

LAUDO ARBITRAL
TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
MOTOS JIALING S.A.

Vs.

MACARENA MOTOS LTDA. EN LIQUIDACIÓN

Santiago de Cali, veintinueve (29) de abril de dos mil diez (2010).

Agotado el trámite y estando dentro de la oportunidad legal, procede el Tribunal de Arbitramento a dictar el laudo que pone fin al presente proceso y resuelve las diferencias surgidas entre la sociedad **MOTOS JIALING S.A.**, como parte convocante y **MACARENA MOTOS LTDA. EN LIQUIDACIÓN**, como parte convocada

**I. DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, SU FUNCIÓN PÚBLICA
Y DE LAS FACULTADES Y COMPETENCIA DE LOS ÁRBITROS
PARA DECIDIR EN DERECHO**

La Constitución Política que fundó el Estado Colombiano, creó el Poder Público, y a su vez, a la Rama Judicial como un instrumento que lo integra¹, atribuyéndole el ejercicio de la Administración de Justicia², como una parte de la función pública, encargada de hacer efectivo y real los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagradas en la Constitución Política, el bloque de constitucionalidad, la ley³ y las demás normas jurídicas; con el fin de realizar la convivencia social y lograr mantener la concordia nacional.

La Administración de Justicia como verdadera función pública⁴ está integrada por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces; las Autoridades de los pueblos indígenas⁵ los Jueces de Paz⁶, y el Congreso de la República frente a determinadas funciones judiciales⁷. También lo hace la denominada Justicia Penal Militar, pero, únicamente para juzgar a “los

¹ Art.113 C.P.

² Art. 116 C.P.

³ Ley 270 de 1993, Art. 1

⁴ Art. 228 C.P..

⁵ Art. 246 C.P.

⁶ Art. 247 C.P.

⁷ Art. 116 C.P., Inciso 2

miembros de la fuerza pública en servicio activo, y solo por delitos cometidos en relación con el mismo servicio⁸, aunque ella no integra la Rama Judicial del Poder Público⁹.

Así las cosas, el Juez es un servidor público, al servicio de la comunidad y el Estado¹⁰, cuyas actuaciones son públicas y permanentes, autónomas e independientes, y en sus decisiones prevalece el derecho sustancial; encargado de realizar la justicia a la luz del plexo axiológico que forma la Constitución Política y la Ley, como un valor Superior que guía la acción de la Rama Judicial encargada de garantizar la efectividad de los derechos fundamentales, dentro del marco del Estado Social y Democrático de Derecho, a fin de lograr la convivencia pacífica entre los colombianos¹¹.

El Artículo 116 de la Constitución Política, faculta a los particulares para que en su condición de Árbitros y Conciliadores, administren justicia, de éste hecho se desprende la jurisdicción, como función, cuando por voluntad de las partes, por medio de un contrato de compromiso o incorporado dentro de una cláusula compromisoria en la cual se prevé la situación eventual de la que nace la competencia del Tribunal; invistiendo ó habilitando a un particular, con características especiales, previamente determinadas por la ley para que dentro de una temporalidad pueda administrar justicia dentro de un proceso específicamente determinado.

Por lo tanto, los árbitros **DAVID SANDOVAL SANDOVAL, JOSÉ FERNANDO JARAMILLO GUTIÉRREZ Y ANTONIO JOSÉ MÁRQUEZ MATÍZ**, obedeciendo las potestades jurídicas constitucionales y legales que se les atribuyen, proceden a resolver el conflicto jurídico decidiendo en derecho, en el caso subjúdice.

II. DE LA CONTROVERSIA Y SUS ANTECEDENTES

1. El día 29 de marzo de 2004 Motos Jialing S.A., en calidad de concedente celebró con la sociedad Macarena Motos Ltda. en calidad de concesionaria, un contrato de concesión con el objeto de regular las condiciones bajo las cuales el concesionario se compromete para con el concedente a prestar al público que adquiera o haya adquirido productos de la marca Jialing servicios y atención,

⁸ Corte Constitucional. Sala de Revisión No. 1, Auto No. 12 de 1 de Agosto de 1994. M.P. Jorge Arango Mejía.

⁹ C-037 de 1993 M.P. Vladimiro Naranjo; Ley 270 de 1993, Art. 11

¹⁰ Art. 123 C.P.

como contraprestación por el hecho de que Motos Jialing S.A. le venda motos y repuestos de la marca Jialing para que el concesionario por su cuenta y riesgo, lo venda al público. Se entiende por público únicamente el consumidor final del producto, para su uso personal o corporativo.

2. En la cláusula décimo tercera del citado contrato de concesión, las partes pactaron la cláusula compromisoria, la que será materia de análisis más adelante.

3. El 29 de mayo de 2009 la sociedad Motos Jialing S.A. a través de apoderada especial solicitó ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, la instalación de un Tribunal de Arbitramento, con el fin de dirimir el conflicto originado con la sociedad Macarena Motos Ltda. en Liquidación y el señor Julio Enrique Hurtado Correa, en ocasión al incumplimiento de las obligaciones adquiridas por parte de la sociedad concesionaria.

4. El 31 de julio de 2009 la parte convocante sustituyó la demanda presentada inicialmente, sobre la cual gira la presente controversia y es materia del presente trámite arbitral.

III. DE LA SÍNTESIS DE LAS CUESTIONES OBJETO DE CONTROVERSIA.

1. HECHOS EN QUE SE SUSTENTA LA DEMANDA

Los hechos en que la convocante se fundamenta para sustentar sus pretensiones se basan en que la sociedad Macarena Motos Ltda. en Liquidación, concesionaria, incumplió las obligaciones que adquirió con la celebración del contrato de concesión celebrado el 29 de marzo de 2004 con la sociedad Motos Jialing S.A., concedente, en razón a que desatendió el pago de varias facturas cambiarias de compraventa.

Que el señor Julio Enrique Hurtado Correa socio de la concesionaria, para garantizar el pago de las obligaciones a cargo de la sociedad Macarena Motos Ltda. en Liquidación, constituyó hipoteca de primer grado sobre inmuebles de su propiedad, ubicados en la ciudad de Bogotá y por ese motivo lo convocó a éste proceso.

¹¹ Ley 270 de 1993, considerando.

2. PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Pretende la parte actora con su demanda que éste tribunal declare terminado el contrato de concesión a consecuencia del incumplimiento de la sociedad concesionaria, que se declare que ella y el señor Julio Enrique Hurtado Correa son civilmente responsables por los daños y los perjuicios causados y consecuentemente se les condene al pago de los mismos, los que comprende el daño emergente y lucro cesante que provienen por el hecho de no haber cumplido la intermediaria las obligaciones adquiridas en la ejecución del contrato.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y A LAS PRETENSIONES:

La concesionaria a través de su gestor judicial al contestar la demanda, aceptó que es cierto que celebró con la convocante el contrato de concesión mencionado en el libelo, que es cierto que hubo mutuo incumplimiento del mismo, y que el convocado señor Hurtado Correa constituyó gravamen hipotecario de primer grado sobre inmuebles de su propiedad ubicados en la ciudad de Bogotá, para amparar el pago de las obligaciones que llegaren a surgir en desarrollo del contrato materia de la controversia.

El apoderado de la parte convocada aceptó que a consecuencia del mutuo incumplimiento debe prosperar la primera pretensión consistente en la declaratoria de terminación del contrato de concesión que los vincula.

Con respecto a las demás, se opuso a todas, es decir, a que se declare que la convocada es civilmente responsable de los daños y perjuicios que comprende el daño emergente y lucro cesante.

4. LAS EXCEPCIONES DE MÉRITO:

El apoderado de la convocada en ejercicio del derecho de defensa planteó tres excepciones de mérito tendientes a desvirtuar las pretensiones de la demanda, en las que fundamenta de manera conjunta que la parte convocante al acompañar dentro de los medios probatorios títulos valores, está ejerciendo la acción cambiaria.

