haga referencia a la pena en comento que hoy se solicita su reconocimiento o pago, por lo que este asunto no fue objeto de la litis y por tanto materia de juzgamiento por dicho tribunal.

7° Por las anteriores razones, y de no prosperar ninguna de las excepciones propuestas por la parte demandada, este Tribunal en obligado reconocimiento de la existencia del incumplimiento declarado por el tribunal anterior, procederá a despachar de manera favorable la pretensión primera del escrito de convocatoria para de tal manera ordenar el pago de la pena que establece la cláusula 8.9 del negocio jurídico ya tantas veces aquí mencionado.

Por otra parte, el Tribunal encuentra pertinente señalar cómo la Cláusula Penal está sujeta a la condición del incumplimiento de la obligación principal. Esta condición es suspensiva, porque mientras no se produzca este incumplimiento no nace la obligación penal y por lo tanto tampoco es exigible el objeto contenido en ella. Es decir, que el incumplimiento genera el nacimiento a la vida jurídica de la obligación y por esta misma razón también se produce como consecuencia lógica, la exigibilidad del objeto de la cláusula penal. En el presente caso se tiene por juzgada la ocurrencia del incumplimiento del contrato principal, como el estado en mora del demandado, como supuestos necesarios para poder ser exigible la pena estipulada en la Cláusula 8.9, dada la condena que por incumplimiento le fue impuesta en el Laudo proferido en trámite arbitral anterior a la parte aquí convocada.

### **3.2 CONSIDERACIONES RESPECTO A LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS.**

Serán tratadas en el mismo orden que fueron presentadas por la Convocada en su escrito de contestación, así:

### **3.2.1 Cosa juzgada.**

#### **3.2.1.1 Consideraciones sobre la Cosa Juzgada.**

Resulta evidente que la institución de la cosa juzgada guarda relación íntima e inescindible con el principio de la seguridad jurídica y tiende a su realización efectiva mediante el reconocimiento y respeto de los efectos derivados de las decisiones judiciales que se encuentren en firme y que hubieren sido dictadas previamente en relación con un determinado objeto.

De allí que esa figura se encuentre expresamente consagrada en el ordenamiento positivo, tal como lo reflejan el artículo 303 del Código General del Proceso –C.G.P.–, cuyo texto se reproduce a continuación, en lo que resulta pertinente para el caso que ahora se examina:

*“ARTÍCULO 303. COSA JUZGADA. La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.*

*“Se entiende que hay identidad jurídica de partes cuando las del segundo proceso son sucesores por causa de muerte de las que figuraron en el primero o causahabientes suyos por acto entre vivos celebrado con posterioridad al registro de la demanda si se trata de derechos sujetos a registro, y al secuestro en los demás casos”.*

De la simple lectura de la norma legal transcrita se desprende que la figura de la cosa juzgada exige, para que pueda tenerse por configurada en un determinado caso, la presencia de tres (3) requisitos insustituibles que según la voces del propio Código General del Proceso consisten en que *“el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes”.*

Acerca de tales requisitos, así como en relación con los fundamentos, los alcances y las características de la figura de la cosa juzgada, la jurisprudencia de las más altas Corporaciones de Administración de Justicia en Colombia han efectuado, de manera amplia y reiterada, múltiples pronunciamientos de entre los cuales resulta ilustrativo el fallo que profirió la

Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado en enero 28 de 2009, oportunidad en la cual, con amplias referencias jurisprudenciales y doctrinales, señaló:

*“3.5. - La Cosa Juzgada.*

*“La cosa juzgada constituye un mecanismo que brinda seguridad jurídica al otorgarle “intangibilidad” e “inimpugnabilidad” a las decisiones judiciales. El tratadista Hernando Devis Echandía - DEVIS ECHANDIA Hernando, Tratado de Derecho Procesal, p.503 - define la cosa juzgada:*

*“como la calidad de inmutable y definitiva que la ley otorga a la sentencia y a algunas otras providencias que sustituyen aquella, en cuanto declara la voluntad del Estado contenida en la norma legal que aplica, en el caso concreto”.*

*“Para Eduardo J. Couture - COUTURE J, Eduardo. Fundamentos de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires. Depalma. Tercera edición. 1958. Pág. 401.-, la cosa juzgada:*

*“(…) es la autoridad y eficacia de una sentencia judicial cuando no existen contra ella medios de impugnación que permitan modificarla”.*

*La cosa juzgada es una consecuencia jurídica que se le atribuye a la sentencia o decisión del juez, fruto de un procedimiento calificado, denominado proceso de declaración de certeza. - Quintero, Beatriz y Prieto, Eugenio. Teoría general del proceso. Bogotá. Temis. 2003. Pág. 497.- Consecuencia de la misma, se pueden predicar efectos procesales y sustanciales que tienden a garantizar un mínimo de seguridad jurídica entre los asociados.*

*Al respecto ha afirmado la Corte Constitucional que:*

*“Al operar la cosa juzgada, no solamente se predicen los efectos procesales de la inmutabilidad y definitividad de la decisión, sino que igualmente se producen efectos sustanciales, consistentes en precisar con certeza la relación jurídica objeto de litigio.” - Corte Constitucional. Sentencia C-774 de 2001. Magistrado Ponente. Rodrigo Escobar Gil - “En otro aparte de la misma sentencia se afirma:*

*“La cosa juzgada es una institución jurídico procesal mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia y en algunas otras providencias, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas. Los citados efectos se conciben por disposición expresa del ordenamiento jurídico para lograr la terminación definitiva de controversias y alcanzar un estado de seguridad jurídica.*

*“En cuanto el objeto del proceso judicial lo constituye “la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial” - Código de Procedimiento Civil. Artículo 4° - y su prevalencia aún frente al mismo - Constitución Nacional. Artículo 228 -, es importante tener presente la distinción entre cosa juzgada en sentido material y cosa juzgada en sentido formal para precisar sus efectos respecto de un nuevo proceso judicial. Sobre este asunto afirma Hernán Fabio López Blanco:*

*“Cuando una sentencia queda ejecutoriada, esto es, cuando vencen los términos de notificación sin que se interponga en su contra recurso alguno, o cuando habiéndose interpuesto es resuelto, la sentencia hace tránsito a cosa juzgada formal, es decir, dentro del mismo proceso no puede ser reconocido lo resuelto en ella y debe ser cumplida la determinación; no obstante mediante el empleo del recurso extraordinario de revisión o del de anulación si se trata de laudos arbitrales, es posible impugnar lo decidido, si se da alguna de las causales que lo permiten.*

*“La sentencia está ejecutoriada, es cierto, pero queda la posibilidad jurídica, aunque remota, de tornarla ineficaz o de variar sus alcances, mediante el empleo de los recursos extraordinarios de revisión o anulación, según el caso.*

*“[...]*

*“Empero, cuando no existe posibilidad de impugnación, bien porque los términos para interponer el recurso precluyeron, o porque este no es procedente, o porque se empleó y fue denegado, la sentencia hace tránsito a cosa juzgada material, donde el fallo se torna inexpugnable que, en estricto rigor, es la verdadera cosa juzgada porque la decisión se torna inatacable y fatalmente sus efectos serán inmutables. - LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio, Op.Cit. Págs. 635-636.”*

Sobre el tema de las identidades procesales, se ha pronunciado la Corte Constitucional -Sentencia C-774 de 2001. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil así:

*“Para que una decisión alcance el valor de cosa juzgada se requiere:*

*-Identidad de objeto, es decir, la demanda debe versar sobre la misma pretensión material o inmaterial sobre la cual se predica la cosa juzgada. Se presenta cuando sobre lo pretendido existe un derecho reconocido, declarado o modificado sobre una o varias cosas o sobre una relación jurídica. Igualmente se predica identidad sobre aquellos elementos consecuenciales de un derecho que no fueron declarados expresamente.*

*-Identidad de causa petendi (eadem causa petendi), es decir, la demanda y la decisión que hizo tránsito a cosa juzgada deben tener los mismos fundamentos o hechos como sustento. Cuando además de los mismos hechos, la demanda presenta nuevos elementos, solamente se permite el análisis de los nuevos supuestos, caso en el cual, el juez puede retomar los fundamentos que constituyen cosa juzgada para proceder a fallar sobre la nueva causa.*

*-Identidad de partes, es decir, al proceso deben concurrir las mismas partes e intervinientes que resultaron vinculadas y obligadas por la decisión que constituye cosa juzgada.”*

Por su parte ha dicho el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Expediente 11.405, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, lo siguiente:

*“La identidad jurídica de partes, implica que los efectos de una sentencia sólo se extiendan a quienes actuaron dentro del proceso. En consecuencia, si dentro de un proceso dejó de señalarse a determinada persona como parte, no se configura la cosa juzgada, teniendo ésta la posibilidad de iniciar un nuevo proceso. Esto desde el punto de vista del procedimiento civil, pues la sentencia, por regla general, tiene efectos inter partes.”*

*“La identidad jurídica de objeto involucra realizar un análisis que conduzca a concluir que la nueva demanda impetrada ante la jurisdicción contiene*

las mismas pretensiones o declaraciones. - [7] Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 9 de mayo de 1952. Gaceta Judicial, t. LXXII, pág. 86." Citada por: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Expediente 11.405, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

*Por consiguiente, para identificar si existe identidad de objeto se deben estudiar los hechos, las pretensiones y la sentencia anterior para confrontarlas con los hechos y pretensiones planteadas en el nuevo proceso a fin de poder determinar si existe identidad de objeto.- "[8]LOPEZ BLANCO Hernán Fabio, Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Tomo I, Bogotá. Dupre, 2005. Pág. 644." Citado por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Expediente 11.405, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.- En otras palabras, la identidad de objeto exige que la petición en ambos procesos sea la misma. "Frente a la identidad de causa jurídica o causa petendi juzgada, se concreta en los motivos o razones que deben aparecer puntualizados a lo largo de la demanda y que surgen de los diferentes hechos consagrados, por cuanto del análisis de éstos, es como verdaderamente se puede saber si los fundamentos jurídicos de las pretensiones son idénticos".*

Pues bien, al cotejar esos elementos específicos en el caso concreto que ahora ocupa la atención del Tribunal, se tiene lo siguiente:

Observa el Tribunal que en el presente caso obra en el expediente, a folios 3 a 335 del Cuaderno de Pruebas 1, copia auténtica del Laudo del 26 de octubre de 2015, providencia proferida en el Tribunal de Arbitramento cuyas partes fueron **BIOMAX BIOCOMBUSTIBLES S.A.** y **JOSÉ AGUSTÍN RODRÍGUEZ SILVAS**, medio formalmente exigido para probar la cosa juzgada.

