

**TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO**

**C.I. UNION DE BANANEROS DE URABA S.A.-UNIBAN**

**Contra**

**WLADYSLAO HAJDUK KURON**

**ACTA DE AUDIENCIA DE EMISION DE LAUDO ARBITRAL**

**Medellín, veinte de mayo de dos mil diez**

En la fecha, en la sede de funcionamiento, a las ocho de la mañana (8:00 a.m.), se reunió el Tribunal de Arbitramento con el objeto de pronunciar el laudo arbitral con el que culminarán las diligencias procesales que pondrán fin a las diferencias existentes entre las partes en litigio.


A la audiencia concurrió el señor apoderado de la convocante y el señor WLADYSLAO HADUK KURON.


El Secretario del Tribunal procedió a dar lectura al laudo, conforme lo dispusieron los Árbitros.

Acto seguido, se hizo entrega de copias auténticas del laudo a las partes, así:

- a) Al apoderado de C.I. UNION DE BANANEROS DE URABA S.A. (UNIBAN S.A.), primera copia con mérito ejecutivo.
- b) Al señor WLADYSLAO HAJDUK KURON, segunda copia, sin mérito ejecutivo.

Para constancia firman:

  
**JUAN LUIS MORENO Q.**  
Apoderado convocante

  
**WLADYSLAO HAJDUK KURON**  
Convocado

  
**ADRIANA ZARATA DE A.**  
Arbitro

  
**GABRIEL CORREA A.**  
Arbitro

  
**CARLOS ANIBAL RESTREPO S.**  
Arbitro Presidente

  
**ALVARO FRANCISCO GAVIRIA A.**  
Secretario

## TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

C.I. UNIÓN DE BANANEROS DE URABÁ S.A. –UNIBÁN-

Contra

WLADYSLAO HAJDUK KURON

### LAUDO ARBITRAL

Medellín, veinte de mayo de dos mil diez

Nosotros, CARLOS ANIBAL RESTREPO SALDARRIAGA, GABRIEL CORREA ARANGO y ADRIANA ZAPATA DE ARBELÁEZ, ciudadanos colombianos, abogados, en ejercicio de la investidura de Árbitros designados por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín, según consta en acta de nombramientos del 11 de agosto de 2009; una vez agotado el trámite establecido en el Decreto 1818 de 1998, hemos convenido en forma unánime el presente **LAUDO**, adoptado en **DERECHO**, con el cual se pone término al conflicto surgido entre las partes y al cual se refiere la presente providencia que recoge el mencionado acuerdo decisorio, todo en armonía con las atribuciones conferidas por la ley y, además, atendiendo al querer de las partes interesadas.

#### CAPÍTULO I

#### DEL PACTO ARBITRAL

El acto jurídico en virtud del cual los suscritos Árbitros obtuvieron la potestad jurisdiccional para conocer y resolver el litigio que ahora desatan, es la cláusula compromisoria consignada en el documento denominado "*CONTRATO PARA LA EXPORTACIÓN DE BANANO*", suscrito por la sociedad C.I. UNIÓN DE BANANEROS DE URABÁ S.A. –UNIBÁN- (en adelante simplemente UNIBÁN, o la CONVOCANTE o PROVOCANTE, o la DEMANDANTE, o la ACTORA), y el señor WLADYSLAO HAJDUK KURON (en lo sucesivo el señor HAJDUK, o el CONVOCADO O PROVOCADO, o el DEMANDADO), con fecha del 30 de diciembre de 1996, cuyo texto es el siguiente:

***"DECIMA OCTAVA: CLAUSULA COMPROMISORIA: Las diferencias que se presente (sic) entre las partes por razón del presente Contrato o de sus prórrogas e igualmente por la terminación del Contrato de Mandato Sin Representación para la Venta de Banano en el Exterior, serán obligatoriamente sometidas a la decisión de un Tribunal de Arbitramento que funcionará en Medellín, fallará en derecho y estará integrado por tres (3) ciudadanos colombianos, en ejercicio de sus derechos civiles y abogados inscritos, los cuales serán nombrados por la Cámara de Comercio de Medellín, a solicitud de cualesquiera de las partes".***

Todo el estudio concerniente al pacto arbitral, bajo la modalidad de cláusula compromisoria, por medio del cual se activaron las funciones de este Tribunal de arbitramento, quedó expuesto de manera amplia y suficiente en la primera audiencia de trámite, celebrada el 19 de enero de 2010, en el cual se analizó a espacio la defensa introducida al debate por el CONVOCADO, consistente en la "FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO POR LA RENUNCIA TACITA DE LAS PARTES A LA CLAUSULA COMPROMISORIA", resultando finalmente su argumentación sin asidero jurídico, lo cual no mereció reparo por vía de impugnación, excusa al Tribunal de volver a tratar en detalle dicho aspecto procesal. Sobre el punto basta hacer remisión a lo expresado en aquella audiencia y anotar aquí, simplemente y a manera de síntesis, que la habilitación de los suscritos para fungir como jueces transitorios en la presente causa arbitral provino de la estipulación décima octava del documento fechado el 30 de diciembre de 1996.

## **CAPÍTULO II DE LAS PRETENSIONES FORMULADAS**

A través de demanda presentada el 11 de mayo de 2009, UNIBÁN citó a proceso arbitral al señor HAJDUK, para que, mediante laudo, se hicieran las declaraciones y se impusieran las condenas que enseguida se copian:

### **"PRIMERA PRINCIPAL:**

***Declarar que el "CONTRATO PARA LA EXPORTACION DE BANANO" al cual se hizo referencia en el hecho Segundo de la demanda, celebrado el día 30 de diciembre de 1996 entre el señor WLADYSLAO HAJDUK KURON y C.I. UNION DE BANANEROS DE URABA S.A. UNIBAN, terminó el día 25 de julio***

de 1998, o en la fecha que se establezca en el proceso, por decisión unilateral y sin justa causa del señor **HAJDUK**.

**SUBSIDIARIA DE LA PRIMERA PRINCIPAL:**

Declarar que el "CONTRATO PARA LA EXPORTACION DE BANANO" al cual se hizo referencia en el hecho Segundo de la demanda, celebrado el día 30 de diciembre de 1996 entre el señor **WLADYSLAO HAJDUK KURON** y **C.I. UNION DE BANANEROS DE URABA SA. UNIBAN**, terminó por incumplimiento del señor **HAJDUK**, consistente en haber dejado de entregar a **C. I. UNIBAN S.A.** para la exportación la fruta prevista en dicho contrato, producida en la finca "Polonia", incumplimiento ocurrido desde el día 27 de julio de 1998, o desde la fecha que se establezca en el proceso.

**SEGUNDA:**

Como consecuencia de la terminación del mencionado "CONTRATO PARA LA EXPORTACION DE BANANO" que se decida, bien con base en la petición Primera Principal, o bien con base en la subsidiaria de ésta, declarar que se causó la "SANCION POR INCUMPLIMIENTO" prevista en la cláusula DECIMA QUINTA de dicho contrato, el día 31 de agosto de 1998, o en la fecha que resulte demostrada en el proceso, a cargo del señor **WLADYSLAO HAJDUK KURON** y a favor de **C.I. UNION DE BANANEROS DE URABA SA. UNIBAN**.