IV. DESARROLLO DEL TRÁMITE ARBITRAL

1. INSTALACIÓN

- 1.1.** La Cámara de Comercio de Cali en reunión llevada a cabo el día 17 de junio de 2009, mediante sorteo designó como árbitros a los suscritos árbitros Antonio José Márquez Matíz, José Fernando Jaramillo Gutiérrez y David Sandoval Sandoval.
- 1.2.** El 14 de julio de 2009, tal como aparece en el acta correspondiente, se instaló el Tribunal de Arbitramento, habiendo sido designado como presidente el doctor David Sandoval Sandoval, y como secretaria a la doctora María Esperanza Mayor Gordillo y como suplente a la doctora María del Pilar Ramírez Arizabaleta. Se fijó como lugar de funcionamiento del tribunal y de la secretaría, el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, y se reconoció personería a la apoderada de la parte convocante.
- 1.3.** El 24 de julio del año 2009, éste Tribunal inadmitió la demanda arbitral y le concedió un término de cinco días a la parte convocante para que la subsanara, so pena de su rechazo en los términos previstos en el artículo 85 del Código de Procedimiento Civil
- 1.4.** El 3 de agosto del año 2009, el Tribunal admitió la demanda sustitutiva presentada por la sociedad Motos Jialing S.A. contra la sociedad Macarena Motos Ltda. y en contra del señor Julio Enrique Hurtado Correa y les confirió el traslado para que en el término de diez días ejercieran el derecho de defensa de conformidad con lo establecido en el artículo 428 del Código de Procedimiento Civil.
- 1.5.** La sociedad Macarena Motos Ltda. en Liquidación, fue integrada al proceso por intermedio de su representante legal, quien se notificó personalmente del auto admisorio el día 24 de agosto de 2009. Dentro del término del traslado contestó la demanda y propuso tres excepciones de mérito tendientes a desvirtuar las pretensiones de la parte actora. El señor Julio Enrique Hurtado Correa se le notificó de la demanda mediante aviso en los términos señalados en el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil. El aviso lo recibió el 30 de agosto de 2009, por consiguiente la notificación quedó surtida el 3 de septiembre de 2009.
- 1.6.** Del escrito de excepciones se fijo en lista a la parte convocante el día 24 de septiembre de 2009.

- 1.7. El 1 de octubre de 2009 se llevó a cabo la audiencia de conciliación entre las partes, la cual fue suspendida mediante auto No. 06. En esa misma oportunidad se amplió el término de duración del proceso arbitral de 30 días a 6 meses, que se contaron a partir de la primera audiencia de trámite.
- 1.8. El día 5 de octubre de 2009 se continuó con la audiencia de conciliación. Mediante auto No. 08 emitido en la misma fecha, se declaró fracasada la etapa conciliatoria y en consecuencia se ordenó la continuación del presente trámite.
- 1.9. El mismo día mediante auto No. 09 en consideración a que el Tribunal de Arbitramento se encontraba debidamente instalado, notificada y contestada la demanda y fracasada la audiencia de conciliación, le correspondió al Tribunal fijar el valor de los honorarios de los árbitros, de la secretaria y los gastos de funcionamiento.
- 1.10. Dentro del término legal la parte convocante canceló el valor que le correspondía por honorarios y gastos del proceso y a su vez la parte convocada Macarena Motos Ltda. en Liquidación pagó la totalidad del valor que le correspondía tanto a ella como al señor Julio Enrique Hurtado Correa.
- 1.11. La primera audiencia de trámite se desarrolló el día 30 de octubre de 2009, audiencia en virtud de la cual el Tribunal previo análisis de la cláusula compromisoria, la existencia y debida representación de cada una de las partes y las pretensiones formuladas por la convocante, se declaró competente para conocer y decidir en derecho todas las controversias de contenido particular, económico y patrimonial contenidas en la demanda presentada por Motos Jialing S.A., todas ellas relacionadas con el contrato de concesión fechado el 29 de marzo de 2004.
- 1.12. En la misma audiencia, el Tribunal de Arbitramento fijó el criterio sobre la solicitud de integración del litisconsorcio de la parte pasiva propuesta por la parte convocante a la luz del artículo 83 del Código de Procedimiento Civil, destacando en el auto No. 12 del 30 de octubre de 2009 que el Tribunal de Arbitramento carece de competencia para conocer, tramitar y decidir en derecho las controversias planteadas en contra del señor Julio Enrique Hurtado Correa como convocado, en consecuencia se le desvinculó de éste proceso arbitral.

2. EL PACTO ARBITRAL

En la cláusula décima tercera del contrato de concesión celebrado entre las partes el día 29 de marzo de 2004, pactaron la siguiente cláusula compromisoria:

“DÉCIMA TERCERA: Toda diferencia o controversia relacionada con este contrato así como a su ejecución o liquidación se resolverá en primer término por las partes, sino fuere posible lograr un acuerdo entre ellas la diferencia o controversia se decidirá por medio de un Tribunal de Arbitramento designado por la Cámara de Comercio mediante sorteo que se efectuara entre los árbitros inscritos en la lista que lleva dicha Cámara y el procedimiento que cumplirán quienes sean designados será el previsto en el decreto 2279 de 1989 ley 446 de 1998. Decreto 1818 de 1998 y demás disposiciones legales y complementarias que lo modifiquen o adicionen, todo de acuerdo a las siguientes reglas:

- a) El Tribunal estará integrado por tres (3) Árbitros y un Secretario designados como ya se indico.*
- b) La decisión del Tribunal será en derecho.*
- c) El Tribunal funcionara en la ciudad de Cali, en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de esta ciudad.*
- d) La organización interna del Tribunal se sujetara a las reglas previstas para tal efecto por el centro de arbitraje por la Cámara de Comercio de Cali. El termino o plazo de duración del Arbitraje será de 30 días hábiles, razón por la que no se tomara en cuenta los días sábados, dominicales, ni festivos, el anterior termino se contara a partir de la primera audiencia de trámite.”*

Como consecuencia de las actuaciones jurídicas antes descritas, el presente Tribunal concluye lo siguiente:

- 2.1** Que la ley autoriza la celebración de la cláusula compromisoria en los contratos entre particulares,
- 2.2** Que ambas partes contratantes, en efecto, al celebrar el contrato de concesión antes citado, adoptaron efectivamente la cláusula compromisoria para resolver los conflictos surgidos entre sí y con respecto al cumplimiento del mencionado contrato.

- 2.3** Que la designación de los árbitros se realizó a través de la Cámara de Comercio de Cali, con total sujeción a lo dispuesto por la ley;
- 2.4** Que la controversia suscitada entre las partes en el presente proceso arbitral tiene carácter *contractual*, y se refiere concretamente al debate sobre el cumplimiento de un contrato de concesión, celebrado entre la sociedad Motos Jialing S.A. y la compañía Macarena Motos Ltda. En Liquidación.
- 2.5** Que como consecuencia del carácter contractual del conflicto, y dado que no se encuentra excluido de arbitraje por norma jurídica especial o de orden público, el asunto sujeto a debate es eminentemente transigible, y
- 2.6** Que, la decisión arbitral correspondiente debe proferirse en derecho.
- 2.7** Cómputo del término de duración del proceso: Teniendo en cuenta que por voluntad de las partes éste fue ampliado a seis meses y el proceso estuvo suspendido por un espacio de tiempo de 62 días, el plazo precluiría el 30 de junio de 2010.
- 2.8** Cómputo del término de duración del proceso:
- | | |
|--------------------|------------------------------|
| Octubre 30 de 2009 | Primera Audiencia de Trámite |
| Abril 30 de 2010 | Vencen los seis meses |

SUSPENSIÓN: 62 días corrientes de Dic. 12 /09 a Feb. 11/10 (Acta No. 10 de Diciembre 10/2009 - Auto # 19)

EN CONCLUSIÓN:

6 meses iniciales vencen en:	Abril 30 de 2010
Más 62 días corrientes de suspensión	
Vencimiento final en:	Julio 1 de 2010

V. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. PRESUPUESTOS PROCESALES:

Concurren en el presente asunto los presupuestos procesales que permiten decidir el fondo de la controversia, esto es, capacidad para ser parte; capacidad procesal o capacidad para comparecer como parte; competencia del juez o tribunal; demanda en forma y trámite adecuado, que son en el sentir de nuestra Corte Suprema de Justicia, los requisitos necesarios que regulan la constitución y

desarrollo formal y válido de la relación jurídico procesal. De otra parte, no se avizora la existencia de vicio alguno con entidad de estructurar nulidad.

2. EL PROBLEMA JURÍDICO:

De acuerdo a los hechos planteados, corresponde a éste Tribunal de Arbitramento determinar en primer lugar, si la convocada Macarena Motos Ltda. En Liquidación, incumplió las obligaciones adquiridas con la celebración del contrato de concesión celebrado con la sociedad Motos Jialing S.A. mediante documento privado de marzo 29 de 2004.