De esta manera para este Tribunal está establecida la cosa juzgada solo frente a la existencia negocio jurídico celebrado entre las partes, el incumplimiento del mismo por parte de la convocada en ambos procesos y la existencia de la cláusula penal. Adicionalmente, frente a la existencia de la cláusula penal el convocado ha aceptado la existencia de la misma en su contestación y en sus alegatos cuando pide su reducción.

Por otro lado en el presente caso es claro que hay identidad de partes, lo cual ha sido ampliamente aceptado a lo largo del proceso tanto en la demanda y en la contestación como en los escritos de alegatos.

En cuanto a la identidad de objeto, entendida como igualdad de pretensiones, el Tribunal encuentra que no se presenta. En efecto las pretensiones incoadas en el primer proceso arbitral entre las dos partes estuvieron encaminadas a la declaratoria del incumplimiento y condena de los perjuicios consiguientes. En el presente Tribunal la pretensión está exclusivamente dirigida al reconocimiento de la cláusula penal, contenida en el punto 8.9 del contrato suscrito entre las partes, tal como se desprende de la comparación hecha entre las pretensiones de la demanda actual (Folio 3 Cuaderno Principal 1) y de la demanda anterior (Folios 4 y 5 Cuaderno de Pruebas 2) . Razón simple y suficiente para concluir que no existe tal identidad por lo cual no es posible predicar la cosa juzgada.

En relación con la identidad de causa entendida ésta como la paridad de hechos, en el presente caso la demanda presenta nuevos elementos, como lo es la existencia, validez y reconocimiento de la cláusula penal. Por tanto encuentra el Tribunal que tampoco se configura esta identidad, siendo dable referirse a los nuevos supuestos ya mencionados.

Concluye el Tribunal que no se encuentran presentes las identidades de objeto y causa, lo cual impide la configuración de la cosa juzgada y así será declarado en la parte resolutive de este Laudo.

### **3.2.1.2 Consideraciones sobre la competencia y la Cosa Juzgada.**

La parte Convocada alegó la falta de competencia de este Tribunal para conocer y resolver sobre las pretensiones de la demandante dirigidas al pago o reconocimiento en su favor de la Cláusula Penal contenida en el contrato celebrado entre las partes dado que para su entender tuvo ocurrencia el fenómeno de la cosa juzgada en lo relacionado con incumplimientos y sus condenas a propósito de la ejecución de dicho.

Las explicaciones y argumentos que expuso la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado en la sentencia del 28 de enero de 2009, cuya claridad y contundencia determinan que en tal evento la competencia de este tribunal ha permanecido incólume tal como fue

declarada en el Auto No. 7 del 16 de junio de 2016. Dichas explicaciones y argumentos serán acogidos por este Tribunal de Arbitramento en su totalidad, por lo que se amerita la transcripción in extenso de dicha providencia, no sin antes poner de presente que si bien las referencias normativas a que alude el fallo en cuestión se encuentran hoy modificadas por la expedición del Estatuto de Arbitraje contenido en la Ley 1563 y del Código General del Proceso, lo cierto es que el sentido, el alcance, la filosofía y la razón de tales orientaciones jurisprudenciales mantienen vigencia y aplicación en la actualidad, con la correspondiente adaptación normativa.

Así puntualizó entonces sobre la materia el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo:

*"3.5.2. - Medios para hacer garantizar la eficacia procesal de la cosa juzgada.*

*"Las leyes colombianas contemplan varias posibilidades para dotar de eficacia procesal a la cosa juzgada, entre las cuales están las excepciones previas y las de mérito; la impugnación de la sentencia, cuando ello es posible; o los recursos de revisión o de casación, cuando son procedentes. Al respecto el profesor Devis Echandía:*

*"la ley consagra medios efectivos para garantizar la eficacia procesal de la cosa juzgada. En primer término está la excepción previa para impedir el nuevo proceso; en segundo lugar, la excepción de mérito para obtener en la sentencia la desestimación de la demanda (véase num.145); en tercer lugar la impugnación de la sentencia de primera instancia mediante apelación y la de segunda por el recurso de casación cuando es procedente. Nuestro C. de P.C. permite, además, que durante las instancias el juzgador declare de oficio la excepción cuando aparezca probada; lo mismo rige para lo laboral, penal y contencioso administrativo; tal declaración de oficio se hace en la sentencia. (Véase num.141)"*

De acuerdo con el profesor Devis Echandía

*"la excepción es una especial manera de ejercitar el derecho de contradicción o defensa en general que le corresponde a todo*

demandado, y que consiste en oponerse a la demanda para atacar las razones de la pretensión del demandante, mediante razones propias de hecho, que persigan destruirla o modificarla o aplazar sus efectos”.

En el derecho colombiano las excepciones se clasifican en previas y de mérito o de fondo. Las previas reciben ese nombre porque se proponen cuando se conforma la *litis contestatio*. Se refieren generalmente a defectos del procedimiento, como la falta de jurisdicción o de competencia y se permite alegar como previas algunas perentorias, como la cosa juzgada.

Las excepciones perentorias o de fondo van dirigidas a la parte sustancial del litigio, buscan anular o destruir las pretensiones del demandante, con el propósito de desconocer el nacimiento de su derecho o de la relación jurídica o su extinción o su modificación parcial.

Algunos autores, como Hernán Fabio López Blanco ubican un tercer grupo de excepciones, bajo la denominación de mixtas, las cuales comportan la doble calidad de ser previas y de mérito. Dice en este sentido:

“Así se denominan ciertos hechos exceptivos que siendo por su naturaleza estrictamente perentorios, se les dará el trámite propio de las excepciones previas de ahí su nombre de mixtas, trámite al que se acude por considerar el legislador que dada la naturaleza de ellos, resulta aconsejable, por razones de celeridad, definirlos desde una primera etapa y no necesariamente esperar a la sentencia de instancia (...).

(...)

“De conformidad con nuestro Código, al tipificarlas en el inciso final del artículo 97 pertenecen a esta clase de excepciones de cosa juzgada, transacción y caducidad, las cuales a pesar de ser perentorias por su esencia - tienden a obtener el desconocimiento de las pretensiones del demandante-, también podrán proponerse para ser tramitadas como previas.

(...)

“De acuerdo con la redacción de la norma, resulta claro que es apenas una facultad de la parte demandada la de proponer desde un primer momento, o sea, dentro del término de traslado de la demanda, esas excepciones; pero si no lo hace, no significa que precluyen ya que las de

caducidad, transacción y cosa juzgada podrá reconocerlas el juez, aun de oficio, en el momento de dictar sentencia”.

“Sobre la importancia de la cosa juzgada como excepción ha expresado Chiovenda :

“La obligatoriedad de la cosa juzgada afecta al juez de los procesos futuros; las partes en los procesos futuros pueden alegar y probar la cosa juzgada precedente para excluir una nueva. Es ésta la exceptio rei iudicatae. Es una excepción de naturaleza completamente especial; por una parte, con ella se intenta excluir no sólo una resolución contraria a la precedente, sino también una nueva resolución acerca de lo que ha sido juzgado; por tanto es lógicamente preliminar a cualquier otra alegación de fondo. Pero, además de esta función llamada negativa de la cosa juzgada y que era la principal en los orígenes de la institución (como consecuencia del principio de consunción procesal), la cosa juzgada puede tener una función positiva, en cuanto obligue al juez a reconocer la existencia de la cosa juzgada en todas sus resoluciones sobre demandas que presuponen lo juzgado. Por lo demás, se ha discutido mucho si puede hacerse hoy esta distinción de funciones de la cosa juzgada. Y también se ha discutido mucho si la excepción de cosa juzgada es una excepción en el sentido propio, o si el juez deba considerar la precedente cosa juzgada de oficio (¿cosa juzgada relativa o absoluta?).”

“En el ordenamiento colombiano, además de la posibilidad de proponer la cosa juzgada como excepción, previa o de mérito, también se tiene la posibilidad de hacerla valer a través del recurso de revisión, siempre que no hubiese sido posible alegarla en el segundo proceso y además no hubiere sido rechazada. Sobre el tema el profesor Devis Echandía explica:

“Pero puede suceder que a pesar de estos remedios, por descuido de la parte interesada que no los interpone o por error del juez se dicte sentencia en el nuevo proceso contrariando lo resuelto por el fallo anterior. ¿Qué sucede entonces?