**TERCERA:**

Consecuencialmente, condenar al señor **WLADYSLAO HAJDUK KURON** a pagar a la sociedad **C.I. UNION DE BANANEROS DE URABA S.A. UNIBAN**, por concepto de la "SANCION POR INCUMPLIMIENTO" estipulada en la cláusula DECIMA QUINTA del mencionado "CONTRATO PARA LA EXPORTACION DE BANANO" la cantidad de QUINIENTOS VEINTICINCO MILLONES CINCUENTA Y CINCO MIL SETECIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS (\$525.055.776), o la suma superior o inferior que resulte demostrada en el proceso.

**CUARTA PRINCIPAL:**

Condenar al señor **WLADYSLAO HAJDUK KURON** a pagar a la sociedad demandante, **C.I. UNION DE BANANEROS DE URABA S.A. UNIBAN**, los intereses moratorios liquidados a tasas iguales al interés bancario corriente vigente en cada momento de causación, más su mitad, sobre la suma que resulte establecida en el laudo a cargo del demandado, al decidir favorablemente a la demandante las peticiones Primera Principal (o su

subsidiaria), Segunda y Tercera, así: desde el día 31 de agosto de 1998, fecha en que se causó la "SANCION POR INCUMPLIMIENTO" cuyo pago se solicita en la demanda, o desde la fecha del auto admisorio de la demanda, hasta el día del pago, liquidando en el laudo los intereses causados hasta la fecha del mismo.

**SUBSIDIARIA DE LA CUARTA PRINCIPAL:**

Condenar al señor **WLADYSLAO HAJDUK KURON** a pagar a la sociedad demandante, **C.I. UNION DE BANANEROS DE URABA S.A. UNIBAN**, la suma que resulte establecida en el laudo a cargo del demandado, al decidir favorablemente a la demandante las peticiones Primera Principal (o su subsidiaria), Segunda y Tercera, indexada con base en la variación del índice nacional de precios al consumidor (IPC) certificado por el DANE para el período comprendido desde el día 31 de agosto de 1998, o desde el día en que se notifique al demandado el auto admisorio de la demanda, hasta la fecha del laudo. Y ordenar que esa suma se pague indexada por el tiempo que transcurra entre la fecha del laudo y el día del pago.

**CONDENA EN COSTAS**

Sírvanse condenar al señor **WLADYSLAO HAJDUK KURON** a pagar a la sociedad demandante, **C.I. UNION DE BANANEROS DE URABA S.A. UNIBAN**, las costas del proceso, incluyendo en ellas las agencias en derecho, conforme al inciso 1° del artículo 392 del C. de P. C.”.

**CAPÍTULO III  
DE LA CAUSA PETENDI**

Los supuestos de hecho sobre los que se fundamentaron las pretensiones de la demandante, se sintetizan así:

1. Que entre provocante y provocado se celebró "UN CONTRATO PARA LA EXPORTACION DE BANANO", documentado en escrito firmado por las partes el 30 de diciembre de 1996, negocio jurídico que era propio de las actividades que constituyen el objeto social de UNIBÁN, y siendo el señor HAJDUK persona dedicada al cultivo, producción y venta de banano, en la finca de su propiedad llamada Polonia, situada en Chigorodó, departamento de Antioquia.
2. Que en virtud del contrato celebrado, el demandado se obligó a entregarle a la demandante, para su exportación, a cambio de la contraprestación económica

pactada, la totalidad de banano de la variedad *cavendish* producido en la finca Polonia, en una extensión de 128,8 hectáreas.

3. Que la vigencia contractual se acordó desde el día de suscripción del documento (30 de diciembre de 1996) hasta el 21 de julio de 1998; fecha en la cual se prorrogaría el contrato, automáticamente, por el plazo de tres (3) años, y así sucesivamente, salvo que uno de los contratantes avisara al otro su intención de darlo por fenecido, con una antelación mínima de seis (6) meses al vencimiento.
4. Que llegado el 21 de julio de 1998, el contrato se prorrogó por un período de tres (3) años hasta el día 21 de julio de 2001, puesto que ninguna de las partes manifestó a la otra su voluntad de extinguirlo, con la anticipación convenida, de seis (6) meses previos a aquella fecha, ya que sólo el 10 de julio del referido año el señor HAJDUK comunicó a UNIBÁN su decisión de terminarlo *"a partir del 25 de julio de 1998"*, aduciendo como motivo de tal determinación *"su difícil situación económica"*; causal que, conforme a la Cláusula Décima Tercera del documento contractual, no le atribuía derecho o facultad legítima para desligarse anticipadamente del vínculo negocial, como allí se prevé.
5. Que desde el 27 de julio de 1998, el demandado dejó de entregar la fruta a la actora y la siguió exportando por conducto de otra comercializadora, razón por la cual en comunicación del 12 de agosto de 1998 UNIBÁN requirió al señor HAJDUK para que cumpliera con la totalidad de sus obligaciones derivadas del contrato, en especial con la entrega de la fruta producida en la finca Polonia, sin que éste hubiera variado su conducta de incumplimiento, en la cual ha persistido.
6. Que el incumplimiento injustificado de las prestaciones obligacionales a cargo del convocado le hacen incurrir en la sanción contemplada en la Cláusula Décima Quinta del escrito contentivo del negocio jurídico, conforme a la cual su monto es el equivalente a veinte (20) salarios mínimos mensuales por hectárea, toda vez que el incumplimiento tuvo ocurrencia dentro del primer año de la prórroga del contrato; sanción que se causó el 31 de agosto de 1998, esto es, *"al cumplirse 10 días corrientes desde el recibo de la comunicación"* fechada el 12 de agosto.
7. Que, en consecuencia, *"Teniendo en cuenta que lo relatado en los hechos SÉPTIMO a DUODÉCIMO ocurrió durante el primer año de vigencia de la prórroga del contrato (prórroga que empezó el 21 de julio de 1998 y se extendió hasta el 21 de julio de 2001); que las hectáreas sembradas en banano Cavendish de la finca*

POLONIA del Municipio de Chigorodó eran 128,8; y que el salario mínimo legal mensual que rigió durante ese primer año de la nueva vigencia contractual (1998), era de \$203.826, el señor **WLADYSLAO HAJDUK KURON** adeuda a C.I. UNIBAN S.A. la suma de QUINIENTOS VEINTICINCO MILLONES CINCUENTA Y CINCO MIL SETECIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS (\$525.055.776), por concepto de la "SANCIÓN POR INCUMPLIMIENTO" a la cual se refiere la cláusula DECIMA QUINTA del contrato, obligación que no ha sido cancelada".

#### **CAPÍTULO IV DE LA RESISTENCIA**

El convocado, luego de aceptar como ciertos algunos de los hechos de la demanda, negar otros y hacer precisiones particulares sobre todos, se manifestó con respecto a cada una de las pretensiones como se resume a continuación:

1. Frente a la petición primera principal. Aunque acepta que *"el contrato terminó el 25 de julio de 1998"*, se opone al acogimiento de la pretensión, dado que, en su sentir, en esa fecha se cumplía el término de la vigencia contractual; por tanto, la terminación del vínculo no fue ni unilateral ni injusta de parte del señor HAJDUK.
2. Frente a la petición subsidiaria de la primera principal. Formula oposición a que se acceda a ella, por cuanto el demandado no pudo haber incurrido en incumplimiento de sus obligaciones, toda vez que el contrato había terminado el *"21 de julio de 1998"*.
3. Frente a la petición segunda. Se opone a que se deduzca la sanción por incumplimiento, argumentando que *"El contrato se cumplió mientras tuvo vigencia conforme a la duración pactada"*.
4. Frente a la petición tercera. Plantea oposición a que se condene por la suma de dinero que se impetra, pues no se dieron los supuestos generativos de la sanción por incumplimiento.
5. Frente a la petición cuarta principal. Alega que *"los intereses moratorios de una cláusula penal sólo proceden en el momento en que ésta se hace exigible mediante una decisión judicial"*, a cuyo efecto trae en cita el aparte de una providencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado (auto del 30 de noviembre de 2006, expediente 31.941).