De otro lado habrá de establecerse si la sociedad Macarena Motos Ltda. En Liquidación, causó daños y perjuicios derivados del incumplimiento del contrato de concesión y debe salir a indemnizar a la convocante Motos Jialing S.A., por la causación de los mismos.

3. NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO OBJETO DE LA LITIS:

El contrato celebrado por las partes la sociedad Motos Jialing S.A., en su calidad de concedente y Macarena Motos Ltda. en Liquidación en carácter de concesionario, es un **CONTRATO DE CONCESIÓN:**

Etimología.- CONCESIÓN: Del latín concessio, que significa acción y efecto de conceder. Otorgamiento gubernativo a favor de particulares o de empresas, bien sea para apropiaciones, disfrutes o aprovechamientos privados en el dominio público, según acontece en minas, aguas o montes, bien para construir o explotar obras públicas, o bien para ordenar, sustentar o aprovechar servicios de la administración general o local.¹²

Dentro de la sociedad occidental en que hemos tenido la fortuna de vivir, y en especial en los últimos cincuenta años, se ha venido una verdadera avalancha de diferentes modos de ejercer el comercio; siendo tal, que la leyes y regulaciones concretas y específicas o casuísticas se han quedado atrás, frente al desbocado actuar e inventar ó acomodar permanentemente los comerciantes sobre el modo de ejercer su actividad, siempre en la búsqueda de prestar más y mejores servicios, los cuales puedan presentar

¹² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Legua Española, Decimonovena edición, Febrero de 1.982, Madrid España.

una forma de mayor lucro, de lograr una mayor y mejor especialización por actividades y de ser más dinámicas. Caracterizándose por la rapidez, transformación constante y producción masiva.

El empresario productor y el empresario distribuidor, realizan labores cada vez mas especializadas y sofisticadas, a fin de atraer el mayor número de consumidores, lo cual es su objetivo común; propiciando de ésta manera una integración económica; objetivo servicio, consecuencia, lucro mutuo, beneficiario el consumidor, que cada día tenga un mejor y más ágil servicio con altos estándares de calidad y frente a la competencia, con precios justos, así como oferta satisfactoria de productos dentro de un rango similar.

Se podría decir, sin lugar a equívoco, que la ventaja del concesionario es que va a colocar en el mercado productos conocidos, manejados dentro de su especialidad en éste caso, lo cual disminuye el riesgo comercial y estimula la ganancia o utilidad.

Podríamos calificar en este evento, el contrato de concesión, como un acuerdo por medio del cual la parte concedente, propietaria de la planta ensambladora, otorga a la otra, llamada concesionario, su explotación comercial específica determinada. Viéndose obligada ésta última a realizar tal actividad por su propia cuenta y riesgo durante, un tiempo previamente pactado y convenido y bajo el control del concedente, en la tranquilidad para ambos que el concesionario conoce previamente su actividad, en la cual ha declarado su experiencia y está dispuesto a correr un riesgo dentro de los parámetros conocidos y previstos.

Los sujetos del contrato son:

El concedente, que es la sociedad propietaria en este caso de la licencia de ensamble de motos de la marca Jialing; y el concesionario, la sociedad que explota comercialmente por cuenta propia la comercialización de motos producidas por el concedente.

Características:

El Profesor Lisandro Peña Nossa, en su libro “De Los Contratos Mercantiles” (Ediciones Ecoe), ha determinado éstas así:

“Consensual. Siguiendo con el principio general del Código de Comercio, se perfecciona con el simple consentimiento de las partes.

Bilateral. Resulta de la esencia del mismo, toda vez que es necesaria la existencia de las partes para la celebración del contrato.

Conmutativo. En razón a que en el contrato se determinan para las partes obligaciones ciertas y apreciables en el acto mismo en que se perfeccionan.

De tracto sucesivo. La concesión participa de este carácter, desde que ambos contratantes se comprometen en el tiempo que dure el contrato a las obligaciones que han asumido las que se van repitiendo sucesivamente.

Es intuitu personae. La concesión debe ubicarse en esta categoría teniendo en mira la persona del concesionario y concedente. A este último le interesa para asegurar la explotación de su actividad que quien lo represente sea un profesional revestido de cualidades personales, propias, necesarias e inherentes a la actividad.

Oneroso. Por una parte la *Ventaja* que el concesionario le otorga a favor del concedente al asegurar la colocación del producto del mercado y el prestigio que ello le reporta.

Atípico. No está regulado por la ley, no existen formalidades, rigiendo en principio la libertad contractual sobre su forma, efectos y extinción”.

Con base en lo anterior, tenemos que el contrato que nos ocupa, es un contrato mercantil, celebrado por comerciantes en virtud de una actividad comercial (Arts. 10, 20, 21 y 22 Código de Comercio), al cual, le es aplicable la legislación comercial (Arts. 1, 2 y 822 ibídem), tal como lo enseña la jurisprudencia:

“De ordinario, el nominado contrato mercantil se regula por la legislación comercial y en presencia de vacíos, prima facie, por su analogía y después de ésta por las normas civiles.

Con todo, los “principios que gobiernan la formación de los actos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa’ (arts. 1, 2 y 822 Código de Comercio), es decir, por mandato expreso del legislador, en caso de vacíos o deficiencias, los preceptos civiles sobre estas materias aplican de preferencia frente a la analogía de sus normas, pues el genuino entendimiento de la salvedad, ‘no puede ser otro que el de que cuando sobre los mismos principios o materias atinentes a tales actos u obligaciones exista regulación diferente en uno y otro ordenamiento, el civil y el comercial, se impone la aplicación de este régimen, toda vez que ello

es igual a decir que existe norma expresa y especial de índole mercantil que regula la cuestión, caso en el cual no sería posible ni lógica ni jurídicamente acudir al derecho civil; igual da decir que se excluye la aplicación de los principios y normas de éste cuando la ley dispone expresamente esa exclusión, o cuando indica otras formas de integración o de aplicación de las normas a un caso dado” (Cas. Civ., sentencia 5791 de 30 de agosto de 2001).

Por consiguiente, cuando existe norma expresa a propósito de la invalidez del negocio jurídico comercial, naturalmente, prevalece sobre la disciplina consagrada en el Código Civil, y, por ello, las causas de nulidad, la legitimación y oportunidad son las previstas en el Código de Comercio y, sólo en caso de vacíos, antes que a la analogía de sus normas, se acude a la legislación civil”.¹³

En el caso sub examine, se repite, se trata de un contrato mercantil, que tiene como características esenciales el de ser bilateral, ello por la reciprocidad de las obligaciones que de él derivan; oneroso, por la utilidad o beneficio que reporta a los contratantes; conmutativo, en tanto que cada una de las partes se obligó a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; de tracto sucesivo, pues en su cláusula décima: término de duración: “este contrato estará vigente desde la fecha de su suscripción ,hasta el 29 de marzo de 2005 y se prorrogará por periodos sucesivos e iguales a un (1) año, por acuerdo expreso de las partes, mediante documento escrito debidamente firmado por las mismas”, reglado como se explicó, por el derecho comercial dada la condición de las partes y la naturaleza jurídica de la contratación, siendo el domicilio del contrato la ciudad de Santiago de Cali, por así haberse pactado en la cláusula décimo sexta.

4. DE LA CONTROVERSIA:

El artículo 147 del Decreto 1818 de 1998 dispone que en la primera audiencia de trámite el tribunal resolverá sobre su propia competencia. Para el evento en que llegare a decidir no ser competente, se extinguirán definitivamente los efectos del pacto arbitral.

El estudio de la competencia de los tribunales arbitrales es de cardinal importancia por su repercusión y la delimitación del objeto de las controversias entre las partes, máxime si la jurisdicción arbitral nace de la voluntad de las mismas que transitoriamente revisten a particulares de la facultad de administrar justicia, en condición de árbitros habilitados por ellas, con el fin de proferir fallo en derecho o

¹³ Corte Suprema de Justicia, sentencia de julio 1 de 2008. M.p. William Namén Vargas

en equidad, en los términos determinados por la ley (Artículo 116 de la Constitución Política).