(...)

“En el nuevo C. de P.C. (aplicable a lo laboral y contencioso administrativo) quedó consagrado nuestro criterio, pues el numeral 9 del art. 380 dice que se otorga el recurso extraordinario de revisión contra la sentencia que haya violado una cosa juzgada anterior (...), “siempre que el recurrente no

hubiera podido alegar la excepción en el segundo proceso por habersele designado curador ad litem y haber ignorado la existencia de dicho proceso"; de manera que cuando se cumplen estos requisitos será posible pedir la revisión y la nueva sentencia dejará sin efectos la segunda. Por lo tanto es una carga procesal proponer la excepción, en el segundo proceso, si ha sido notificado personalmente de la nueva demanda o se tuvo conocimiento de ella, y si se cumple se producen los efectos vinculativos de la nueva sentencia, que prima sobre la anterior."

"Del contenido de las normas legales (artículo 380-9 C. de P. C., y artículo 188-8 C.C.A.), que consagran la cosa juzgada como causal del recurso extraordinario de revisión se deduce que los presupuestos para que proceda la misma son tres, a saber: i).- Que existan dos sentencias contradictorias; ii).- Que la sentencia recurrida sea contraria a otra anterior que constituya cosa juzgada y iii).- Que en el segundo proceso no se haya propuesto la excepción de cosa juzgada.

"Si bien no se hará el análisis respecto de si cabe o no el recurso extraordinario de revisión en relación con los laudos arbitrales, importa reparar en el hecho de que tanto en la jurisdicción ordinaria como en la contencioso administrativa, las normas legales exigen expresamente, como presupuesto del referido recurso extraordinario, que la cosa juzgada hubiere podido ser alegada previamente y que en todo caso no hubiere sido rechazada.

"Considera la Sala que lo anterior atiende al principio de la preclusión de las oportunidades procesales y a los principios de buena fe y de lealtad procesal que deben orientar las actuaciones de las partes en el proceso. En efecto, no se puede premiar y patrocinar la conducta omisiva de quien, habiendo tenido la oportunidad de hacerlo, no formuló la excepción de cosa juzgada dentro de las respectivas instancias procesales y sólo ante el resultado desfavorable a sus pretensiones en el segundo proceso, decide sorprender a su contraparte (e incluso al juez) con la interposición de este recurso extraordinario mediante el cual aduce la existencia de un fallo anterior ejecutoriado que versa sobre la misma causa (hechos), las mismas pretensiones (objeto) y que hubiere sido dictado en un proceso en el cual hubieren comparecido las mismas partes.

(...) En síntesis, la “cosa juzgada” –sin perjuicio de reconocer los efectos que está llamada a generar– en el régimen legal vigente no excluye, per se, la competencia del juzgador a cuyo conocimiento, con posterioridad a la expedición del primer fallo, le sea sometida la misma controversia que se hubiere ventilado entre las mismas partes en un proceso anterior.

“Y es evidente que la existencia o configuración de la cosa juzgada no afecta ni elimina, per se, la competencia del juez a cuya decisión se somete de nuevo el litigio ya resuelto, por la sencilla pero potísima razón de que si ello fuere así, las actuaciones de este nuevo juez resultarían nulas, sin posibilidad de ser saneadas, precisamente, por falta de competencia (artículo 140-2 C. de P. C.), y, por ende, no habría juez alguno que pudiese declarar válidamente la configuración de dicha cosa juzgada, aunque la encontrare debidamente acreditada; por esa vía, en consecuencia, si se admitiere que la cosa juzgada determinare la falta de competencia de todo nuevo juzgador que examinare el mismo asunto, se llegaría a una verdadera denegación de justicia porque entonces todo juez que encontrare debidamente probada la excepción de cosa juzgada - previa o de fondo-, en lugar de declarar su prosperidad debería limitarse a reconocer su falta de competencia para pronunciarse sobre el litigio en cuestión - sin poder pronunciar fallo alguno acerca de la excepción de cosa juzgada que le hubiere sido oportuna y debidamente formulada-, habida cuenta de que dicha controversia ya habría sido objeto de un pronunciamiento definitivo previo y si osare declararlo así, esa misma providencia estaría afectada ya de nulidad insaneable, por la referida falta de competencia.

“Para la Sala el hecho de que el juez respectivo, en el segundo proceso, pueda declarar tanto la prosperidad de la excepción de cosa juzgada como la consiguiente terminación del nuevo proceso –o incluso desestimar tal excepción, si fuere del caso–, constituye la más clara y contundente evidencia de que la configuración de la cosa juzgada en relación con un determinado litigio no elimina la competencia del nuevo juez, al punto de que la validez de la declaración que reconozca su configuración dependerá, entre otras cuestiones de importancia, de que tal providencia hubiere sido proferida por autoridad judicial competente”. (Las negrillas, el énfasis y las subrayas han sido agregados por el Tribunal de Arbitramento).

“Aunque lo anterior resulta suficiente para fundamentar con solidez las conclusiones que la Sala aquí ha expuesto acerca de la imposibilidad de invocar la configuración de la cosa juzgada ora como causal autónoma de los recursos extraordinarios de anulación, ora como elemento para estructurar, per se, la causal a la que expresamente se refiere la Ley 80 en el numeral 4 de su artículo 72, esto es cuando se trata de laudos que hubieren recaído sobre puntos no sometidos a la decisión de los árbitros, existen importantes razones adicionales específicamente relacionadas con el régimen de los procesos arbitrales que robustecen las bases sobre las cuales se han edificado las conclusiones mencionadas.

“En efecto, lo primero que aquí cabe destacar es que en materia arbitral – al igual que sucede con los asuntos contenciosos de naturaleza civil o comercial–, la única posibilidad cierta con que cuentan los árbitros para pronunciarse de fondo acerca de la prosperidad, o no, de la excepción de cosa juzgada que les hubiere sido formulada, la constituye el hecho de que al nuevo proceso se alleguen, en debida y oportuna forma, la pruebas necesarias para acreditar la configuración de la referida cosa juzgada, comoquiera que la declaración judicial que al respecto debe realizarse, necesariamente, se encuentra gobernada por los dictados del artículo 174 del Código de Procedimiento Civil, a cuyo tenor: “Artículo 174. - Toda decisión judicial debe fundarse en la pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso”

“Lo anterior obliga a puntualizar que en aquellos casos en los cuales se pretenda acreditar la existencia, en firme, de una decisión judicial en relación con un litigio concreto que previamente se hubiere adelantado entre determinadas partes, además de que en el nuevo proceso se debe haber decretado la correspondiente prueba, será necesario que la decisión judicial anterior, con su correspondiente constancia de ejecutoria, se allegue en copia autenticada para lo cual resulta indispensable auto que ordene su expedición, ello de conformidad con los términos consagrados en los artículos 115 y 254 del citado Estatuto Procesal Civil, sin perjuicio de que eventualmente se pudiere llegar a tener o valorar como prueba una certificación proveniente del juez anterior, según las previsiones de los artículos 116 y 262-1 de la misma codificación.

“Si al proceso no se allega, en debida y oportuna forma, la prueba que acredite la existencia de la providencia anterior con la respectiva anotación de encontrarse en firme, el nuevo juez o árbitro no tendrá manera alguna de verificar, entre muchas otras cuestiones de importancia, los siguientes aspectos, determinantes todos ellos para poder establecer la configuración de la cosa juzgada que le hubiere sido planteada en relación con la nueva controversia que se ha sometido a su conocimiento: a) si en verdad existió el litigio previo; b) cuál fue, exactamente, la controversia que se planteó entre las partes; c) cuáles fueron las partes que concurrieron al proceso anterior; d) cuál fue, con precisión, la decisión judicial o arbitral que se profirió en la oportunidad antecedente (de fondo, inhibitoria, etc.); e) si esa decisión anterior realmente cobró firmeza, etc.

“No sobra señalar también que para concluir acerca de la eficacia probatoria que debe acompañar a los medios que reflejen o acrediten los aspectos que se dejan indicados, como resulta apenas obvio, será indispensable que a la parte contraria de quien hubiere aducido o aportado las pruebas respectivas se le debe haber brindado y garantizado, de manera efectiva, la posibilidad de ejercer su correspondiente derecho de contradicción.

“Sólo contando con esas pruebas dentro del proceso, los árbitros respectivos podrán entonces adelantar el examen comparativo - casi obligatoriamente a doble columna-, entre los aspectos relacionados con el proceso anterior y aquellos que reflejen las características y alcances del nuevo litigio, todo con el fin de establecer entonces si en realidad se dan los elementos propios de la cosa juzgada, esto es las anteriormente denominadas identidades que deben registrarse entre los dos procesos (el antiguo y el nuevo) en torno al objeto, a la causa y a las partes.

“Así pues, el análisis comparativo que realicen los árbitros entre el proceso anterior y el actual que se ha sometido a su conocimiento, contando para ello con las pruebas relacionadas con el proceso antiguo, los llevará a adoptar una decisión de fondo acerca de la configuración, o no, de la cosa juzgada.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia fechada en enero 28 de 2009. Radicación No. 11001-03-26-000-2007-00046-01;

### **3.2.2 Falta de lealtad procesal**

Afirma que en el primer juicio él ha debido presentar todas sus pretensiones. Adicionalmente entiende que la convocada pretende abrir nuevamente un juicio, a sabiendas de que ya acudió al estrado judicial y obtuvo una decisión que al parecer no le satisfizo.