6. Frente a la petición subsidiaria de la cuarta principal. Se opone, en consideración a que no ve como viable la prosperidad de ninguna de las pretensiones antecedentes, en atención a que *“el contrato se terminó conforme a lo pactado, el día 21 o 25 o 27 de Julio de 1998”*.

Finalmente se opone a que lo condenen en costas *“por cuanto no existe causa que la amerite”*.

Adicionalmente, en la contestación de la demanda, el señor HAJDUK propuso las siguientes **EXCEPCIONES**:

I. *“FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO POR LA RENUNCIA TACITA DE LAS PARTES A LA CLAUSULA COMPROMISORIA”*.

II. *“PRESCRIPCION EXTINTIVA”*.

III. *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN”*.

IV. *“CONTRATO NO CUMPLIDO”*.

V. *“NULIDAD DEL CONTRATO PARA LA EXPORTACION DE BANANO”*.

## **CAPÍTULO V DEL DEBIDO PROCESO Y DEL DERECHO DE DEFENSA**

A las partes se les garantizó el ejercicio de sus derechos procesales durante todo el desarrollo del trámite arbitral, que fue el legal, en sus diversas etapas, como bien lo arroja el plenario: Integración del Tribunal, instalación, admisión de demanda, traslado, contestación y traslado de excepciones, conciliación, asunción de competencia, decreto y práctica de pruebas, alegaciones de las partes y laudo, en el momento actual.

## **CAPÍTULO VI DE LA INSTRUCCIÓN DEL PROCESO**

El Tribunal ordenó la práctica de los medios probatorios solicitados por las partes, aunque sustituyó algunos y negó la recepción de un testimonio. Sobre el testimonio rechazado resolvió el respectivo recurso que se interpuso.



De las pruebas orales únicamente se recaudó el interrogatorio de parte que debía absolver el representante legal de UNIBÁN, cuya versión escrita se entregó a los apoderados sin que éstos hubieran manifestado inconformidad. Las demás declaraciones de parte o de terceros fueron desistidas.

Los oficios librados se auxiliaron por sus destinatarios, con excepción del que fue dirigido al Registro Mercantil de la Cámara de Comercio de Medellín con el fin de obtener, mediante certificación, la totalidad de los estatutos de UNIBÁN. El convocado, interesado en esta prueba y quien debía diligenciarla, no acreditó la entrega del oficio a la entidad a la cual iba dirigida.

Ninguna de las partes se quejó de que se hubieran dejado de practicar pruebas decretadas.

El acervo probatorio, entonces, quedó conformado por la prueba documental acercada por UNIBÁN como anexos de la demanda y los documentos y certificados allegados por vía de oficios, fuera del interrogatorio de parte al que se hace alusión.

## **CAPÍTULO VII DE LAS ALEGACIONES DE LAS PARTES**

En el momento procesal adecuado, el Tribunal oyó las alegaciones finales de las partes. Ambas fueron insistentes y reiterativas en sus respectivos puntos de vista expresados en la demanda y en la contestación.

## **CAPÍTULO VIII DE LOS PRESUPUESTOS PROCESALES Y DE LOS DE FALLO DE MERITO**

El Tribunal se encuentra en condiciones de proferir laudo de fondo, como quiera que la relación procesal se entablara regularmente y en su desenvolvimiento no se configuró defecto alguno de invalidación de lo actuado. Igualmente, las partes que han concurrido a este proceso son legalmente capaces, con facultad y posibilidad legal para transigir, estuvieron debidamente presentes en este trámite arbitral y la demanda formulada se adecuó a las exigencias de ley. Por manera que los presupuestos procesales de competencia del juez, capacidad para ser parte y su adecuada representación en cuanto a la persona jurídica convocante se refiere, así como la demanda en forma, están satisfechos, lo que permite al Tribunal, se repite,

proferir una decisión de mérito, máxime si también concurren los requisitos de la legitimación en la causa y el interés para obrar.

## **CAPÍTULO IX DE LA OPORTUNIDAD DEL LAUDO Y DE SU NATURALEZA**

El presente laudo se emite dentro del plazo de vigencia del arbitramento, teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:

- El término de duración del proceso es el legal – seis (6) meses- como quiera que las partes guardaron silencio al respecto en la cláusula compromisoria.
- La primera audiencia de trámite, cuya fecha determina la iniciación del cómputo del plazo del proceso, se celebró el 19 de enero de 2010.
- Luego, los seis (6) meses de ley, contados a partir de la primera audiencia de trámite, vencen el 19 de julio de 2010.

El laudo se emite en derecho, toda vez que así lo previeron las partes en el convenio arbitral, y se adopta con el voto unánime de los Árbitros.

## **CAPÍTULO X CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

La situación planteada como objeto del conflicto es clara para este Tribunal: Se trata de definir si el contrato de distribución de banano celebrado entre las partes terminó por la expiración del plazo pactado para su duración, o por incumplimiento del convocado de su obligación principal de entregar la fruta a la sociedad convocante para su comercialización, y, en el evento de probarse dicho incumplimiento, si hay lugar a reparación de perjuicios a favor de la demandante y cuáles su monto y cobertura.

**1.** Las partes aceptaron pacíficamente la existencia y los extremos temporales de vigencia del negocio jurídico, fuente del litigio.

La duración original o primigenia del contrato denominado por las partes **CONTRATO PARA LA EXPORTACIÓN DE BANANO**, fue del 30 de diciembre de 1996, fecha en la que las partes lo suscribieron o firmaron, hasta el 21 de julio de 1998 (Cláusula Décima Primera), aspecto, se repite, no discutido dentro del proceso.

Para dar por terminado dicho acuerdo contractual al agotamiento del plazo originalmente pactado, la parte interesada en no extenderlo más en el tiempo, debía enviar comunicación a la otra acerca de su intención de darlo por fenecido, a más tardar el día 20 de enero de 1998 (fecha que corresponde a los seis (6) meses de anticipación a la de su vencimiento, previstos en el párrafo de la Cláusula Décima Primera del contrato), evento que no se presentó y, por tanto, el término original se prorrogó de manera automática por 3 años más, esto es, hasta el 21 de julio del año 2001.

Estando en plena vigencia el término del contrato originalmente pactado (concretamente el día 10 de julio de 1998), el señor HAJDUK notificó a UNIBÁN su decisión de dar por terminado el vínculo contractual a partir del día 25 de julio de 1998, fecha para la cual ya éste igualmente se había prorrogado, dada la ausencia de la comunicación en la oportunidad reseñada en el aparte anterior.

Como el contrato estaba en plena vigencia, su terminación unilateral solo podía sustentarse en el incumplimiento total o parcial de alguna o algunas de las obligaciones adquiridas por las partes de conformidad con el contenido contractual, o en la presencia de una cualquiera de las causales taxativas previstas en la Cláusula Décima Tercera del acuerdo contractual, para darlo por terminado con justa causa.

Al efecto, se tiene que en la Cláusula Décima Tercera del CONTRATO PARA EXPORTACIÓN DE BANANO, se estipuló que cualquiera de las partes podía dar por terminado el contrato cuando la otra hubiese incumplido total o parcialmente alguna de sus obligaciones *"y además cuando la otra parte se halle en alguna de las siguientes situaciones: (...) d). Insolvencia notoria"*.