En el terreno de la jurisdicción, la competencia es presupuesto procesal para la formación válida de la relación jurídico-procesal, por lo que la competencia, la capacidad para ser parte, la capacidad procesal, la demanda en forma y el trámite adecuado constituyen condiciones para el regular nacimiento de la relación jurídico-procesal, de modo que sin ellos el juzgador no puede proferir un proveído de fondo de la pretensión y defensa sustanciales que hayan sido alegadas en el proceso, y estén además debidamente probadas, si la ley así lo exige, o las que de oficio considere el juez o el Tribunal de Arbitramento.

Para establecer la competencia los tribunales de arbitramento deben tener en cuenta los factores subjetivo y objetivo. En cuanto a lo subjetivo, se verifica la capacidad para transigir que tengan las partes, y su legítima o debida representación en el proceso. Vista la competencia en lo objetivo, se prevé que los asuntos controvertidos sean susceptibles de transacción (Artículo 2470 del Código Civil).

Teniendo presente estas observaciones, en la primera audiencia de trámite el tribunal examinó la cláusula compromisoria y su alcance, y encontró lo siguiente:

La existencia del pacto arbitral: La cláusula compromisoria consta por escrito y dada la forma en que se redactó implica un arbitraje institucional. Como quiera que las partes de la relación sustantiva que se debate optaron por la integración de un tribunal arbitral, se concluye jurídicamente que tanto la renuncia a invocar la jurisdicción ordinaria que está implícita en el contrato arbitral como la integración del tribunal por tres árbitros y la designación de los mismos se contrae a las disposiciones legales sobre la materia y a la propia voluntad de las partes que concurren al proceso.

Ahora bien es necesario detenerse en éste punto para establecer claramente que la cláusula compromisoria citada incluida en el contrato de concesión celebrado entre Motos Jialing S.A. y Macarena Motors S.A. solo es aplicable para las diferencias surgidas entre ellas, razón por la cual el señor Julio Enrique Hurtado Correa, a quien se le convocó no aparece rubricando el contrato, ni tampoco se adhirió a la cláusula compromisoria, por consiguiente éste tribunal en el auto No. 12 emitido el 30 de octubre de 2009, declaró que carece de competencia para conocer, tramitar y decidir en derecho las controversias planteadas en la demanda

en contra del señor Julio Enrique Hurtado Correa. En consecuencia se le desvinculó de éste proceso arbitral como parte convocada.

Adicionalmente al señor Julio Enrique Hurtado Correa se le integró al contradictorio a través de la notificación por aviso siguiendo las directrices previstas en los artículos 315 y 320 del Código de Procedimiento Civil, es decir, se le garantizó el debido proceso, se le respetó el derecho de defensa, se mantuvo la igualdad de las partes, pero la contestación a los hechos de la demanda y las excepciones de mérito fueron presentadas en forma extemporáneas.

La capacidad de las partes en el proceso: En cuanto a los sujetos que intervienen en la cláusula compromisoria la ley dispone que deben ser capaces de transigir (Artículo 2470 del Código Civil), de modo que el pacto arbitral solo puede celebrarse entre sujetos dotados de plena capacidad dispositiva (Artículo 1502 y 1504 del Código Civil y 2,4 y 822 del Código de Comercio).

En la primera audiencia de trámite éste tribunal declaró que tiene plena competencia para conocer, tramitar y decidir en derecho las controversias suscitadas entre la sociedad Motos Jialing S.A. y Macarena Motos Ltda. En Liquidación, personas jurídicas de derecho privado, dotadas de personalidad jurídica con arreglo a las normas constitucionales y legales, habilitadas legalmente para el cumplimiento de su objeto o finalidad negocial, de lo cual se deduce que no solo existe y están organizadas jurídicamente, sino que también gozan de plena capacidad jurídica de ejercicio y como consecuencia válidamente pueden ejercer acciones sustantivas, en su propio nombre, a través de sus legítimos representantes y mediante el procedimiento arbitral previsto en la ley.

El sujeto que interviene como parte convocante es una persona jurídica colectiva, de derecho privado, de carácter mercantil que obra dentro de su objeto social, goza de capacidad plena para ser parte actora en el proceso, y para comparecer como tal al mismo, con facultad de disposición sobre sus derechos (Artículo 1502 y 1503 del Código Civil, 882 del Código de Comercio y 44 del Código de Procedimiento Civil), dentro de las previsiones de los artículos 15 y 16 del Código Civil. La parte convocante adicionalmente está debidamente representada en el proceso por abogado titulado en razón a la cuantía de las pretensiones de la demanda (Artículo 123 del Decreto 1818 de 1998). La parte convocada a su turno, es una persona jurídica colectiva, de derecho privado, que obra dentro de su objeto social, y está dotada de capacidad plena para ser parte y comparecer como tal al mismo (Artículo 1502 y 1503 del Código Civil, 822 del Código de

Comercio y 44 del Código de Procedimiento Civil) dentro de la preceptiva de los artículos 15 y 16 del Código Civil, además está representada por abogado titulado en ejercicio al tenor del artículo 123 del Decreto 1818 de 1998.

La controversia y su naturaleza: El día veintinueve (29) de marzo de 2004 la sociedad Motos Jialing S.A., en calidad de concedente, celebró con la sociedad Macarena Motos Ltda. en Liquidación, en calidad de concesionario, un contrato de concesión, cuyo objeto es regular las condiciones bajo las cuales el concesionario se comprometió para con el concedente a prestar al público que adquiera o haya adquirido productos de la marca Jialing servicios y atención, como contraprestación por el hecho de que Motos Jialing S.A. le venda motos y repuestos de la marca Jialing para que el concesionario, por su cuenta y riesgo, lo venda al público en general, quien es el consumidor final del producto.

En la cláusula DÉCIMO TERCERA del citado contrato de concesión pactaron las partes que: “Toda diferencia o controversia relacionada con este contrato así como a su ejecución o liquidación se resolverá en primer término por las partes, sino fuere posible lograr un acuerdo entre ellas la diferencia o controversia se decidirá por medio de un Tribunal de Arbitramento...”

Para la convocatoria a éste Tribunal de Arbitramento la parte convocante presentó tres demandas y con la última, radicada el 31 de julio de 2009, **sustituyó** las dos anteriores, por consiguiente es sobre la cual gira ésta controversia que es materia del debate que nos ocupa y hoy se dirime mediante éste laudo.

Pretende la parte actora que éste tribunal declare terminado el contrato de concesión por virtud al incumplimiento de la sociedad concesionaria, que se declare que la misma intermediaria es civilmente responsable por los daños y los perjuicios causados y como consecuencia se le condene al pago de los mismos, los que comprende el daño emergente y lucro cesante que provienen por el hecho de no haber cumplido las obligaciones adquiridas en la ejecución del contrato.

Significa lo anterior que las pretensiones de la demanda consultan la cláusula compromisoria, pues fue la voluntad de las partes sustraer de la justicia ordinaria el conocimiento de sus diferencias y en su lugar se la asignaron a la justicia arbitral, en razón a que expresamente pactaron que todas las diferencias ó controversias relacionadas con el contrato de concesión, así como su ejecución ó liquidación se resolvieran por medio de un tribunal de arbitramento.

La declaratoria de la terminación del contrato que vincula a las partes en contienda, la condena al pago de los daños y perjuicios a consecuencia del incumplimiento de las obligaciones adquiridas, hacen parte de las diferencias, controversias, ejecución ó liquidación del convenio, es decir, hacen parte de la cláusula compromisoria.

Como prueba del incumplimiento de las obligaciones adquiridas en la ejecución del contrato, la sociedad concedente acompañó a su demanda once (11) órdenes de pedido que le hiciera la sociedad concesionaria, once (11) remisiones de las mercaderías enviadas por la concedente y once (11) facturas cambiarias de compraventa correspondiente a los valores de las mercancías impagadas según la manifestación de la sociedad Motos Jialing S.A.

Si bien es cierto que las once (11) facturas cambiarias de compraventa presentadas como uno de tantos medios probatorios documentales, pueden ser o no títulos valores y por consiguiente podrían prestar mérito ejecutivo para una eventual demanda de ejecución, no significa que nos encontremos frente a un proceso coercitivo, porque las pretensiones de la última demanda que sustituyó las anteriores, no están encaminadas al recaudo de unas sumas de dinero, van dirigidas a obtener la declaratoria de terminación de un contrato, la declaratoria de responsabilidad de la causación de unos daños y perjuicios y como consecuencia a la condena al pago de los mismos.