Lo primero que entiende el Tribunal es que el trámite que actualmente nos ocupa es distinto al que previamente existió entre las partes, aun cuando ambos han tenido lugar en ejercicio del derecho fundamental de acceso a la justicia, a través del derecho de acción, y según se establece en la cláusula compromisoria pactada entre las partes para que tenga lugar en sede arbitral. De tal manera, que el juicio de buena fe o de lealtad procesal lo debe hacer el juez sobre el comportamiento de las partes dentro del correspondiente trámite a su cargo. La buena fe procesal, o la lealtad procesal, tiene efectos al interior del proceso respectivo, en el que cursa entre las partes, mientras que la cosa juzgada tiene efectos por fuera del respectivo proceso y en atención a futuras acciones. En orden a lo anterior este Tribunal, revisada la actuación de las partes, que se haya presentado un uso fraudulento o abusivo de los medios de defensa judicial que pudiera traer como lo señala la jurisprudencia (Sentencia T-1014/99 y T502/03 de la Corte Constitucional.) como consecuencia que las partes no se ubiquen dentro de un plano de igualdad procesal y este desequilibrio le haya impedido a algunos de ellos utilizar plenamente sus facultades procesales.

Por otra parte y en atención al otro argumento de la Convocada lo que no se permite en vigencia de los principios de buena fe y lealtad procesal es que las partes frente a quienes se profiere sentencia puedan volver a instaurar un segundo proceso con base en los mismos pedimentos y sobre iguales hechos. Cosa que como quedo demostrada al tratar la excepción de cosa juzgada aquí no tiene lugar y que obedece a la necesidad de darles el carácter de definitivo a las sentencias y evitar así que se susciten por las mismas cuestiones otros procesos. Guarda, en cierto sentido, relación con el principio de la preclusión, pues los efectos de ambas se concretan a impedir actuaciones posteriores. La diferencia reside, como se dejó anteriormente

---

expediente No. 34239. Actor: INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES –INCO–.  
Demandado: CONCESIONARIA VIAL DE LOS ANDES S.A. –COVIANDES –

señalado, en que la cosa juzgada tiene efectos fuera del proceso, mientras que la preclusión obra dentro de este y con respecto a una etapa o instancia. (Sentencia T-1014/99 de la Corte Constitucional).

Por las anteriores razones es que este Tribunal no despachará favorablemente la excepción de falta de lealtad procesal planteada.

### **3.2.3 Inaplicabilidad de la cláusula penal**

Después de hacer algunas consideraciones sobre la naturaleza de la cláusula penal, y los tipos que existen de la misma, y las condiciones para su exigibilidad, sustenta la Convocada la presente excepción en que: *“(...) la regla general es negativa a esa posibilidad. Es que por norma general se le aprecia a la cláusula penal como compensatoria de los daños y perjuicios que sufre el contratante cumplido, los cuales, en virtud de la convención celebrada previamente entre las partes, no tienen que ser objeto de prueba dentro del juicio respectivo, toda vez que, como se dijo, la pena estipulada es una apreciación anticipada de los susodichos perjuicios, destinada en cuanto tal a facilitar su exigibilidad. Esa es la razón para que la ley excluya la posibilidad de que se acumulen la cláusula penal y la indemnización de perjuicios, tal como lo establece el artículo 1601 del C. Civil (...)”*.

La anterior argumentación pierden todo fundamento frente al análisis que en relación con la Cláusula Penal contenida en la cláusula 8.9, objeto de la pretensión primera del escrito de convocatoria, en donde se señaló que la misma era del tipo de las sancionatorias, y que de manera expresa en ella se permitía el cobro de los perjuicios causados con motivo del incumplimiento, así: *“4º De la lectura de la disposición contractual contenida en la cláusula 8.9 bajo estudio, el Tribunal encuentra que esta establece dos prerrogativas en favor de la otra parte de aquella que ha incumplido obligación: 1º reclamar el pago en de una determinable suma a manera de pena para con la parte incumplida, y; 2º cobrar los perjuicios que se llegaren a ocasionar. Prerrogativas que según la literalidad contractual no se hace depender la existencia de la una de la otra, ni el ejercicio de una del ejercicio de la otra. En conclusión, dispone que la pena por incumplimiento no impide el cobro de los perjuicios causados, y/o viceversa, que el cobro*

de los perjuicios no impide el de la pena. En efecto La Cláusula 8.9 del negocio jurídico establece: 'El incumplimiento de cualquiera de las obligaciones a cargo de una de las partes, dará derecho a la contraparte a exigir, a título de pena el equivalente en pesos a mil (1000) salarios mínimos mensuales legales vigentes, sin perjuicio del cobro de los perjuicios que se llegaren a ocasionar.' De manera pues que dado que a propósito del incumplimiento de expresa manera se pactó que se podrían cobrar los perjuicios que se llegaran a ocasionar sin desmedro del cobro de la pena, la disposición contractual o Clausula Penal contenida en el numeral 8.9 para todos los efectos el Tribunal la tendrá por Clausula Penal Sancionatoria, pues fue pactada a manera de apremio ya que tiene por objeto penalizar económicamente el incumplimiento, buscar que los contratantes honren sus obligaciones y se realice así el objeto del contrato, y por cuanto al rezar de manera expresa "...sin perjuicio del cobro de los perjuicios que se llegaren a ocasionar." Claramente, y de acuerdo a la jurisprudencia y la doctrina aquí arriba señaladas, se entiende que no se trata de una Clausula Penal Resarcitoria, de las que tiene por fin estimar previamente a la ocurrencia del incumplimiento los perjuicios que pudiere este causar. 5º Quedando de tal manera establecido que la cláusula 8.9 del negocio jurídico objeto de solicitud de reconocimiento y pago por parte de la actora es de clase de las sancionatoria, ello implica que su cobro y el de los perjuicios causados de modo alguno constituye un doble cobro por un mismo concepto, ni un enriquecimiento sin causa en cabeza del accionante en ceder arbitral."

Por las razones antes expresadas el Tribunal despachará desfavorablemente la excepción en comento.

#### **3.2.4 Pleito pendiente**

Sustenta la convocada la presente excepción en el hecho de que "Ha sostenido la H. Corte Suprema de Justicia que "la excepción de pleito pendiente requiere que la acción (pretensión) debatida en las dos causas sea la misma, esto es, que el fallo de uno de los juicios produzca la excepción de cosa juzgada en el otro porque se trata de idéntica controversia entre las mismas partes, la excepción de litispendencia solo tiene lugar cuando la primera demanda comprende la segunda".

*Vale recordar que esta excepción tiene como fin mantener la seguridad jurídica, ya que el legislador busca evitar la pluralidad de fallos sobre el mismo conflicto, que incluso pueden llegar a ser contradictorios y poner en duda la garantía de certeza que para los justiciables debe emanar de la función jurisdiccional.*

*En el caso sub-examine, basta con estudiar la identidad de objeto, de causa y de partes, para poder saber si la excepción planteada tiene o no el mérito de proceder con el objetivo de enervar las pretensiones de la demanda arbitral.*

*No se llama a dudas que se trata de las mismas partes en este proceso y en el trámite adelantado ante el anterior Tribunal Arbitral de BIOMAX – BIOCOMBUSTIBLES S.A. contra JOSE AGUSTÍN RODRIGUEZ y que llevo al laudo de fecha 26 de octubre del 2015.*

*Tampoco puede existir duda alguna en que la causa del presente proceso y la del trámite adelantado ante el anterior Tribunal Arbitral de BIOMAX – BIOCOMBUSTIBLES S.A. contra JOSE AGUSTÍN RODRIGUEZ que llevo al laudo de fecha 26 de octubre del 2015, son las mismas: La oferta mercantil hecha por el demandante al demandado relacionada con la actividad económica que realiza en la estación de servicios “Villa Yenny “, ubicada en la vereda “ojo de agua” del municipio de Sutatausa, departamento de Cundinamarca.*

*En cuanto al objeto jurídico tampoco puede existir dudas, ya en este proceso y en el trámite adelantado ante el anterior Tribunal Arbitral de BIOMAX – BIOCOMBUSTIBLES S.A. contra JOSE AGUSTÍN RODRIGUEZ y que llevo al laudo de fecha 26 de octubre del 2015, se persiguen idénticos objetivos: la satisfacción de los perjuicios. En el trámite anterior se optó por los que se demostraran, según el artículo 1601 del C. Civil, y ahora se reclaman los mismos perjuicios por la vía de la exigencia de la cláusula penal.”.*

*Al examinar el Tribunal la primera excepción propuesta por la convocante, de cosa juzgada, tuvo la oportunidad de establecer que el objeto del presente pleito lo constituye la sanción contenida en la cláusula penal de la Cláusula 8.9, solicitada en la pretensión primera del libelo de convocatoria, aquí tantas veces referida, y no la solicitud de perjuicios, que sin desmedro o*

perjuicio de ésta la misma clausula permite, y que fuera parte objeto del primer trámite arbitral surtido entre las mismas partes. La causa en el primer proceso la constituyen los hechos que presentó en su momento, por lo que al no existir identidad de objeto y de causa, en ambos pleitos, no se puede juzgar que exista pleito pendiente entre las partes a manera de excepción, razón por la cual este Tribunal no la despachará de manera favorable.