Obra en el expediente copia de la comunicación del 10 de julio de 1998, dirigida por el señor HAJDUK al Presidente y Representante Legal de UNIBÁN, en la que expresa que *"haciendo uso del literal D de la cláusula décima tercera del contrato para la exportación de banano que tengo celebrado con la comercializadora me veo precisado a comunicarle mi intención de dar por terminado anticipadamente dicho contrato por la insolvencia notoria en que me encuentro"*. Concluye la comunicación señalando que *"Mi terminación del contrato operará a partir del 25 del presente mes"*.

La existencia de la aludida comunicación fue aseverada en el hecho séptimo de la demanda, frente al cual el convocado expresó en su contestación de demanda lo siguiente: *"AL SÉPTIMO: Es cierto que el demandado envió la carta del 10 de julio, para terminar el contrato a partir del 25 de Julio de 1998, fecha que ha sido aceptada por el demandante como de su terminación"*. A renglón seguido anota el apoderado del convocado que el demandado no estaba obligado a invocar causal ninguna y que con esta comunicación, el demandado se limitó *"a darle cumplimiento a la vigencia del contrato pactado en la cláusula DÉCIMA PRIMERA, y lo hizo antes de la expiración del mismo"*, agregando que *"De otra parte aquí no estamos frente a una terminación anticipada del contrato, sino a la terminación de su vigencia en la fecha pactada, o sea, Julio 21 de 1998 (Julio 25, confesada por la demandante)"*.

El Tribunal no puede aceptar esta argumentación del apoderado de la parte convocada orientada a desconocer el alcance claro y preciso de la misiva remitida por su representado, en la cual invoca únicamente como causal de terminación del contrato la consagrada en el literal d) de la Cláusula Décima Tercera, para señalar ahora, en franca contradicción con esta indicación, que en realidad se trataba de dar cuenta de la expiración del plazo original del contrato, pero en fecha diferente a la pactada, es decir, que no se trató de una terminación anticipada del contrato, aunque en la comunicación referida así se señala expresamente.

Lo que para este Tribunal resulta meridiano es que el convocado pretendió dar por terminado el acuerdo contractual cuando éste se encontraba vigente y surtiendo plenos efectos como se indicó antes, y sin aducir el incumplimiento de alguna de las obligaciones a cargo de UNIBÁN o, a su turno, la presencia de alguna de las causales de terminación del negocio jurídico elevadas a tal categoría por la autonomía de la voluntad de las mismas partes. Para este Tribunal resulta ostensible que la causal invocada en la comunicación del 10 de julio de 1998, por el señor HADJUK para la terminación del vínculo obligacional, a saber, su notoria insolvencia, no se acreditó ni se alegó en la forma señalada por el contrato, de conformidad con el cual, la notoria insolvencia que podía alegarse era la del cocontratante, para este caso UNIBÁN, mas no la propia, como en efecto adujo el señor HADJUK respecto de su situación.

De otro lado, el representante legal de UNIBAN a la sazón, doctor Alberto León Mejía Zuluaga, no aceptó los términos de la carta en mención, haciéndoselo saber al remitente en respuesta de fecha 14 de julio de 1998; actitud que, naturalmente

descarta la disolución del trato vinculante por consentimiento mutuo de los contratantes.

Por lo cual, el convocado buscó dar por terminado el contrato sin que le asistiera causal alguna, desde el punto vista legal o contractual, que lo legitimara para ello y en momentos en que el vínculo negocial tenía plena y cabal vigencia.

De suerte que la decisión del señor HAJDUK de dar por terminado el lazo contractual por voluntad propia y por no cumplir con los requisitos legales o con los convencionalmente pactados, obviamente no tenía el alcance de extinguir el contrato y por ende le resultó infructuosa; por esta razón, persistía en cabeza del convocado la obligación principal a su cargo, consistente en la entrega de la fruta a la sociedad convocante.

En otras palabras y en definitiva, la comunicación del convocado, fechada el 10 de julio de 1998, no tuvo ninguna incidencia con respecto a la eficacia de las obligaciones dimanadas del contrato; éste no terminó sino que pervivió incólume y, consiguientemente, produciendo para ambas partes los derechos y obligaciones a través del tiempo, toda vez que por su naturaleza y características era de tracto sucesivo.

Adoptar una posición contraria a la que se deja plasmada conduciría a transgredir el postulado normativo consagrado en el artículo 1602 del Código Civil, según el cual "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales" (subrayas no textuales).

Conclusión ineludible de lo precedentemente motivado es que la pretensión "PRIMERA PRINCIPAL" a la que aspira la convocante, no está llamada a ser acogida por el Tribunal, por lo que se declarará su improsperidad, siempre que, se reitera, el CONTRATO PARA LA EXPORTACION DE BANANO al cual se hizo referencia en el hecho Segundo de la demanda, celebrado el día 30 de diciembre de 1996 entre el señor WLADYSLAO HAJDUK KURON y C.I. UNION DE BANANEROS DE URABA S.A. UNIBAN, NO terminó el día 25 de julio de 1998, NI en ninguna otra fecha, por decisión unilateral y sin justa causa del señor HAJDUK.

2. La otra cara de la contención sometida al juicio arbitral, consiste en establecer si las obligaciones del contrato (que se conservó intacto, a pesar del mensaje del

convocante del 10 de julio de 1998), radicadas en cabeza del demandado fueron honradas por él o no.

En el hecho octavo (8º) de la demanda se narra que *“... llegado el día 27 de julio de 1998, el señor WLADYSLAO HAJDUK KURON no volvió a hacer entregas de fruta a C.I. UNIBAN S.A. para su exportación y continuó exportando dicha fruta a través de otra comercializadora”*.

A este hecho contestó el demandado: *“Es cierto. El contrato se terminó conforme a la duración de su vigencia consignada en la cláusula décima primera, razón por la cual HAJDUK KURON no volvió a hacer entregas de la fruta a C.I. UNIBAN S.A. para su exportación”*.

La entrega del banano producido en la finca La Polonia para ser exportada por UNIBAN, constituía la prestación principal a la que se había obligado el convocado.

El señor HAJDUK aceptó como cierta la afirmación de la convocante en el sentido de que *“no volvió a hacer entregas de la fruta a C.I. UNIBAN S.A.”*, aunque amparándose en que el contrato había terminado por vencimiento del plazo de su duración; excusa que no tiene ningún asidero en la realidad acreditada probatoriamente en el expediente. En efecto, como ya se anotó en el cuerpo de este laudo, en ningún momento el demandado le planteó a la demandante el tema de la extinción de la relación jurídica por plazo vencido, y no lo podía esgrimir o alegar porque dicha causal no había tenido ocurrencia. Repasando, de nuevo, el texto de la comunicación del 10 de julio de 1998, no se halla la más mínima mención o sugerencia sobre esta causal de terminación del contrato; allí únicamente se aduce la precariedad económica de su autor como motivo exclusivo para no continuar con el acuerdo convencional.

Así, entonces, este colegio de árbitros da por confesado, sin exculpación y sin que exista en los autos prueba que desvirtúe la declaración desfavorable de la parte accionada, contenida en la respuesta al hecho octavo (8º) de la demanda, el incumplimiento injustificado en que incurrió el señor WLADYSLADO HAJDUK KURON de su obligación –principal- de entregar a UNIBAN la fruta para que ésta la comercializara.