Así las cosas no quedan dudas que nos encontramos frente a un proceso declarativo y de condena, ó lo que es lo mismo, ante un proceso mixto de conocimiento. Y como se trata de un proceso de conocimiento no le compete a ésta instancia detenerse en el análisis si las facturas cambiarias de compraventa aportadas dentro del haz probatorio son o no necesarias para legitimar el ejercicio del derecho literal y autónomo que en ellas aparentemente se incorporan, si son o no de contenido crediticio, corporativos o de participación, de tradición o representativos de mercancías, es decir, no es el escenario para calificar si son o no títulos valores, si prestan o no mérito ejecutivo.

Además, es deber de éste tribunal velar por el principio de congruencia que prevé el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, norma procesal de derecho público y orden público y por consiguiente de obligatorio cumplimiento; y el laudo que habrá de emitir deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y con las excepciones que resulten probadas; no podrá condenar al convocado por causas diferentes a las invocadas

en aquella, es decir, deberá evitar que el laudo contenga decisiones “ultra petita” ó “extra petita”.

Por todo lo anterior forzosamente se llega a la conclusión que la cláusula compromisoria comprende y satisface los requisitos legales, por cuanto las partes han demostrado jurídicamente ser capaces de transigir, la cuestión litigiosa es transigible (Artículo 115 del Decreto 1818 de 1998), la materia controvertida no está legalmente sujeta a un procedimiento o trámite incompatible con el fijado para el arbitraje, y el pacto arbitral consta por escrito.

Ahora en lo referente al alcance de la cláusula compromisoria al no tener restricciones o limitaciones debe entenderse con carácter universal, por lo cual es susceptible de debatirse por el procedimiento arbitral todos los conflictos entre las partes originados en la relación contractual debatida. Las pretensiones de la demanda son, por consiguiente, a juicio del tribunal susceptibles de transacción (Artículo 2470 del Código Civil) y además descansan en un contrato de concesión de motos y repuestos celebrado inequívocamente por las partes aquí intervinientes.

La transigibilidad de la materia: El asunto es esencialmente transigible porque el conflicto patrimonial mira exclusivamente al interés particular de quienes obran como partes en el proceso, de modo que ellas pueden disponer libremente de sus respectivos y presuntos derechos, y hacerse mutuas y recíprocas concesiones, sin que lo impida ninguna disposición legal especial ni resulte afectado por ello el orden o el interés público, de lo que se deduce que ambas partes gozan de capacidad dispositivas y el conflicto tiene carácter transigible.

La representación procesal de las partes: La parte actora confió la gestión profesional a su procuradora en los términos del artículo 2142, 2144 y 2158 del Código Civil y además le otorgó un poder especial que se ajusta a las formalidades y exigencias previstas en el artículo 65 del Código de Procedimiento Civil, pues el asunto controvertido se determinó claramente de modo que no hay posibilidad de confundirse con otros, se hizo a través de memorial dirigido al Centro de Conciliación y Arbitraje y se presentó como se dispone para la demanda, es decir, mediante comparecencia personal.

En el poder especial otorgado por la convocante a su procuradora judicial se le facultó para que convocara a la sociedad concesionaria a un tribunal de arbitramento encaminado a obtener la terminación del contrato de concesión y

como consecuencia al pago de las obligaciones adeudadas, así lo hizo y además solicitó en la demanda que se declare que la sociedad Macarena Motos Ltda. es civilmente responsable de los daños y perjuicios causados a consecuencia del incumplimiento del contrato de concesión. Lo hizo con la facultad que se le confirió en el último aparte del segundo párrafo del poder especial, cuando la mandante expresó que no se puede argumentar que su apoderada carece de poder suficiente.

Autorización que consulta con los postulados del artículo 70 del Código de Procedimiento Civil que dice que el apoderado podrá formular todas las pretensiones que estime conveniente para beneficio del poderdante, pero que no podrá realizar actos que impliquen disposición del derecho en litigio ni los reservados exclusivamente por la ley a la parte misma.

Es por eso que a nuestro entender, la gestora está facultada para pretender la declaratoria de terminación del contrato y la indemnización a su mandante de los perjuicios causados por la convocada.

En conclusión, las partes han concurrido al proceso basadas en los poderes especiales conferidos por sus respectivos mandantes, los que por demás contienen suficientes facultades de representación.

Examinados los aspectos de hecho y legales que anteceden, éste Tribunal de Arbitramento una vez más concluye que tiene plena competencia para proferir el laudo sobre las diferencias planteadas en la demanda que sustituyó las inicialmente presentadas.

La legitimación en la causa: Decantado se presenta hoy este concepto, y se sabe que no se trata de un presupuesto procesal, sino de un presupuesto material de la pretensión, que no admite despacho preliminar sino que su verificación está reservada para el fallo.

En sentencia de febrero 4 de 1991 y reiterada en providencia de julio 26 del mismo año, entre otras, la Corte Suprema de Justicia puntualizó lo siguiente:

“No es un presupuesto del proceso sino cuestión atinente a la titularidad del derecho de acción o contradicción. En otros términos, se dice que sólo está legitimado en la causa como demandante la persona que tiene el derecho que reclama, y como demandado, quien es llamado a responder, por ser, según la ley, el titular de la obligación correlativa. No alude el fenómeno a la formación del proceso, sino a los objetos de la relación

jurídico-material que en él se controvierte; como no atañe a la forma, sino al fondo, no admite despacho preliminar sino que debe ser estudiada y resuelta en la sentencia. Dada su naturaleza la ilegitimación en la causa, ya sea por su aspecto pasivo o activo, o por ambos a la vez, no puede conducir a un fallo inhibitorio sino a una sentencia desestimatoria de las pretensiones del demandante, con efectos de cosa juzgada material y no meramente formal, desde luego que en ella se resuelve la improcedencia de la acción instaurada ante la ausencia de los verdaderos sujetos que complementan su configuración”.

Este aspecto sustancial de la relación jurídico material en este evento no acusa ninguna deficiencia como quiera que al proceso han concurrido todas las personas que intervinieron en la celebración del contrato de concesión invocado como fuente del conflicto que se debate, vale decir que la controversia se ha trabado en este caso entre la concedente y la concesionaria.

VI. PRUEBAS SOLICITADAS Y DECRETADAS

En providencias emitidas el 30 de octubre de 2009 éste Tribunal tuvo como pruebas documentales las aportadas con la demanda y con la contestación a la misma, los interrogatorios a las partes y la recepción de los testimonios solicitados por la convocante.

El 25 de noviembre de 2009 se declaró la ilegalidad de la providencia por medio de la cual se decretó la recepción de los testimonios y el interrogatorio a instancia de la actora. En la misma providencia de oficio y utilizando los poderes que brinda el artículo 180 del Código de Procedimiento Civil, se ordenó el interrogatorio de parte al representante legal de la convocada, la recepción de testimonios de terceros y la práctica de un dictamen pericial tanto a la contabilidad de la concedente como a la de la concesionaria, medios probatorios que se recaudaron de la siguiente manera:

- El 25 de noviembre de 2009 se recepcionó el interrogatorio de parte al señor Eugenio Trujillo Villegas en condición de representante legal de la sociedad Macarena Motos Ltda. En Liquidación por tener el carácter de liquidador, prueba decretada de oficio.
- El mismo 25 de noviembre de 2009 se tomó la declaración del señor Julio Enrique Hurtado Correa y el 12 de febrero de 2010 se le recibió el

testimonio al señor Jorge Andrés Rosas Bazante, pruebas testimoniales ordenadas de oficio.

- Del dictamen pericial practicado a la contabilidad de la sociedad Macarena Motos Ltda. En Liquidación se confirió el traslado a las partes el día 12 de febrero de 2010 y el practicado a la contabilidad de la sociedad Motos Jialing S.A. se dio a conocer a las partes el 26 de febrero de 2010, quienes guardaron absoluto silencio frente a las experticias rendidas.
- El señor apoderado especial de la convocada renunció a la práctica del interrogatorio de parte solicitado a la concedente.

VII. LAS ALEGACIONES DE LAS PARTES.

En la audiencia celebrada el 11 de marzo de 2010 la convocante por conducto de su apoderada especial presentó sus alegaciones por escrito en memorial de un (1) folio que se glosó a los autos. Lo propio hizo la convocada por intermedio de su mandatario en memorial de seis (6) folios escritos, texto que se anexó al expediente.