Ahora bien si la razón para proponer la presente excepción la constituye el hecho de que se encuentra en curso un recurso de anulación ante los tribunales respecto del Laudo con el que se culminó el anterior tramite arbitral, debe señalarse que la anterior argumentación que este Tribunal expuso para desestimar la identidad de objeto y de causa entre ambos tramites arbitrales, igual aplica respecto del proceso de anulación de aquel Laudo, ello es así porque el objeto y causa de la acción de anulación contra el Laudo no son de manera alguna coincidentes con el objeto y causa de la litis a la que se refirió en su momento los escritos de convocatoria de los tramites arbitrales, o sea asuntos y hechos relacionados de manera directa con el negocio jurídico celebrado entre las partes.

El objeto del recurso de anulación es precisamente que la judicatura revise, por los motivos que señale el demandante en anulación, si el Laudo adolece de las precisas y particulares circunstancias causales de anulación que contempla la ley de manera taxativa, para así de verificarse la ocurrencia de alguna de ellas, proceder a decretar su nulidad, asunto totalmente distinto a las litis aquí referidas como que han tenido lugar entre las partes.

Como sustento de lo aquí señalado baste dar lectura a lo expresado por el Honorable Consejo de Estado, en fallo del doce (12) de mayo de dos mil once (2011), habiendo sido consejera ponente la doctora Stella Conto Díaz, con radicación número: 11001-03-26-000-2009-00118-00(37787), que a la letra en unos de sus apartes manifestó: *“Se tiene entonces que el recurso de anulación fue concebido para proteger el derecho constitucional de defensa, por errores en el trámite arbitral que constituyan vicios procesales, por Violación del principio de la congruencia, por errores aritméticos o por decisiones contradictorias. A diferencia de la apelación, el recurso de anulación no da lugar a revisar el aspecto sustancial del laudo, ni permite reabrir el debate probatorio. La Sala en este punto en particular ha sostenido:*

*“a) El recurso de anulación de laudos ataca la decisión arbitral por errores in procedendo en que haya podido incurrir el Tribunal de Arbitramento, y excluye de su órbita los errores in iudicando, lo cual implica que no puede impugnarse el laudo en cuanto a cuestiones de mérito. Por ello carecen de técnica los cargos formulados contra un laudo, que tiendan a establecer si el Tribunal arbitral obró o no conforme al derecho sustancial al resolver sobre las pretensiones propuestas”. Conforme a la jurisprudencia reiterada de la Sala, el recurso extraordinario de anulación no puede utilizarse como si se tratara de una segunda instancia, razón por la cual no es admisible replantear el debate sobre el fondo del proceso, ni podrán revocarse determinaciones del Tribunal de Arbitramento, fundadas en la aplicación de la ley sustancial o, por la existencia de errores de hecho o de derecho al valorarlas pruebas en el caso concreto. A lo anterior se agrega que la competencia del juez del recurso de anulación se rige por el “principio dispositivo”, conforme al cual es el recurrente quien la delimita mediante la formulación y sustentación del recurso, con sujeción a las causales previstas en el ordenamiento”.<sup>5</sup>*

Por las anteriores razones la presente excepción está llamada a no prosperar y así será declarado por el Tribunal.

### **3.2.5 Nulidad absoluta**

Como fundamento de la presente excepción manifiesta la convocada que como consecuencia de la oferta mercantil hecha por el demandante al demandado se comprometió, entre otras cosas, la entrega de combustible por un precio. Precisa, que el abanderar una estación de servicio supone que la misma no es propiedad de BIOMAX, sino que solo puede expender sus productos y de esta manera se ejerce un control sobre las decisiones que la contraparte pueda tomar, control que va en contravía de las reglas de competencia pues según su parecer cercena la libertad de escoger estrategia comercial. Luego resulta claro, en su pensar, que se viola el artículo 333 de la Constitución nacional que consagra la libre competencia y libertad económica, violación que acarrea la nulidad absoluta. Agrega que En este sentido el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, dispone que están

---

<sup>5</sup>Sobre la finalidad del recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de octubre 24 de 1996, exp. 11362; 8 de junio de 2006, exp. 29476 y 8 de junio de 2006, exp. 32398, C.P. Ruth Stella Correa Palacio

*“prohibidos los acuerdos o convenios (sic) que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos.”* Y para recabar sobre su argumento señala que: *“Por su parte, el numeral 8, del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, establece que se consideran contrarios a la libre competencia, los acuerdos ‘que tengan por objeto o tengan como efecto abstenerse de producir un bien o servicio’.* Ahora bien, el Código Civil, dispone que: *“[h]ay un objeto ilícito en todo lo que .contraviene al derecho público de la nación”* y considera ilícitos, entre otros, la enajenación de *“los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona”*, y la celebración de *“todo contrato prohibido por las leyes”*. Asimismo, establece que *“[!]a nulidad producida por un objeto o causa ilícita (...) son nulidades absolutas”* y por ende, *“debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley”*.

Finalmente al respecto concluye que: *“Como ya se expuso, este pacto de exclusividad puede afectar los intereses del comprador, vendedor, consumidor y Estado. En ese orden de ideas, y en virtud del artículo 1742 del Código Civil, cualquiera de ellos podría iniciar un proceso ante la jurisdicción, mediante el cual se persiga la declaratoria de nulidad, en este caso absoluta, de la cláusula estipulada.”*

Para resumir, la presente excepción se hace consistir en la existencia del negocio jurídico que tuvo lugar entre las partes, el cual a gusto del proponente impuso una exclusividad en favor de Biomax en el suministro de combustibles, limitativa de la libertad comercial, y de la competencia en el mercado del aquí demandado, cuestión que entiende es contraria a las normas que en los párrafos anteriores quedaron señaladas, circunstancia que por tanto, él concluye, hace que el mencionado negocio jurídico adolezca de objeto ilícito, lo que obliga a tenerlo por nulo.

Al respecto el Tribunal debe señalar de nuevo que el objeto y causa del presente pleito no es juzgar la existencia y eficacia del negocio jurídico

celebrado entre las partes, asuntos que fueron objeto de la consideración y juzgamiento por parte del tribunal que previamente tuvo lugar entre las partes, por lo que para todos los efectos constituyen dichos aspectos cosa juzgada, y que por tanto no pueden ser objeto de pronunciamiento o consideración por este Tribunal. En efecto, el Laudo que puso fin a dicho trámite, en su parte resolutive, (hecho que fue reconocido en la contestación de la demanda por el Convocado, a folio 200, del Cuaderno Principal 1) entre otras cosas dispuso: "que el negocio jurídico, o contrato de suministro, existió; que el mismo fue incumplido por el aquí convocado"; que había lugar al pago de perjuicios, y que ninguna de las excepciones propuestas por el demandado prosperaba.

Ahora bien, analizado como quedo aquí el contenido de la cláusula penal de la Cláusula 8.9 del negocio jurídico, objeto de la presente litis, este Tribunal no encontró que la misma adoleciera de objeto ilícito, ni ninguna de las causales contenidas en el artículo 1593 del C.C.; por el contrario ella encuentra prodiga consagración y regulación en nuestra legislación tanto en el Código Civil como en el Código de Comercio, así:

*"Título XI: De las Obligaciones con Cláusula Penal*

*ARTICULO 1592. La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal...". C.C, y;*

*"Artículo 867 del Código de Comercio "Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse.*

*Cuando la obligación principal esté determinada o sea determinable en una suma cierta de dinero, la pena no podrá ser superior al monto de aquella. 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."*

Adicionalmente, un negocio jurídico adolece de objeto ilícito cuando su objeto o las obligaciones que de él emanan son contrarias al orden público y a las buenas costumbres.

Los casos de objeto ilícito por prohibición especial son:

1°. Los actos contrarios al derecho público (artículo 1519 del C.C.)

2°. La enajenación de las cosas que se encuentran fuera del comercio (artículo 1521 incisol del C.C), como es el caso de todos los bienes de uso público como los parques, calles, plazas, etc. {art. 674 C.C).

3°. La enajenación de los derechos personalísimos {artículo 1521 inciso 2).

4°. La enajenación de las cosas embargadas por decreto judicial (artículo 1521 inciso 3).

Por otra parte, tiene objeto ilícito todo contrato que se encuentre taxativamente prohibido por las leyes, de conformidad con el artículo 1523 del C.C. en concordancia con el artículo 6o del mismo estatuto.

Ninguno de los anteriores presupuestos de ilicitud encuentra el Tribunal tiene ocurrencia en relación con el texto de la Cláusula en comentario, por lo que en adición a las anteriores consideraciones la presente excepción no ha de ser declarada por el Tribunal.

### **3.2.6 Reducción de la cláusula penal**

La hace consistir la Convocada en la posibilidad que la ley y la jurisprudencia contemplan de que la pena pactada por incumplimiento, la llamada "cláusula penal enorme", sea reducida por el juez con motivo de su eventual desproporcionalidad, asunto que en sí mismo no constituye un hecho impeditivo para que este Tribunal se pronuncie respecto de las pretensiones formuladas en la demanda, ni para que se declare la existencia de la pena y su aplicabilidad ante el incumplimiento del demandado, se refiere solo, como quedo dicho, a su proporcionalidad en relación con el valor del contrato.