El incumplimiento en la ejecución de la prestación obligacional acaeció el 27 de julio de 1998; incumplimiento que a todas luces fue contrario a derecho por parte

del convocado, es decir, estuvo impregnado de culpa, habida cuenta de que, como ya quedó dilucidado en los considerandos del aparte 1 de esta providencia, no existió razón legítima alguna para que el señor HAJDUK hubiera pretendido desligarse del contrato celebrado con C.I. UNIBAN S.A.

Accesoriamente, en materia de responsabilidad contractual existe presunción de culpa contra el deudor u obligado (artículo 1604 del Código Civil), y en el presente asunto, tal presunción, *juris tantum*, no fue aniquilada de ninguna manera por el convocado.

En los contratos bilaterales, y el que aquí se escruta lo es, ante el hecho del incumplimiento de una de las partes, la parte cumplida o que se allane a cumplir tiene la acción alternativa de pedir la resolución o terminación del contrato, si el primero es de ejecución instantánea y si el segundo lo es de tracto sucesivo, o su cumplimiento, y en uno u otro evento con indemnización de perjuicios, conforme a los artículos 870 del Código de Comercio y 1546 del Código Civil.

Comprobado el incumplimiento del demandado, como quedó estudiado en esta sección del laudo, y visto que en la PRETENSION SUBSIDIARIA DE LA PRIMERA PRINCIPAL la sociedad demandante optó, en ejercicio de la acción derivada de la condición resolutoria tácita, por la declaratoria de terminación del "CONTRATO PARA LA EXPORTACION DE BANANO", el Tribunal pronunciará fallo estimatorio, declarando que el dicho contrato, al cual se hizo referencia en el hecho Segundo de la demanda, celebrado el día 30 de diciembre de 1996 entre el señor WLADYSLAO HAJDUK KURON y C.I. UNION DE BANANEROS DE URABA SA. UNIBAN, terminó el día 27 de julio de 1998 por incumplimiento del señor HAJDUK al dejar de entregar a C. I. UNIBAN S.A., para su exportación, la fruta producida en la finca LA POLONIA.

3. Adviene como consecuencia del prolijamiento de la pretensión de incumplimiento contractual por parte del convocado y de la declaratoria de disolución del vínculo, la indemnización de perjuicios a favor de la parte actora.

En la cláusula décimo quinta del documento privado contentivo de las estipulaciones contractuales, se pactó una sanción económica por incumplimiento del productor, deducida a título de pena, determinable en salarios mínimos, según el número de hectáreas sometidas a la producción de banano y el tiempo faltante para la terminación del contrato o de sus prórrogas, de conformidad con la tabla que en aquella se impuso.

---

Ahora bien, en el párrafo de la cláusula décima tercera se previó que para la causación de la pena o multa a cargo de la parte que incumpliera sus obligaciones la otra debía requerirla privadamente para el cumplimiento, y transcurridos diez días corrientes a partir del recibo del requerimiento, si no había conducta positiva, se consolidaba la sanción pecuniaria.

En este caso particular, era entonces carga de UNIBAN efectuar el requerimiento privado establecido para tener derecho al cobro de la sanción o multa, que goza de la naturaleza jurídica de cláusula penal.

La referida obligación fue cumplida a cabalidad por la sociedad convocante sin que el convocado cumpliera con la obligación demandada o, al menos, se allanara a cumplirla, persistiendo, por el contrario, en su reticencia al respecto.

En efecto, obra en el expediente la comunicación identificada con el número 083274, calendada 12 de agosto de 1998 y dirigida por Alberto León Mejía en calidad de representante legal de UNIBÁN al señor HAJDUK, con constancia de recibo del 20 de agosto de 1998 por quien firma como Gustavo Patiño C.C. 98'634.328, en la que se requiere el cumplimiento de la obligación de entrega de la producción de banano de la finca Polonia, comunicación ésta que según el hecho undécimo de la demanda fue dirigida al señor HAJDUK, hecho que en el escrito de contestación de la demanda se acepta como cierto en los siguientes términos: "AL UNDÉCIMO: *Es cierto que dicha comunicación se produjo ...*".

De donde se sigue que si el requerimiento se recibió por el demandado el 20 de agosto de 1998, la multa se hacía exigible una vez transcurridos diez (10) días corrientes, o sea el 31 de agosto de 1998.

En el caso sub judice el incumplimiento se presentó durante el primer año de vigencia de la prórroga (27 de julio de 1998), y eso significa que la pena equivale a 20 salarios mínimos legales mensuales por hectárea. Como las hectáreas con producción de banano en cabeza del demandado fueron 128.8 la suma a cancelar es la equivalente a 2.576 salarios mínimos legales mensuales (128.8 x 20). Y dado que el incumplimiento se presentó en 1998, es el salario mínimo vigente de este año el que debe tenerse en cuenta para establecer el monto de la sanción, que correspondía a \$203.826.



Con base en los datos anteriores la sanción equivale a QUINIENTOS VEINTICINCO MILLONES CINCUENTA Y CINCO MIL SETECIENTOS SESENTA Y SEIS PESOS (\$525.055.766), que es el resultado de multiplicar el salario mínimo vigente en 1998 por el número de salarios que constituyen la multa que era de 2.576.

Tal es la suma que debió cancelarse por el señor HAJDUK el 31 de agosto de 1998, fecha en la cual se causó la sanción por incumplimiento, porque habían transcurrido los 10 días después de recibir la comunicación de UNIBAN S.A. donde se le solicitaba diera cumplimiento a sus obligaciones.

Esta sanción pecuniaria o multa, constituye una cláusula penal, a través de la cual las partes contratantes hicieron una valoración anticipada de perjuicios, para el evento de incumplimiento, de carácter obligatorio para ambas y exonerativa de toda prueba en cuanto al daño sufrido por el beneficiario.

Fluye como corolario nítido de lo discurrido, que el Tribunal acogerá las pretensiones SEGUNDA Y TERCERA formuladas por C.I. UNIBAN S.A., declarando la causación, a partir del 31 de agosto de 1998, de la "SANCION POR INCUMPLIMIENTO" prevista en la cláusula DECIMA QUINTA del CONTRATO PARA LA EXPORTACION DE BANANO", a cargo del señor WLADYSLAO HAJDUK KURON y a favor de UNIBAN; y fulminando condena por el referido concepto, en contra del demandado y en beneficio de la demandante, en cuantía de QUINIENTOS VEINTICINCO MILLONES CINCUENTA Y CINCO MIL SETECIENTOS SESENTA Y SEIS PESOS (\$525.055.766).

4. La parte convocante ha pedido en su demanda que se condene al convocado a pagar *"los intereses moratorios liquidados a tasas iguales al interés bancario corriente vigente en cada momento de causación, más su mitad, sobre la suma que resulte establecida en el laudo a cargo del demandado, al decidir favorablemente a la demandante las peticiones Primera Principal (o su subsidiaria), Segunda y Tercera,.."* (cfr. pretensión cuarta principal).

Para el Tribunal la anterior solicitud es improcedente, en la medida en que considera que la cláusula penal indemnizatoria rechaza el reconocimiento acumulado con ella de intereses moratorios.