En el resumen de las alegaciones la gestora judicial de la parte actora se ratificó en las pretensiones formuladas en la última demanda que sustituyó las anteriores, dijo que la experticia las corrobora y de paso solicitó que se declaren no probados los medios exceptivos formulados por su contraparte.

A su turno el señor apoderado especial de la concesionaria expone en sus alegaciones que por el hecho de haberse acompañado a la demanda introductoria de éste proceso once (11) facturas cambiarias de compraventa nos encontramos frente a un proceso ejecutivo, cuya jurisdicción se le ha asignado exclusivamente a la justicia ordinaria y que por consiguiente sigue diciendo éste tribunal carece de competencia para dirimir ésta controversia.

También argumento que en la cláusula compromisoria pactada no se incluyó la posibilidad de obtener por la vía del proceso arbitral la indemnización por los daños y perjuicios que una de las partes llegare a causar a la otra.

Adicionalmente dijo que la convocante carece del derecho de postulación porque no facultó a su apoderada especial para que solicitara a su nombre la indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

Finalmente confesó que su representada Macarena Motos Ltda. En Liquidación incumplió el contrato de concesión porque “... **se sustrajo al pago cumplido de las obligaciones, lo que efectivamente debe producir la terminación del contrato.**”

Por tanto, no podrá desconocer el Tribunal, el alcance probatorio de los siguientes documentos presentados por las partes así:

1. Documentos presentados por la parte convocante:

- El contrato de concesión celebrado el 29 de marzo de 2004 por medio del cual la sociedad Macarena Motos Ltda. en condición de concesionario se comprometió para con el concedente a vender al público en general y prestar a los compradores que hayan adquirido productos de la marca Jialing servicios y atención, como contraprestación por el hecho de que Motos Jialing S.A. le venda motos y repuestos de la marca Jialing.
- Once (11) órdenes de pedido que le hiciera la sociedad concesionaria, once (11) remisiones de las mercaderías enviadas por la concedente y once (11) facturas cambiarias de compraventa correspondiente a los valores de las mercancías impagadas según la manifestación de la sociedad Motos Jialing S.A.
- Comunicación dirigida a la concesionaria por medio de la cual anunció la terminación del contrato de concesión. (No fue rubricada por la representante legal de la concedente conforme a los lineamientos del contrato de concesión).

2. Documentos presentados por la parte convocada:

- Copia de facturas cambiarias libradas por la concedente.

3. ANÁLISIS DEL INTERROGATORIO DE PARTE ABSUELTO POR LA PARTE CONVOCADA.

El señor Eugenio Trujillo Villegas en condición de liquidador y por consiguiente de representante legal de la sociedad Macarena Motos Ltda. en Liquidación al absolver el interrogatorio de parte en la audiencia que tuvo lugar el 25 de noviembre de 2009, confesó lo siguiente:

Al absolver las preguntas segunda, cuarta y sexta confesó que existen obligaciones pendientes de pagar a favor de Motos Jialing S.A., pero que no sabe exactamente a cuánto ascienden debido al desorden contable y administrativo de la empresa, que están en proceso de reconstruir la contabilidad y que es la acreedora quien tiene la información más exacta, que no sabe si se le informó a la concedente sobre la decisión tomada de disolver la sociedad y dejarla en estado de liquidación.

4. ANALISIS DE LOS TESTIMONIOS RENDIDOS.

4.1. El señor Julio Enrique Hurtado Correa dijo que la sociedad Macarena Motos Ltda. en Liquidación de la cual es socio es deudora de Motos Jialing S.A. de sumas de dinero que ascienden aproximadamente a \$50.000.000.00 y \$60.000.000.00, pero que no sabe del valor exacto.

Con respecto a la pregunta hecha por el Tribunal sobre si tenía conocimiento si se le notificó o no a Motos Jialing S.A. de la decisión de disolver la empresa y dejarla en estado de liquidación, nada dijo, es decir, ni lo negó, ni lo afirmó.

4.2. Por su parte el señor Jorge Andrés Rosas Bazante informó que fue funcionario de Motos Jialing S.A. desde el mes de marzo de 2003 hasta el mes de noviembre de 2009 en el área comercial básicamente en la apertura de nuevos distribuidores, el manejo de los existentes y en general en todo el proceso de ventas de motocicletas encaminado a formular estrategias comerciales y mejorar el posicionamiento de la marca.

Que por su actividad laboral conoció que Macarena Motos Ltda. tenía una cartera a favor de Motos Jialing S.A. por valor de \$180.000.000.00, la cual fue reducida a \$160.000.000.00 en ocasión al abono por valor de \$20.000.000.00 que hiciera “don Julio”, refiriéndose al señor Julio Enrique Hurtado Correa, socio de la concesionaria.

5. DE LA PRUEBA PERICIAL.

El experto en contabilidad designado de oficio por éste Tribunal informó que al revisar la contabilidad de Macarena Motos Ltda. en Liquidación, ésta no poseía libros de comercio y por consiguiente es de concluirse que no están llevados en legal forma, resultándole imposible establecer cuáles de los valores desembolsados fueron aplicados como pago a las facturas objeto de la revisión y que por ese motivo no le fue factible conceptuar sobre los valores adeudados.

Al examinar la contabilidad de la sociedad Motos Jialing S.A. el mismo versado dictaminó que la sociedad Macarena Motos Ltda. en Liquidación adeuda a la sociedad Motos Jialing S.A. la cantidad de \$158.623.579.00, correspondiente a la mercadería pedida por la primera y suministrada por la segunda.

Las experticias fueron puestas en conocimiento a las partes durante las audiencias llevadas a cabo los días 12 de febrero de 2010 y 26 de febrero de 2010, quienes guardaron absoluto silencio frente a las mismas, es decir, las aceptaron y se acogieron a ellas.

En ocasión a que el auxiliar de la justicia informó que los libros de comercio de la concesionaria no están llevados en legal forma, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 271 del Código de Procedimiento Civil, la sociedad Macarena Motos Ltda. en Liquidación deberá acogerse a los libros de comercio de su contraparte, es decir, a los de su concedente.

VIII. LAS EXCEPCIONES DE MÉRITO PLANTEADAS

Éste tribunal al analizar las tres excepciones de mérito planteadas por el apoderado especial de la sociedad Macarena Motos Ltda. en Liquidación, las que denominó como “Inexistencia de título ejecutivo, Carencia de Fundamentos Legales y Lealtad Procesal e Improcedencia de las Pretensiones que se Demandan”, encontró un elemento común en que se fundamentan, es por lo que se analizarán en forma conjunta; dicho elemento, es la existencia de facturas cambiarias de compraventa.

Aquel mandatario, pretendió invocar la no procedencia de la acción cambiaria como si se tratara de un proceso ejecutivo.

Éste tribunal avocó el estudio de las pretensiones de la demanda, cuando concluyó que se trataba de un proceso de conocimiento y no de un proceso de ejecución, dado que la fuente de las obligaciones es el incumplimiento de un contrato y no del cobro de unos títulos valores.

Basados en lo anterior se declararán no probados los medios exceptivos.

IX. RESOLUCIÓN DE PRETENSIONES

Analizado como fue el contrato de concesión de MOTOS JIALING S.A., con MACARENA MOTOS LTDA., es evidente encontrar que la Sra. ANA LUCIA JARAMILLO SOTO era mujer capaz de comprometer a MOTOS JIALING S.A., de la misma forma como lo era el Señor JUAN CARLOS ARIZA GOMEZ, en su condición de Representante Legal de la sociedad comercial, denominada MACARENA MOTOS LTDA; la primera en calidad de concedente y la segunda en calidad de concesionario.

El texto del contrato determina el objeto y las condiciones sobre las cuales se va a desarrollar aquél, entre otras está la de prestar al público que adquiera o haya adquirido productos de la marca Jialing, servicios y atención.