En sustento de la excepción el Convocado afirma: *"El artículo 1601 del código civil establece que el deudor tiene derecho a que se rebaje la pena en lo que exceda al duplo de la obligación principal. Es decir, la pena no*

*puede exceder el valor de la prestación principal multiplicada por dos. Pues bien, en el presente caso la prestación principal está constituida por la adquisición periódica de combustible, tal como se indica en la oferta. Sin embargo, resulta evidente que las pretensiones exceden por mucho el monto de lo facturado periódicamente."*

En este sentido así lo dispone el artículo 867 del Código de Comercio: *"Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse. Cuando la prestación principal esté determinada o sea determinable en una suma cierta de dinero la pena no podrá ser superior al monto de aquella. 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."*

Por otra parte, también hay lugar a la rebaja de la pena cuando al cumplir el deudor con una parte de la obligación no es justo que tenga que pagar la pena en su totalidad, ya que el retardo o incumplimiento no fue total; por ende al consentir el acreedor que el cumplimiento de la obligación se dé en forma parcial permite el nacimiento del derecho al deudor de solicitar la rebaja proporcional de la pena señalada en el contrato.

El derecho a la rebaja de la multa estipulada como cláusula penal en un contrato, cuando hay lugar a cumplimiento parcial de la obligación principal se encuentra regulado en el artículo 1596 del Código Civil: *"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."*

En el presente asunto encuentra el Tribunal que el monto pactado a manera de pena por las partes corresponde a la suma equivalente en pesos a mil (1000) salarios mínimos mensuales legales vigentes, esto es la suma de SEISCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS (\$644.350.000), suma que en atención al principio de proporcionalidad, si se encuentra probado que el contratista cumplió, efectivamente, parte del objeto estipulado en el contrato, y que éste, además, fue aceptado por la

otra parte, se puede disminuir la sanción penal en proporción al porcentaje de la prestación ejecutada.

Lo anterior en atención al principio de proporcionalidad, del artículo 1596 del Código Civil y del artículo 867 del Código de Comercio, ambos señalados y transcritos por la parte convocada en su exposición o sustento de su presente petición o excepción de rebaja de la pena.

Este punto ha sido analizado por la jurisprudencia arbitral de la siguiente manera:

*“Ahora bien, en este punto debe recordarse que el ordenamiento positivo limita las cláusulas penales y prevé su control judicial en caso de lesión. En efecto, el artículo 1601 del Código Civil establece:*

*“Art. 1601.- Cuando por el pacto principal, una de las partes se obligó a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra parte debe prestarse, y la pena consiste asimismo en el pago de una cantidad determinada, podrá pedirse que se rebaje de la segunda todo lo que exceda al duplo de la primera, incluyéndose ésta en él.*

*“La disposición anterior no se aplica al mutuo ni a las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado.*

*“En el primero se podrá rebajar la pena en lo que exceda al máximun del interés que es permitido estipular.*

*“En las segundas se deja a la prudencia del juez moderarla, cuando atendidas las circunstancias pareciere enorme.”*

*Como se puede apreciar, la ley permite pedir la reducción de la cláusula penal en los eventos señalados en el artículo transcrito, distinguiendo entre los casos en los que el objeto de la obligación es el pago de una cantidad determinada, caso en el cual el legislador fija el límite aplicable al cual puede pedir el deudor que se reduzca la pena, y los casos en los que la obligación es de valor inapreciable o indeterminado, evento en el cual el*

legislador le otorga al juez la potestad de reducirla si le parece enorme atendidas las circunstancias.

Por su parte el artículo 867 del Código de Comercio dispone lo siguiente:

**“Art. 867.-** Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse.

“Cuando la prestación principal esté determinada o sea determinable en una suma cierta de dinero la pena no podrá ser superior al monto de aquella.

“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”.

Si se compara la disposición del Código Civil con la del Código de Comercio, se aprecia que en este último la reducción de la pena no opera por petición de la parte, sino que puede procederse a ella cuando la prestación principal es determinada o determinable en una suma cierta de dinero, caso en el cual el monto de la pena no sea superior al monto de la prestación. Si la prestación principal no tiene tal carácter la ley otorga al juez la potestad de reducir la pena si la considera manifiestamente excesiva.

Como quiera que en el presente caso el Contrato es comercial debe el Tribunal aplicar el artículo 867 del Código de Comercio.

En relación con dicho artículo lo primero que debe observarse es que la ley no distingue entre las clases de pena que se imponen, esto es si las mismas tienen la función de estimar anticipadamente los perjuicios o si ellas tienen por propósito apremiar el cumplimiento del contrato. Por consiguiente, el límite establecido por la ley se aplica a cualquier clase de cláusula penal.

*Para precisar entonces el alcance de la facultad del juez para reducir la pena considera pertinente el Tribunal señalar lo siguiente:*

*La facultad del juez de reducir la cláusula penal tiene raíces muy antiguas. Pothier<sup>6</sup> al hacer referencia a ella se fundaba en Dumoulin, quien a su turno invocaba el derecho romano. Sin embargo, los criterios que se aplican en el derecho comparado para tal efecto no son homogéneos, lo cual obedece a las diversas aproximaciones sobre la naturaleza y función de la cláusula penal.*

*En derecho francés el Código Civil no siguió inicialmente a Pothier y por ello no contempló la facultad para el juez de reducir la pena. Posteriormente el legislador modificó el artículo 1152 del Código Civil en los años 1975 y 1985 para incluir la facultad para el juez de reducir o aumentar la pena pactada, aún de oficio, si la misma es manifiestamente excesiva o irrisoria.*

*Ahora bien, en relación con esta norma la Corte de Casación Francesa ha precisado que para determinar si la pena es manifiestamente excesiva debe tomarse en cuenta el perjuicio que sufre el acreedor y no los motivos de la conducta del deudor. Además el carácter excesivo debe apreciarse cuando el juez adopta su decisión<sup>7</sup>.*

*Por su parte el Código Civil Alemán establece en su artículo 343 que una cláusula penal puede ser reducida a un monto razonable cuando es desproporcionadamente alta. A tal efecto precisa el Código que para juzgar la desproporción debe tomarse en cuenta todo interés legítimo y no sólo el interés financiero. Señala la doctrina que en cuanto se excede el interés patrimonial se debe ponderar la gravedad de la culpa del deudor y*

---

<sup>6</sup> POTHIER, Robert-Joseph. Tratado de las Obligaciones. Editorial Helista. Buenos Aires. 1978, número 346.

<sup>7</sup> Así en sentencia del 11 de febrero de 1997 (95-10.851), la Cámara Comercial, señaló que una corte de apelaciones no da base legal a su decisión cuando reduce la cláusula penal por razón de los motivos del comportamiento del deudor sin fundarse en la desproporción entre el perjuicio sufrido y el monto convencionalmente fijado. Adicionalmente, la Corte ha señalado que el carácter excesivo debe ser examinado cuando el juez toma la decisión (Sentencia del 10 de marzo de 1998, 96-13.4558)

la ventaja que le produce el incumplimiento o el cumplimiento no pertinente, así como su situación patrimonial<sup>8</sup>.

El Código Suizo de las Obligaciones igualmente contempla la facultad de reducir la pena, y la jurisprudencia del Tribunal Federal<sup>9</sup> ha señalado que la pena debe ser reducida cuando hay una desproporción crasa entre el monto convenido y el interés del acreedor en mantener la totalidad de su pretensión, medida al momento en el que se produce la violación, tomando en cuenta todas las circunstancias concretas, incluyendo la naturaleza y duración del contrato, la gravedad de la culpa y de la violación contractual y la situación económica de las partes, particularmente la del deudor.

El Código Civil Italiano en su artículo 1384 contempla también la posibilidad de reducir la cláusula penal cuando la obligación se ejecutó en parte o cuando es manifiestamente excesiva, teniendo en cuenta el interés que el acreedor tenía en el cumplimiento. La Corte de Casación Italiana ha precisado que el juez puede reducir de oficio la cláusula penal<sup>10</sup> y que para tal efecto el interés del acreedor no debe examinarse solamente al momento de pactar la cláusula sino también al momento en el cual la prestación se ha ejecutado tardíamente o se ha incumplido definitivamente.<sup>11</sup>

Por su parte, los Principios de Contratación Comercial Internacional de Unidroit señalan en su artículo 7.4.13 que “la suma determinada puede reducirse a un monto razonable cuando fuere notablemente excesiva con relación al daño ocasionado por el incumplimiento y a las demás circunstancias”.

Si a la luz de los criterios expuestos se examina el Código de Comercio se aprecia que en el mismo para determinar si el monto de la cláusula es excesivo debe tomarse en cuenta el interés que tenga el acreedor en que

---

<sup>8</sup> ENNECCERUS, Ludwig, LEHMANN, Heinrich. Derecho de las Obligaciones en el Tratado de Derecho Civil Alemán de Enneccerus, Kipp y Wolf. Ed Bosch. Barcelona, 1954, Volumen primero, página 192.