Esta sala de Árbitros comparte íntegramente el siguiente criterio de la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA del año 1996, cuando atendía a la denominación de SUPERINTENDENCIA BANCARIA:

*(La finalidad de la cláusula penal) "es idéntica a la de los intereses moratorios por cuanto las dos procuran sancionar al deudor que incumple en el pago. Como sabemos, tanto la cláusula penal como los intereses moratorios tienen la característica de exonerar al acreedor de la carga de probar que sufrió un perjuicio, así como la cuantía del mismo, por cuanto la cantidad pactada entre los contratantes a título de sanción constituye la estimación convencional y anticipada de tales perjuicios y así se estará a esa estimación convencional antes que a la legal y aun a la judicial. En el sentido indicado es que debe darse aplicación al artículo 65 de la Ley 45 de 1990, ya que esta norma aclara cuáles sumas deben entenderse incorporadas en el concepto de intereses moratorios.*

*Por todo lo anterior, resulta incompatible la existencia simultánea de cláusula penal e intereses moratorios, por cuanto ello constituiría la aplicación para el mismo caso de dos figuras que tienen idéntica finalidad y se estaría así cobrando al deudor dos veces una misma obligación, como es la de pagar por su retardo o incumplimiento". (SUPERBANCARIA, Circular Externa 007, enero 19/96).*

Así las cosas, fracasa la pretensión cuarta principal.

5. Lo que sí es viable jurídicamente es que el monto de la cláusula penal sea indexada, como UNIBAN lo impetra en la petición subsidiaria de la cuarta principal.

Con la actualización monetaria no se trata de que la parte convocada pague más de lo debido con ocasión del incumplimiento, ni la indexación tiene una finalidad indemnizatoria; se trata de un mecanismo jurídico que propugna por el equilibrio de la relación jurídica y mediante el cual se hace efectivo el principio de la reparación completa e integral del daño, previsto en el artículo 16 de la ley 446 de 1998.

Empero, la indexación que se reconocerá no debe efectuarse desde el 31 de agosto de 1998, sino desde el 21 de octubre de 2009, fecha en que se notificó la admisión de la demanda al convocado, con fundamento en las siguientes reflexiones:

a). El apremio o requerimiento PRIVADO que se le hizo al demandado por UNIBAN el 12 de agosto de 1998, tenía por finalidad, según el contexto de los

acontecimientos presentados, la de hacer configurar la procedencia de la SANCION POR INCUMPLIMIENTO, tal como se previó en el PARAGRAFO de la CLAUSULA DECIMA TERCERA; sanción que en los términos estipulados en el párrafo citado se causó efectivamente el 31 de agosto de 1998.

b). De acuerdo con el art. 1595 del C.C., "... el deudor no incurre en la pena sino cuando se ha constituido en mora, si la obligación es positiva".

En el expediente no hay prueba de que "...el deudor ha sido JUDICIALMENTE reconvenido por el acreedor", para quedar en mora (numeral 3° del art. 1608 del C.C.).

c). Conforme al inciso segundo del art. 90 del Código de Procedimiento Civil "La notificación del auto admisorio de la demanda en procesos contenciosos de conocimiento produce el efecto de requerimiento JUDICIAL para constituir en mora al deudor, cuando la ley lo exija para tal fin, si no se hubiere efectuado antes".

d) De lo anterior surge, en consecuencia, que la indexación debe practicarse desde la notificación de la admisión de la demanda (21 de octubre de 2009) y no desde el 31 de agosto de 1998.

Por consiguiente, el Tribunal atenderá, como ya se dijo, la pretensión subsidiaria de la cuarta principal y para ello procede a concretar la indexación, aplicando la fórmula matemática que es de usanza en estos casos, dentro del periodo comprendido entre el 21 de octubre de 2009 y el 20 de mayo de 2010 (fecha de emisión del laudo); y dispondrá que la actualización se extienda hasta el momento del pago efectivo.

La fórmula es la siguiente:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Donde:

R: Valor Presente

Rh: Valor Histórico, valor de la multa al momento de su causación

Índice Inicial: IPC vigente a la fecha de la notificación de la demanda

Índice final: IPC vigente a la fecha del laudo

Según la fórmula expuesta, la suma de QUINIENTOS VEINTICINCO MILLONES CINCUENTA Y CINCO MIL SETECIENTOS SESENTA Y SEIS PESOS (\$525.055.766) debe ser traída a valor presente (R), multiplicando el valor histórico (Rh), que es el valor de la multa cuando se causó, es decir, \$525.055.766; por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha del laudo) por el índice inicial (vigente a la fecha de la notificación personal del auto admisorio de la demanda al señor Hajduk), lo que arroja el siguiente resultado:

Según el certificado expedido por el DANE, el IPC en octubre de 2009 estaba en 101.98 y en abril de 2010, último índice reportado, estaba en 104.29; de esta manera obtenemos el índice inicial y el índice final para proceder a dar aplicación a la fórmula

$$R = Rh \times \frac{\text{índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

$$R = \$525.055.766 \times \frac{104.29}{101.98} =$$

$$R = \$525.055.766 \times 1.02265$$

$$R = \$536.948.279$$

De acuerdo a lo anterior el valor de la multa, incluida la indexación, al momento de dictarse el laudo arbitral es de QUINIENTOS TREINTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS SETENTA Y NUEVE PESOS (\$536.948.279).

## **CAPÍTULO XI**

### **PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS EXCEPCIONES**

Habida cuenta de las resultas de las motivaciones expuestas, según las cuales salen airosas las pretensiones de UNIBAN, es imperioso ahora entrar a determinar si las excepciones de fondo propuestas por el señor HAJDUK, u otra cualquiera que no tuviera que ser alegada obligatoriamente por el convocado, tienen la virtud de enervar o desquiciar aquellas; entendiéndose por excepciones de mérito todo hecho que pudo impedir, modificar o extinguir los derechos cuya tutela judicial reclama la parte demandante.

## **I. FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO POR LA RENUNCIA TÁCITA DE LAS PARTES A LA CLÁUSULA COMPROMISORIA**

En lo que respecta a esta primera "excepción" hay que anotar que no es excepción en el sentido técnico-jurídico antes esbozado. La competencia del Tribunal es uno de los presupuestos procesales. Acerca de dicho requisito procesal ya hubo un pronunciamiento amplio y claramente motivado por parte del Tribunal en la Primera Audiencia de Trámite celebrada el diecinueve de enero de 2010, en la que los Árbitros expusieron las razones para declararse competentes para el conocimiento, instrucción y juzgamiento del presente litigio. Decisión que fue notificada en estrados y no fue impugnada por ninguna de las partes. A ella remite el Tribunal para no acoger la mal llamada "excepción de FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL" propuesta por el convocado.

## **II. PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA**

En el presente caso el derecho invocado por UNIBÁN deriva de una relación contractual y es necesario estudiar si frente a la normativa vigente se han cumplido todos los requisitos para que opere el fenómeno de la prescripción.

Como ya se ha expuesto, no existe duda alguna que el contrato celebrado entre UNIBÁN y WLADILAO HAJDUK KURON, denominado "CONTRATO PARA EXPORTACIÓN DE BANANO" es un contrato de naturaleza comercial y, en consecuencia, el análisis que se haga de la institución de la prescripción extintiva, se realizará bajo la normativa que gobierna las relaciones comerciales.

El estatuto mercantil no trae norma aplicable al caso concreto, es decir, no existe norma específica que se refiera a la prescripción de las obligaciones originadas en un contrato mercantil como el debatido. Aún más, el hecho concreto es que el estatuto mercantil omitió normar en forma especial este fenómeno de la prescripción remitiéndose al efecto a lo dispuesto por el Código Civil en lo atinente a los modos de extinguirse los actos, contratos y obligaciones según los términos del artículo 822 del referido estatuto.