Como contraprestación, acepta MOTOS JIALING S.A., que el Concesionario MACARENA MOTOS LTDA., venda motos y repuestos de su marca, aclarando que esa gestión se hará por su cuenta y riesgo, venta que deberá ser al público y haciendo la claridad que el público es únicamente el consumidor final del producto, para su uso personal o corporativo, adicionando que el concesionario no podrá actuar como agente comercial, representante mandatario ó apoderado de MOTOS JIALING S.A., y resaltando que la única finalidad del contrato es la de regular las condiciones comerciales entre las partes contratantes, que en ningún caso existe la mutua intención de darle a dicho contrato una finalidad distinta al objeto que allí se indica. De la misma forma, el ya citado contrato determina cómo serán los plazos que se otorgarán para los pedidos, entrega y forma de pago de las mercancías, consistentes en motos y repuestos; estipulando de la misma manera que se aceptará como prueba de negociación las facturas que se expidan por las mercancías; facturas éstas, que deberán ser firmadas por el Representante Legal del concesionario en este caso Macarena Motos Ltda., o por la persona en quién delegue esta función, advirtiendo que los nombres e identificación de los delegados se deberán informar por escrito en el proceso de novedades que se

surta entre concedente y concesionario; previendo el contrato mismo que el concedente podrá exigir al concesionario garantías adicionales consistentes en títulos valor firmados con espacios en blanco con la correspondiente Carta de Instrucciones, para llenarlos en un momento determinado. En cuanto a los precios que deberá aplicar el concesionario a las mercancías que venda, aún cuando están regulados por MOTOS JIALING S.A., en calidad de concedente, el concesionario podrá adecuar los precios a lo que sean sus costos y las condiciones del mercado. Continúa el contrato regulando lo que serán las entregas de las motos, el manejo de la marca, propiedad industrial y la publicidad. Dentro de estos parámetros continúa haciendo un análisis de las relaciones contractuales, pero se detiene en el análisis sobre la importancia que tienen los socios de la sociedad concesionaria para la vigencia o permanencia del contrato mismo, siendo así que la Clausula “Octava” obliga al concesionario a notificar las reformas estatutarias que hagan relación con el objeto social, a la estructura de capital, el régimen de aportes y a las responsabilidades de los socios, las facultades del Representante Legal de la sociedad y aquellas que tengan relación con dichos temas; es decir, es relevante la importancia que el concesionario le otorga a las calidades de las personas que hacen parte o que conforman la sociedad concesionaria y determinan, y así lo aceptan los concesionarios, que cualquier modificación que se haga al respecto, debe ser informada por ellos. Igualmente, continúa el contrato regulando las obligaciones de las partes, taxativamente enumera las del concesionario y a su vez le fija el termino de duración al contrato que en principio es de un año fijando como plazo máximo o fecha limite el día 29 de Marzo del año 2005, esboza las causales de terminación del contrato donde en el literal “b” de la cláusula Decimoprimera determina en forma inequívoca que una de las causales de terminación del contrato será por embargo de los bienes de la otra parte o acciones judiciales que afecten la estabilidad económica de cualquiera de ellas; de la misma forma la cláusula Decimosegunda enfatiza los efectos de la terminación del contrato manifestando en el literal “a” de la cláusula antes citada, que será obligación del concesionario el pagar de manera inmediata las facturas pendientes que se considerarán de plazo vencido por el solo hecho de la terminación del contrato y, continua diciendo más adelante que el concesionario se obliga a pagar en forma inmediata y en su totalidad al concedente, en este caso Motos Jialing S.A., cualquier tipo de pasivos pendientes, los cuales se entenderán exigibles a la fecha de terminación del contrato mismo, y a su vez, como ya se ha indicado en el texto del presente Laudo, se enmarca la solución de diferencias mediante Cláusula Compromisoria y se indica las direcciones y domicilios para las notificaciones.

Finalmente, se cumple con una de las características primordiales del contrato de concesión, como es la de que el contrato se hace en relación a la persona; es decir "*intuitio persone*" y se manifiesta que no podrá ser cedido ni transferido a ningún título; y para finalizar determina que las notificaciones que una parte debe efectuar a la otra sobre la terminación del contrato o violaciones de las obligaciones en él contenidas, se harán en forma escrita y por correo certificado.

Hecho el análisis somero de las características y obligaciones que rigieron el contrato de concesión suscrito entre las partes en el año 2004, exactamente el día 29 de Marzo del año 2004, se pudo establecer que el concedente en consideración a la estructura societaria que tenía el concesionario, y las personas naturales que conformaban la sociedad de responsabilidad limitada, accedió a la suscripción del contrato de concesión que dio origen a la negociación que hoy nos ocupa, y de ésta forma se pudo probar mediante los diferentes testimonios e interrogatorios rendidos tanto por las partes como por los testigos que fueron convocados al Tribunal, algunos a solicitud de la convocante y otros de manera oficiosa, que el concesionario incumplió de manera grave con las obligaciones derivadas del contrato; Veamos:

1. El concesionario modificó la estructura de participación en las cuotas o partes sociales de los socios de la compañía, sin la previa autorización del concedente; que como ya se explicó anteriormente, habían sido no sólo uno de los requisitos del contrato de concesión mismo, sino de las razones por las cuales se otorgó la concesión.
2. El concesionario Macarena Motos Ltda., dejó de pagar las obligaciones dinerarias, violando los plazos pactados para cumplir con el pago de las mercancías que le fueron enviadas.
3. El concesionario resultó embargado por impuestos nacionales, tal como consta en el certificado expedido por la Cámara de Comercio de Medellín, vigente en el expediente.
4. El concesionario perdió, como consta en la certificación otorgada por la Inspección de Policía de Medellín, los Libros de Comercio donde estaba contenida su contabilidad, incumpliendo así con el mandamiento legal y con el literal "d" de la Cláusula Novena del Contrato de Concesión que venimos analizando. Por lo anterior, no existía ningún medio ni probatorio ni de revisión sobre la contabilidad del concesionario.
5. El concesionario disolvió la sociedad Macarena Motos Ltda., entrando en estado de liquidación, sin haber notificado ni oportuna ni correctamente al concedente.

Con base en las consideraciones anteriores, se declarará la terminación del contrato, no obstante que esta no necesariamente tenía que haber llegado a esta instancia, para la declaración mediante Laudo Arbitral, puesto que el contrato en su texto determina claramente en el numeral segundo de la cláusula decimoprimera que con la notificación expresa del Representante Legal y ante circunstancias sustentables se podría determinar ésta.

De todas maneras, el apoderado de la parte convocada en el texto de los alegatos de conclusión manifiesta expresamente considerar. *“que la terminación del contrato de concesión celebrado entre las partes convocante y convocada, debe prosperar por el incumplimiento de esas obligaciones nacidas de ese contrato por ambas partes”*, al igual que lo había hecho en la contestación de la demanda donde efectuaba la misma expresión.

De esta forma quedará declarada la terminación del Contrato de Concesión suscrito entre la Sociedad Macarena Motos Ltda. en Liquidación y Motos Jialing S.A., por incumplimiento del contrato de parte del concesionario conocido dentro del texto de este proceso arbitral como la parte convocada.

La segunda de las pretensiones demandadas, es que se declare civil y solidariamente responsable de los daños y perjuicios causados al convocante, como consecuencia del incumplimiento del contrato de concesión y, a su vez solicita que se condene a la convocada, a indemnizar por daño emergente y lucro cesante por las obligaciones consecuentes del suministro de mercancías dejadas de pagar.

Es importante hacer claridad en lo relativo al daño emergente, al considerarlo a la luz de nuestra legislación civil, como el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento.

A ese respecto, el Tribunal ha considerado pertinente efectuar el siguiente análisis:

1. Encuentra el Tribunal viable y factible la determinación de lo que podría considerarse como daño emergente; por el incumplimiento de parte del concesionario y para ello, en tanto que no fue solicitado por la parte convocante, de manera oficiosa el Tribunal decretó una experticia tanto en la contabilidad del convocante como del concesionario, a fin de determinar

las cuantías que estuvieran registradas en ambas partes, para poder indicar los valores que clara y soportadamente se pudieran tener como daño emergente es decir, las obligaciones dejadas de pagar por el concesionario al concedente. Siendo así que el perito nombrado encontró en la contabilidad del concedente:

- a) “Confrontada la información contenida en la demanda presentada y sus respectivos documentos de soporte con información suministrada por la sociedad Motos Jialing S.A., se puede establecer que la sociedad Macarena Motos Ltda. en Liquidación, a la fecha le adeuda a la sociedad Motos Jialing S.A., la suma de dinero establecida en la convocatoria por concepto de motos facturadas”.
 - b) “...en ello se genera un saldo de \$159.116.133.00 a favor de la sociedad Motos Jialing S.A.”
 - c) “finalmente, con base en lo ordenado en la complementación de la prueba decretada, se puede concluir que dadas las condiciones de manejo de la información contable y de identificación de registros contables, el saldo de las facturas presentadas objeto de esta revisión es de \$158.623.579” **aclarando el Tribunal que ésta será la suma que se habrá de reconocer y declarar como daño emergente.**
2. Como valor de la obligación pendiente de pago por sólo capital y como ya se expresó anteriormente, no hubo de encontrarse contabilidad ni actual ni pasada por parte del concesionario, tal como lo reconoció el Liquidador señor Eugenio Trujillo Villegas, en el Interrogatorio de Parte rendido el día 25 de Noviembre del año 2009.