<sup>9</sup> 4C.374/2006 du 15 mars 2007. Sobre el mismo tema VON TUHR, Andreas. Tratado de las Obligaciones. Ed Comares. Granada 2007, página 455

<sup>10</sup> Sentencia 18128/2005, que se aparta de pronunciamientos anteriores

<sup>11</sup> Sentencia **21994/2012**

*se cumpla la obligación. Es claro que el perjuicio que sufra el acreedor por el incumplimiento es un criterio relevante para determinar si el monto es excesivo, sin embargo la ley no lo limita al mismo, por lo que debe tomarse en cuenta el interés mismo que puede tener el acreedor en el cumplimiento de la obligación. Este criterio tendrá significativo valor cuando la obligación no tiene un contenido patrimonial o cuando el mismo es difícil de estimar. Por otra parte, también es claro que para determinar el monto de la cláusula penal no es procedente tomar en consideración la conducta del deudor por sí misma ni su situación patrimonial.*

*Desde esta perspectiva es evidente para el Tribunal que imponer el valor total de la cláusula penal en el presente caso implicaría reconocer una cláusula enorme. En efecto, es evidente la desproporción si se tiene en cuenta que la cláusula penal se aplica al incumplimiento total de las obligaciones de CONEXCEL y tales obligaciones tienen un valor económico muchísimo mayor que el incumplimiento que se presentó.”<sup>12</sup>*

Aplicando los anteriores criterios jurisprudenciales al presente caso tenemos lo siguiente:

El contrato objeto de la controversia tenía una vigencia de 10 años contados desde la entrega de la orden de compra, lo cual se desprende de la cláusula 2.3 (folio 25 del Cuaderno Principal 1), dicha orden de compra se dio el 23 de mayo de 2006 (folio 37 del Cuaderno Principal 1), de lo cual se concluye que el contrato vencía el 23 de mayo de 2016.

De esta manera tenemos que la duración total del contrato eran 120 meses y está acreditado que el Convocado cumplió durante 90 meses, lo cual quiere decir que se cumplió el 75% del mismo; a *contrario sensu* es forzoso afirmar que el incumplimiento fue de un 25% y ese será el porcentaje de la pena a la cual condenará el Tribunal.

La anterior afirmación encuentra fundamento en la parte resolutive del Laudo proferido por el tribunal anterior, el cual como ya se dejó claramente establecido hizo tránsito a cosa juzgada, al establecer:

---

<sup>12</sup> TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO. COMUNICACIÓN CELULAR S. A. COMCEL S. A. contra CONEXCEL S. A. Laudo del 12 de junio de 2015.

“(…) **SEGUNDO:** Declarar que el contrato de suministro conforme a lo acordado por las partes se celebró por el término de diez años contados a partir del (23) de mayo de 2006. (…)

**CUARTO:** Declarar que **JOSÉ AGUSTÍN RODRÍGUEZ SILVA** incumplió el contrato de suministro que lo liga con **BIOMAX BIOCOMBUSTIBLES S.A.** al dejar de adquirir combustible a partir del mes de noviembre de dos mil trece, abanderar la estación de servicio con otro mayorista y desmontar los avisos entregados por **BRIO S.A.** (…)”

Teniendo en cuenta lo anteriormente expresado y con base en los artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio, la cláusula penal está pactada en SEISCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS (\$644'350.000), el Tribunal reducirá este monto en un 75% que fue el porcentaje de cumplimiento del contrato, de tal manera que la pena será tasada en la suma de CIENTO SESENTA Y UN MILLONES OCHENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS PESOS (\$ 161.087.500) que equivale al 25% del monto de la cláusula penal, equivalente al porcentaje de incumplimiento del contrato.

### **3.2.7 Incumplimiento del contrato por el demandante**

Como sustento de la pretensión la parte convocada invoca lo preceptuado por el artículo 1609 del C.C. en el sentido de que preceptúa que ninguno de los contratantes se encuentra en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no cumpla con sus obligaciones o esté dispuesto a cumplirlas según lo acordado. Para él lo anterior significa que la legitimación para impetrar la resolución o el cumplimiento del contrato por uno de los contratantes, supone necesariamente el cumplimiento de sus obligaciones contractuales o allanarse a cumplirlas, para a manera de conclusión señalar que como lo ha dicho la H. Corte Suprema de Justicia: “Si el demandante afirma haber cumplido con sus obligaciones, y el demandado niega ese hecho, esta negativa equivale a afirmar el demandado el incumplimiento, por parte del demandante, de las obligaciones a su cargo; lo cual constituye una excepción perentoria alegada o propuesta por el demandado: si el incumplimiento de las obligaciones del demandante es cierto, el demandado no está en mora de cumplir con las suyas.

Para seguidamente afirmar que la parte demandante ha incumplido sus obligaciones contractuales al negarse a realizar bonificaciones, premios, descuentos y compensaciones en forma permanente, que fueron pactadas, tal como ha venido ocurriendo desde el inicio del vínculo negocial.

Finalmente a manera de conclusión de su alegato realiza el siguiente aserto: *“En este proceso se demostrará con las pruebas recaudadas que ha sido el demandante quien no ha dado cumplimiento fiel y total al contrato desde un inicio.”*.

Para el tribunal el contenido de la anterior alegación se resume a señalar que frente al negocio jurídico celebrado entre las partes la convocante no puede reclamar la cláusula penal dado que ella se encuentra en situación de incumplimiento, y que siendo ello así el mandato del artículo 1609 del C.C. que preceptúa que ninguno de los contratantes se encuentra en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no cumpla con sus obligaciones o esté dispuesto a cumplirlas según lo acordado, resulta impositivo de reconocimiento por parte de este tribunal en favor del convocante de la pena por él reclamada. Frente a ello, al igual que ha ocurrido frente a otros apartados del presente Laudo, el Tribunal tiene por cosa juzgada el hecho del incumplimiento y así la mora del convocado en razón al Laudo proferido en el trámite arbitral que previamente tuvo lugar entre las partes, aquí tantas veces referido. Trámite aquel en el cual a manera de excepción el hoy aquí demandado propuso la misma excepción que en el momento nos ocupa, fundada igualmente que como aquí ocurre en el mandato artículo 1609 del C.C. (Folio 123 y 309 Cuaderno de Pruebas 2) asunto que por haber sido en su momento juzgado, y porque el convocado se abstuvo de proponer demanda de reconvenición que tuviera por objeto de litis el supuesto incumplimiento del contrato por parte de la convocante, para que así este tribunal, de darse las condiciones legales exigidas para ello, pudiera darle eficacia legal una vez decretado.

Por las anteriores razones la excepción en comento habrá de despacharse desfavorablemente.

### **3.2.8 Compensación de la cláusula penal como consecuencia del incumplimiento del contrato por el demandante.**

En forma expresa solicitó a este Tribunal que si lo estima procedente reconozca la compensación entre lo que la parte demandante reclama en este proceso y los perjuicios que ha sufrido la parte demandada, los cuales derivan del incumplimiento del contrato por parte suya. En sentido el Código Civil incluye la compensación de obligaciones como un modo de extinguir total o parcialmente las obligaciones y señala en su artículo 1714 que *"Cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas (...)"*.

El tratadista Sergio Rodríguez Azuero define esta figura como *"(...) un modo de extinguir las obligaciones que parte de un supuesto necesario bien claro: la existencia de deudores recíprocos de géneros homogéneos. Esta compensación puede ser legal, en cuyo caso se produce sin necesidad de declaración alguna y por la simple presencia de los requisitos exigidos, o puede ser convencional, cuando las partes así lo acuerdan, para solucionar deudas de las cuales son recíprocamente acreedor y deudor. También se contempla por la doctrina la llamada compensación judicial, para el supuesto de que demandada una persona contrademande al actor y, probados que sean los hechos en los cuales sustenta su posición, resulten obligaciones recíprocas que el juez compensa en la sentencia.*

*Los requisitos exigidos ordinariamente para que la compensación opere son el que las obligaciones sean recíprocas y recaigan sobre cosas fungibles, es decir sustituibles unas por otras y del mismo género, como el dinero; que sean actualmente exigibles, esto es en el momento en el cual debe producirse la compensación y, finalmente, que sean líquidas, esto es, determinadas en forma precisa de manera que su monto sea indiscutible".<sup>13</sup>*

Por las mismas razones que el Tribunal consideró denegar la prosperidad de la anterior excepción, será negada la prosperidad de la presente dado que la una como la otra tienen por fundamento el supuesto incumplimiento del contrato por parte de la parte convocante su juzgamiento o declaración judicial.

---

<sup>13</sup> RODRIGUEZ AZUERO, S. Contratos Bancarios. Cuarta Edición., página 64.

### **3.2.9 Extinción de la cláusula penal**

La ley excluye la posibilidad de que se acumulen la cláusula penal y la indemnización de perjuicios, tal como lo establece el artículo 1601 del C. Civil, es que por norma general si se aprecia a la cláusula penal como compensatoria de los daños y perjuicios que sufre el contratante cumplido, los cuales, en virtud de la convención celebrada previamente entre las partes, no tienen que ser objeto de prueba dentro del juicio respectivo, toda vez que, como se dijo, la pena estipulada es una apreciación anticipada de los susodichos perjuicios, destinada en cuanto tal a facilitar su exigibilidad. Pues bien, en este caso el demandante presentó una demanda arbitral anterior reclamando perjuicios y si se comparan las razones que llenan de contenido las pretensiones del demandante, resulta claro que estas fueron propuestas en el proceso arbitral anterior que en aquella oportunidad culminó con Laudo Arbitral del veintiséis (26) de octubre de dos mil quince (2015). Es decir ya existe decisión de fondo sobre los aspectos que se tratan de replantear en este nuevo proceso.