No obstante, invoca el convocado como fundamento de la excepción de prescripción, el artículo 235 de la Ley 222 de 1995 que establece: "*Las acciones penales, civiles y administrativas derivadas del incumplimiento de las obligaciones o de la violación a lo previsto en el Libro Segundo del Código de Comercio y en*

*esta ley, prescribirán en cinco años, salvo que en ésta se haya señalado expresamente otra cosa”.*

La norma invocada no tiene aplicación en el caso bajo estudio, ya que, tal como lo expuso el convocante, esta norma se aplica a los derechos u obligaciones derivados o relacionados con las sociedades comerciales no con el presunto incumplimiento de una relación contractual no societaria. En otros términos, la relación que surgió entre UNIBÁN y el señor HAJDUK KURON en virtud del contrato llamado “CONTRATO PARA EXPORTACIÓN DE BANANO” no se encuentra gobernada por las normas del Libro Segundo del Código de Comercio titulado “De Las Sociedad Comerciales”, sino por el Libro Cuarto, denominado “De Los Contrato y Obligaciones Mercantiles”.

Por lo dicho, en ningún caso puede inferirse, como lo hace el señor apoderado del convocado, que la norma aplicable a este caso concreto, sea precisamente la contenida en el artículo 235 de la Ley 222 de 1995, invocando para ello una presunta aplicación de esta norma por la vía analógica, aunque dicho apoderado no lo manifieste así de manera expresa. Tampoco el hecho mismo de que las partes tengan la calidad de comerciantes habilita al fallador para la aplicación mecánica del precitado artículo 235 el cual, evidentemente, tiene un carácter expreso, particular y concreto en cuanto que está referido explícita y exclusivamente a las acciones penales, civiles y administrativas derivadas del incumplimiento de las obligaciones o de las violaciones previstas en el Libro Segundo del Código de Comercio o en la misma Ley 222 de 1995, cuyos ámbitos de cobertura se circunscriben a las sociedades comerciales en general y, muy particularmente, al negocio jurídico denominado por la ley mercantil como “Contrato de Sociedad”.

Con este mismo criterio se podría argumentar que al caso Sub Judice sería procedente y legalmente correcto aplicar cualquiera de las normas especiales que trae el Código de Comercio en materia de prescripción como lo son las contenidas en sus artículos 900, 108 u otros o, incluso, para hacer aún más precario el término de extinción, afirmar que al contrato objeto de este litigio le sería aplicable la normatividad contenida, por ejemplo, en el artículo 531 del mismo Código, el cual determina un plazo de seis meses para el ejercicio de las acciones que se originen en la venta de un establecimiento de comercio.

Como es sabido, la analogía no es propiamente un método de interpretación de la ley sino, más exactamente, un mecanismo, un modo de llenar los vacíos o lagunas

existentes en la legislación y, como medio de integración del derecho, no puede utilizarse de manera mecánica, porque el raciocinio lógico que da origen a la utilización de una norma análoga a una situación similar exige el estudio de las respectivas situaciones jurídicas para encontrar si en ellas existen diferencias, pero también se precisa establecer si por su origen, naturaleza, alcance o campo de aplicación, en la norma que se pretende utilizar se presenta alguna circunstancia que impida su utilización a un determinado caso no regulado por ella. Es elemental entonces que se exija al juzgador una cuidadosa confrontación entre las dos situaciones jurídicas a las cuales se trata de dar idéntica solución. Por ello resulta obvio que si las situaciones difieren en sus características esenciales como evidentemente ocurre en el asunto bajo examen, ya no será posible acudir a esa analogía.

No existe pues ninguna razón para acudir al artículo 235 de la Ley 222 de 1995 cuando existe una norma que regula la prescripción en obligaciones que tienen como fuente un contrato mercantil, norma ésta contenida en el artículo 2536 de Código Civil, con naturaleza comercial en virtud de la remisión e integración que hace el artículo 822 del Código de Comercio a las normas contenidas en el Código Civil relacionadas con contratos y obligaciones:

*Art. 822.-Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa.*

*La prueba en derecho comercial se regirá por las reglas establecidas en el Código de Procedimiento Civil, salvo las reglas especiales establecidas en la ley.*

La norma transcrita ordena que se apliquen a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, **modo de extinguirse**, anularse o rescindirse. De la simple lectura del artículo se evidencia que este precepto no acude a la normatividad civil por vía supletoria o analógica, sino en virtud de **una clara recepción directa y total** que se hace por parte del derecho comercial de las normas contenidas en el estatuto civil, mediante la atracción y conversión en mercantiles de los criterios civiles del derecho de las obligaciones. Lo anterior implica que en aquellas materias a las que se refiere el precitado Artículo 822 y, cuando no haya precepto comercial aplicable a un asunto

determinado, debe acudirse a lo dispuesto en la normatividad civil antes que a situaciones comerciales análogas o semejantes- que incluso en el caso que nos ocupa están muy distantes de serlo- salvo, claro está, que la ley establezca cosa diferente. Por tanto, solo en el caso de que en lo atinente al modo de extinguir una obligación mercantil no haya regulación en los dos ordenamientos, se puede acudir válidamente a la analogía de las normas comerciales de acuerdo con la directriz del artículo 1º del Código de Comercio.

Teniendo claro que la norma que regula la prescripción en el caso *sub judice* es el artículo 2536 del Código Civil nos detendremos a su estudio a fin de establecer si la excepción propuesta por el convocado es procedente.

Para la fecha en que se celebró el contrato el tenor del artículo 2536 era el siguiente:

*“La acción ejecutiva se prescribe por diez años, y la ordinaria por veinte.*

*La acción ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso de diez años, y convertida en ordinaria durará solamente otros diez”.*

No obstante, la Ley 791 de 2002 introdujo una modificación a los términos de prescripción y la norma actual consagra la prescripción extintiva así:

*La acción ejecutiva se prescribe por cinco (5) años y la ordinaria por diez (10).*

*La acción ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso de cinco (5) años, y convertida en ordinaria durará solamente otros cinco (5).*

*Una vez interrumpida o renunciada una prescripción, comenzará a contarse nuevamente el respectivo término.*

Teniendo presente el anterior tránsito legislativo, es necesario acudir a las normas contenidas en la Ley 153 de 1887 sobre la vigencia de la ley en el tiempo a fin de determinar cuál de las dos normas se aplica al presente caso.

El artículo 41 de la Ley 153 de 1887 señala: *“La prescripción iniciada bajo el imperio de una ley, y que no se hubiere completado aún al tiempo de promulgarse otra que la modifique, podrá ser regida por la primera ó la segunda, a voluntad del prescribiente; pero eligiéndose la última, la prescripción no empezará a contarse sino desde la fecha en que la ley nueva hubiere empezado á regir.”*



Según esta norma el convocado tiene la opción de someterse a cualquiera de los dos sistemas: el que regía en el Código Civil al momento de la celebración del contrato o al sistema introducido por La ley 791 de 2002.

Si se acoge a los términos iniciales del artículo 2536 del Código Civil, el tiempo requerido para que prospere la excepción de prescripción extintiva es de veinte (20) años contados desde el momento en que se hizo exigible la obligación, esto es desde el 31 de agosto de 1.998, lapso que no se verifica en el presente caso, lo que hace improcedente la excepción bajo esta norma.

Si se acude a la Ley 791 de 2010 el término de prescripción es de 10 años, pero este tiempo sólo se empieza a contar desde que comenzó a regir la ley, que de acuerdo al artículo 13 de la misma normativa fue a partir del 27 de diciembre de 2002, cuando se llevó a cabo la publicación en el Diario Oficial N° 45046.