Con base en lo expresado en el Artículo 271 del Código de Procedimiento Civil y el Artículo 59 del Código de Comercio, se habrá de dar como cierta la información contable que pueda probar la parte que juiciosamente lleva sus libros de contabilidad, como fue en este caso el concedente Motos Jialing S.A.

Dada la trascendental importancia que tiene para ser declarado **el daño emergente**, es importante transcribir el Artículo 271 del Código de Procedimiento Civil antes citado modificado por el Decreto Extraordinario 2282 de 1989 Art. 1 numeral 121 y que a la letra dice: **“Libros de Comercio”**. *Sin perjuicio de lo dispuesto en el Art. 59 del Código del Comercio, los Libros de Comercio hacen fe en los procesos entre comerciantes, siempre que estén llevados en legal forma. En los demás casos, solamente harán fe contra el comerciante que los lleva.*

Si en los procesos entre comerciantes los libros de una de las partes no están llevados en legal forma, se estará a los de la contraparte siempre que cumplan los requisitos legales, salvo prueba en contrario. En los demás casos, si los libros de ambas partes estuviesen en desacuerdo, el Juez decidirá según el mérito que suministren las otras pruebas.

Al comerciante no se le admitirá prueba que tienda a desvirtuar lo que resultare de sus libros”.

Analizado el peritaje, la manifestación del apoderado de la convocada sobre la deuda consignada en las facturas, las facturas aportadas al proceso, las pruebas testimoniales y el interrogatorio de parte, se llega a la conclusión, de la existencia de prueba en conjunto, a la luz del Artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, que nos permitirá cuantificar la solicitud hecha por la parte convocante.

Por lo anterior, habrá de accederse a la pretensión relativa a la determinación y cuantificación del **daño emergente**.

Al igual que se hizo con relación al daño emergente, resulta imperioso indicar nuevamente, y a la luz de la legislación civil Colombiana, que el lucro cesante es la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado el cumplimiento.

En relación con los perjuicios por concepto del **lucro cesante**, solicitado por la convocante, este no fue susceptible de ser determinado ni considerado de conformidad con lo que manifiesta el Art. 307 del Código de Procedimiento Civil, en tanto que la parte convocante si bien lo solicitó, no lo demostró y, de la misma forma tampoco emergió cuantía alguna a este respecto sobre la experticia que de manera oficiosa como ya se dijo, decretó el Tribunal. Con base en lo anterior, no fueron susceptibles de ser tasada ni considerada suma alguna que pudiera indicarse como intereses; por faltar prueba a este respecto.

Con base en lo anteriormente expresado, este Tribunal se abstendrá de declarar la existencia de lucro cesante por las obligaciones que surgieron como daño emergente.

X. LIQUIDACIÓN DE COSTAS

Se condenará en costas a la parte vencida en este proceso, en este caso a la parte convocada, las cuales se fijan de la siguiente manera:

Honorarios y gastos pagados por la parte convocante Motos Jialing S.A.:

Gastos de administración, incluido el IVA (Cámara de Comercio)	\$ 1.305.000
Gastos de funcionamiento del Tribunal	\$ 3.000.000
Honorarios árbitros \$2.250.000 c/u x 3	\$ 6.750.000
IVA honorarios árbitros: \$360.000 c/u x 3	\$ 1.080.000
Honorarios Secretaria	\$ 1.125.000
Honorarios perito	\$ 1.500.000
Gastos perito	\$ 300.000
Agencias en derecho:	<u>\$ 2.500.000</u>
TOTAL COSTAS	\$17.560.000

XI. DECISIÓN.

En mérito de las facultades otorgada por el Artículo 116 de la Constitución Política Colombiana, el presente Tribunal de Arbitramento, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO. Declarar no probadas las excepciones de mérito o de fondo propuestas por el apoderado especial de la convocada la sociedad Macarena Motos Ltda. en Liquidación, por las razones expuestas en la partes motiva de éste laudo.

SEGUNDO. Declarar que Macarena Motos Ltda. en Liquidación, quien suscribió el contrato de concesión con Motos Jialing S.A. el 29 de marzo del año 2004, incumplió el contrato de concesión de prestación de servicio y atención al público que adquiriera o haya adquirido productos de la marca Jialing, en el cual como contraprestación Macarena Motos Ltda. en Liquidación en calidad de concesionario podría vender motos y repuestos de la indicada marca.

TERCERO. A consecuencia del incumplimiento, se declara terminado el contrato de concesión suscrito entre Motos Jialing S.A. en calidad de concedente y Macarena Motos Ltda. en Liquidación, en calidad de concesionario, por medio del cual se acordaba la prestación de servicios y atención al público que adquiriera o hubiera adquirido productos de la marca Jialing y el cual, tenía como contraprestación el que Macarena Motos Ltda. en Liquidación en calidad de concesionario pudiera vender motos y repuestos de la misma marca.

CUARTO. No acceder a la pretensión declarativa de lucro cesante, por las razones expuestas en la parte motiva de éste Laudo.

QUINTO. Declarar que la sociedad Macarena Motos Ltda. en Liquidación es civilmente responsable de los daños y perjuicios causados a la sociedad Motos Jialing S.A. a consecuencia del incumplimiento de las obligaciones adquiridas con la celebración del contrato de concesión, cuya terminación se declaró en éste mismo laudo.

SEXTO. Como consecuencia de las declaraciones anteriores, condenase a la convocada Macarena Motos Ltda. en Liquidación, a pagar a favor de la sociedad MOTOS JIALING S.A., la siguiente suma de dinero por concepto de daño emergente: La cantidad de ciento cincuenta y ocho millones seiscientos veintitrés mil quinientos setenta y nueve pesos M./Cte. (\$ 158.623.579), correspondiente a la suma que resultó como adeudada por la sociedad Macarena Motos Ltda. en Liquidación, a la sociedad Motos Jialing S.A., consecuencia de la experticia practicada por el perito a los libros contables de la convocante; obrando de manera oficiosa por encargo de éste Tribunal.

SÉPTIMO. Como consecuencia de las declaraciones anteriores, condenase a la convocada Macarena Motos Ltda. en Liquidación, a pagar a favor de la sociedad MOTOS JIALING S.A., la cantidad de diecisiete millones quinientos sesenta mil pesos (\$ 17.560.000) por concepto de costas del proceso, de conformidad con la liquidación efectuada en el capítulo X de este laudo.

OCTAVO. Todas las sumas de condena del presente Laudo, deberá pagarlas la parte convocada Macarena Motos Ltda. en Liquidación, a la sociedad convocante Motos Jialing S.A., en ésta ciudad de Cali, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la fecha de ejecutoria del presente Laudo.

NOVENO. Desglósesse las facturas cambiarias de compraventa acompañadas a la demanda y hágase entrega por secretaría a la sociedad Motos Jialing S.A., de lo cual se dejará constancia en el expediente.

DÉCIMO. Expídase copia del presente Laudo Arbitral, por secretaría, a fin que sea entregada en el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, al igual que copia auténtica del presente Laudo con destino a la convocante y a la convocada; Motos Jialing S.A. y Macarena Motos Ltda. en Liquidación.

DÉCIMO PRIMERO: Disponer que una vez esté en firme ésta providencia, se protocolice el expediente en una de las notarías de la ciudad de Cali y, si fuere el caso, se devuelvan las sumas de dinero sobrantes por concepto de gastos, una vez deducidos los que se hayan hecho dentro del proceso. De todas formas se previene a las partes sobre la obligación de cubrir lo que faltará, si las sumas recibidas resultaren insuficientes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LA PROVIDENCIA ANTERIOR QUEDA NOTIFICADA EN ESTRADOS.

DAVID SANDOVAL SANDOVAL
Presidente del Tribunal

ANTONIO JOSÉ MÁRQUEZ MATIZ
Árbitro

JOSÉ FERNANDO JARAMILLO GUTIÉRREZ
Árbitro

MARIA DEL PILAR RAMÍREZ ARIZABALETA
Secretaria del Tribunal