En su momento, al inicio de sus consideraciones, el tribunal al tratar la pena de la cláusula 8.9 del contrato celebrado entre las partes, dejó señalado que por su contenido la misma se trata de la clase o tipo de las cláusulas penales meramente sancionatorias, y no de aquellas consideradas como indemnizatorias por señalar esta de manera expresa que la pena pactada no perjudica la posibilidad de la parte cumplida de cobrar los perjuicios causados con motivo del incumplimiento, prerrogativa, que la parte aquí demandada considera ejercida y juzgada porque el demandante presentó una demanda arbitral anterior reclamando perjuicios que culminó con Laudo Arbitral del veintiséis (26) de octubre de dos mil quince (2015) condenándola al pago de perjuicios. Es decir, afirma él, que ya existe decisión de fondo *“sobre aspectos que se tratan de replantear en este nuevo proceso”*. Baste las anteriores consideraciones para rechazar la presente excepción, dado que sobre la pena estipulada no ha existido pronunciamiento por el juez del contrato que la extinga..

### **3.2.10 Nulidad por pacto de exclusividad**

Afirma como sustento de la excepción la Convocada que: *“La práctica de los derechos se deben reconocer como tales, es por ello, que no deben ser desconocidos de manera alguna por las autoridades, y como el caso que nos ocupa es de carácter comercial, debemos propender porque los derechos inherentes a este no se desconozcan, debo precisar que dentro del contexto de la referida propuesta comercial, en el anexo 1, parte denominada: condiciones generales de la oferta, en su Capítulo II numeral 2.9 hace la indicación de que LA COMPRADORA, se obliga a adquirir y también se obliga a comprar los derivados del petróleo exclusiva y directamente a BRIO hoy BIOMAX so pena de incumplimiento, viciando de esta manera de forma total la libre competencia.”*

En resumen, considera que en contra de las normas de libre competencia se le obliga a comprar a la convocante de manera exclusiva los derivados del petróleo, tacha que en su momento al estudiar la excepción de nulidad por objeto ilícito este Tribunal tuvo la oportunidad de pronunciarse al respecto para denegar la prosperidad de la excepción. En efecto, el Tribunal se remite a las razones expuestas en el punto 2.2.5.

Por las anteriores consideraciones la presente excepción no está llamada a prosperar.

### **3.3 COSTAS.**

#### **3.3.1 Reembolso de gastos del proceso.**

Encuentra el Tribunal que según acta número 4 del 16 de mayo de 2016 se fijó la suma de \$ 53.463.873, como gastos del proceso; la parte convocante consignó en términos lo que le correspondía; la parte convocada no lo hizo, y la convocante realizó el pago por ella. No obra en el proceso que los convocados hayan hecho el reembolso correspondiente.

Teniendo en cuenta lo anterior, de conformidad con lo establecido en el artículo 27 de la Ley 1563 de 2012, las expensas por gastos y honorarios, se tendrán en cuenta en el Laudo para liquidar costas. De acuerdo con la norma en cita sobre dicha suma se causarán intereses de mora a la tasa más alta autorizada, desde el vencimiento del plazo para consignar (31 de mayo de 2016) y hasta cuando se realice efectivamente el pago.

Adicional a lo anterior se deberá tener en cuenta la pretensión tercera de la demanda así como la cláusula compromisoria que al respecto establece:

*“Los honorarios, costos y gastos que se causen con ocasión de la Conciliación o el Arbitraje, serán de cuenta de la parte que resulte vencida”*

Como prosperarán las pretensiones de la demanda y sólo prosperará una de las excepciones propuestas por la parte convocada se le condenará en costas de acuerdo con la siguiente liquidación.

### **3.3.2 Liquidación.**

Valor de lo consignado por la parte convocante	\$26.731.937
Valor de lo no consignado por la parte convocada.	\$26.731.937
Intereses de mora sobre el Valor de lo no consignado por la parte convocada	\$ 3.188.597
Agencias en derecho	\$5.000.000
<b>TOTAL</b>	<b>\$ 61.652.471</b>

## **CAPÍTULO CUARTO**

### **DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitramento constituido para resolver las diferencias surgidas entre la sociedad **BIOMAX BIOCMBUSTIBLES S.A.**, por una parte y **JOSÉ AGUSTÍN RODRÍGUEZ SILVA**, por la otra, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la Ley y habilitación de las partes,

## RESUELVE:

**Primero: DECLARAR** que prospera la excepción denominada **REDUCCIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL**.

**Segundo: NEGAR** las excepciones denominadas **COSA JUZGADA, FALTA DE LEALTAD PROCESAL, INAPLICABILIDAD DE LA CLAUSULA PENAL, PLEITO PENDIENTE, NULIDAD ABSOLUTA, INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO POR EL DEMANDANTE, COMPENSACIÓN DE LA CLAUSULA PENAL COMO CONSECUENCIA DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO POR EL DEMANDANTE, EXTINCIÓN DE LA CLAUSULA PENAL y NULIDAD POR PACTO DE EXCLUSIVIDAD**.

**Tercero: CONDENAR** a **JOSÉ AGUSTÍN RODRÍGUEZ SILVA**, a pagar a **BIOMAX BIOCOMBUSTIBLES S.A.** la cláusula penal prevista en la cláusula 8.9 del contrato de suministro celebrado entre las partes, la cual debidamente reducida, de conformidad con la parte motiva del presente Laudo, equivale a **CIENTO SESENTA Y UN MILLONES OCHENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS PESOS (\$161.087.500)**, pago que deberá realizarse dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del presente Laudo Arbitral.

**Cuarto: CONDENAR** a **JOSÉ AGUSTÍN RODRÍGUEZ SILVA** a pagar a **BIOMAX BIOCOMBUSTIBLES S.A.** intereses, a la tasa del 6% anual, sobre la suma mencionada en el numeral Tercero anterior, desde la ejecutoria del presente Laudo Arbitral y hasta que se realice el pago efectivo.

**Quinto: CONDENAR** a **JOSÉ AGUSTÍN RODRÍGUEZ SILVA** a pagar a **BIOMAX BIOCOMBUSTIBLES S.A.** por concepto de costas la suma de **SESENTA Y UN MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y UN PESOS (\$ 61.652.471)**, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del presente Laudo.

**Sexto: ORDENAR** la expedición por Secretaría de copia auténtica de este laudo a cada una de las partes, con las constancias de ley.

**Séptimo: DECLARAR** causado el saldo de los honorarios de los Árbitros y de la Secretaria. El Presidente procederá a pagarlos a la ejecutoria del laudo o de la providencia que lo aclare, corrija o complemente; a rendir cuentas de las sumas puestas a su disposición para los gastos y expensas del funcionamiento del Tribunal, y a devolver a las partes el remanente que no hubiere sido utilizado.

**Octavo: ORDENAR** el archivo el presente expediente en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

**NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**

La anterior decisión se notificó en audiencia.

**ÁLVARO CUBIDES CAMACHO**  
Presidente

**CAMILO CALDERÓN RIVERA**  
Árbitro

**FRANCISCO MORRIS ORDÓÑEZ**  
Árbitro

**LILIANA OTERO ÁLVAREZ**  
Secretaria

## ÍNDICE

<b>CAPÍTULO PRIMERO</b>	1
ANTECEDENTES	1
1.1 EL TRÁMITE	1
1.1.1 Partes procesales	1
1.1.2 La Cláusula compromisoria	2
1.1.3 La convocatoria del Tribunal	2
1.1.4 La integración del Tribunal	3
1.1.5 Instalación	3
1.1.6 Admisión de la demanda	4
1.1.7 Contestación de la demanda	4
1.1.8 Indicación de la cuantía y juramento estimatorio	4
1.1.9 Objeción Juramento Estimatorio	4
1.1.10 Fijación de honorarios y gastos del proceso	4
1.1.11 Primera audiencia de trámite	5
1.1.12 Audiencias	5
1.1.13 Término del proceso	5
1.2 LA DEMANDA	5
1.2.1 Las pretensiones de la demanda	5
1.2.2 Hechos planteados por el Convocante en la demanda	6
1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA	8
1.4 PRUEBAS DECRETADAS Y PRACTICADAS	19
1.4.1 Pruebas documentales	19
1.4.2 Oficios	19
1.5 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN	20
<b>CAPÍTULO SEGUNDO</b>	20
PRESUPUESTOS PROCESALES	20
2.1 ENUMERACIÓN	20
2.1.1 Demanda en forma	20
2.1.2 Competencia	20

2.1.3	Capacidad	20
<b>CAPÍTULO TERCERO</b>		21
CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL		21
3.1	CONSIDERACIONES RESPECTO DE LAS PRETENSIONES	22
3.1.1	Consideraciones sobre la Cláusula Penal	22
3.2	CONSIDERACIONES RESPECTO A LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS.	26
3.2.1	Cosa juzgada.	27
3.2.2	Falta de lealtad procesal	40
3.2.3	Inaplicabilidad de la cláusula penal	41
3.2.4	Pleito pendiente	42
3.2.5	Nulidad absoluta	45
3.2.6	Reducción de la cláusula penal	48
3.2.7	Incumplimiento del contrato por el demandante	55
3.2.8	Compensación de la cláusula penal como consecuencia del incumplimiento del contrato por el demandante.	57
3.2.9	Extinción de la cláusula penal	58
3.2.10	Nulidad por pacto de exclusividad	58
3.3	COSTAS.	59
3.3.1	Reembolso de gastos del proceso.	59
3.3.2	Liquidación.	60
<b>CAPÍTULO CUARTO</b>		60
DECISIÓN		60