Lo anterior significa que las prescripciones extintivas que sean propuestas al interior de una acción ordinaria, como la aquí discutida, bajo la Ley 791 de 2002 sólo podrán prosperar a partir del 28 de diciembre de 2012.

Establecido que bajo ninguno de los dos sistemas se ha cumplido el tiempo necesario para que opere la prescripción extintiva, es improcedente la excepción propuesta por el invocado.

### **III. INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN**

Según el convocado la obligación reclamada por UNIBÁN se extinguió con ocasión de la terminación del contrato por haberse agotado el término de vigencia del mismo.

En este punto corresponde al Tribunal de Arbitramento profundizar sobre el objeto del conflicto y el punto esencial sobre el que recae la discusión que hoy nos convoca.

Para resolver la excepción propuesta es necesario analizar los términos de vigencia que se estipularon en el contrato y las formas de terminación unilateral del mismo.

En la convención suscrita el 30 de diciembre de 1996 entre UNIBÁN y el señor HAJDUK KURON, denominada "CONTRATO PARA EXPORTACIÓN DE BANANO" se estipuló lo siguiente:

*"DECIMA PRIMERA: La vigencia de este Contrato será desde su firma por ambas partes, hasta el 21 de JULIO de 1998.*

*Parágrafo: En el evento de cualesquiera de las partes querer dar por terminado el Contrato deberá dar aviso escrito a la otra por lo menos con seis (6) meses de anticipación a la fecha de su vencimiento; de no hacerse tal aviso, el Contrato se Prorrogará automáticamente por un período de tres (3) años, y así sucesivamente".*

Se demostró en el proceso que el convocado no cumplió con la obligación de informar por escrito a UNIBÁN con la anterioridad estipulada, que no deseaba prorrogar al contrato. Ahora, al no someterse el convocado a lo que se había acordado en el contrato, no se encontraba legitimado para dar por terminado unilateralmente el mismo, a menos que hubiese invocado y demostrado oportunamente alguna de las causales contenidas en la Cláusula Décimo Tercera.

Como ya se ha señalado, el artículo 1602 del Código Civil expresamente señala que el contrato es ley para las partes y en consecuencia, están los contratantes vinculados a él, no sólo porque los criterios de la buena fe y la lealtad así lo demandan, sino porque la naturaleza coercitiva de las relaciones contractuales impone a quienes comprometen su voluntad, a cumplir las prestaciones asumidas.

Estando vigente el contrato como se ha demostrado, no procede esta excepción de INEXISTANCIA DE LA OBLIGACION y, por lo tanto, el Tribunal procede a desestimarla.

#### **IV. CONTRATO NO CUMPLIDO**

El convocado propuso la excepción de contrato no cumplido argumentando que no pudo llevar a cabo la adquisición de las acciones de UNIBÁN a que se había comprometido en la Cláusula Sexta del contrato porque la adquisición de 175.812 acciones había sido declarada ineficaz por la justicia civil ordinaria.

La excepción de contrato no cumplido se encuentra consagrada en nuestra legislación civil en el artículo 1609 así:

*“En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”.*

Es una institución basada en la reciprocidad o relación de interdependencia que existe entre las obligaciones que surgen al interior de un contrato bilateral. También encuentra su fundamento en la equidad, al impedir que una de las partes se encuentre compelida a cumplir sus obligaciones sin que se pueda asegurar la satisfacción de sus derechos correlativos.

Es necesario estudiar si en este caso, se cumplen con los requisitos de la excepción de contrato no cumplido a fin de establecer si hay lugar a que la misma prospere.

Para dar aplicación a la excepción de contrato no cumplido es necesario verificar: **a)** que se esté en presencia de un contrato bilateral; **b)** que una de las partes esté exigiendo el cumplimiento de la obligación; **c)** que quien demanda no esté dando cumplimiento a la obligaciones correlativas que tiene a su cargo o no se haya allanado a cumplirlas en el lugar y tiempo debidos y, **d)** que exista reciprocidad entre las obligaciones. Procede el Tribunal al estudio de cada uno de estos requisitos a la luz de los hechos del caso Sub Judice.

#### **a) Contrato bilateral**

Es necesario corroborar si se está frente a un contrato bilateral, situación respecto a la cual no existe discusión, pues de la relación entre UNIBÁN y el señor HAJDUK KURON, denominada “CONTRATO PARA EXPORTACIÓN DE BANANO” es claro que surgen obligaciones para ambas partes.

#### **b) Exigencia de la obligación**

Para que haya lugar a proponer la excepción de contrato no cumplido es indispensable que una de las partes esté requiriendo a la otra para que cumpla su obligación. Es decir, se debe estudiar si UNIBÁN está exigiendo al señor HAJDUK KURON que cumpla con la obligación contenida en la Cláusula Sexta del contrato consistente en adquirir las acciones de la empresa en la proporción indicada.

Frente a este punto encontramos un primer inconveniente para dar aplicación a la excepción de contrato no cumplido al caso *sub judice* y es que ni en la demanda ni

en el transcurso del proceso se pudo demostrar que existiera requerimiento alguno por parte de UNIBÁN para exigirle al convocado el cumplimiento de la obligación contenida en la Cláusula Sexta del contrato.

Este proceso no se ha dirigido a exigir al señor HAJDUK la adquisición de las 797.014 acciones a que se había comprometido en el contrato de para la exportación de banano y en consecuencia se está ventilando una situación para la cual no ha sido convocado este Tribunal.

No puede entonces el convocado proponer la excepción de contrato no cumplido frente a una obligación que no se está exigiendo.

### **c) Incumplimiento de las obligaciones a cargo del demandante**

Debido a que la excepción de contrato no cumplido se expone por el convocado de una manera confusa en cuanto al titular de la obligación, es necesario precisar que la obligación de adquirir y conservar las 797.014 acciones de UNIBÁN es una obligación que se encontraba, según la Cláusula Sexta del contrato, a cargo de EL PRODUCTOR, es decir del señor HAJDUK.

En la excepción propuesta, se pretende concluir que al no haberse podido adquirir el total de las acciones referenciadas hubo un incumplimiento de UNIBÁN, lo cual es un despropósito, porque sólo se pueden incumplir las obligaciones que se han contraído, pero si la obligación estaba a cargo de EL PRODUCTOR no es posible que se endilgue incumplimiento alguno a UNIBÁN por este concepto.

Cosa diferente es que el *incumplimiento* de esa obligación de adquirir las acciones, que se reitera estaba a cargo del señor HAJDUK, no sea imputable al obligado sino a un tercero o al acreedor.

Pero la imputabilidad del incumplimiento de dicha obligación no es objeto de este proceso porque, como ya se expuso, no es el incumplimiento en la adquisición de las acciones lo que llevó a UNIBÁN a convocar el Tribunal de Arbitramento, sino el incumplimiento de la obligación principal a cargo de Hajduk Kurón de entregar la fruta a UNIBAN para su posterior exportación.

No se demostró entonces que UNIBÁN haya incumplido obligaciones que estaban a su cargo.

#### d) Reciprocidad de las obligaciones

Para proponer la excepción de contrato no cumplido es indispensable que exista *reciprocidad o interdependencia* entre las obligaciones que no se han ejecutado.

Pues bien, en la demanda UNIBÁN estableció que de conformidad al contrato suscrito el 30 de diciembre de 1996 entre UNIBÁN S.A. y WLADILAO HAJDUK KURON, denominado "CONTRATO PARA EXPORTACIÓN DE BANANO", este último adquirió la obligación de entregar a UNIBÁN la totalidad del banano apto para la exportación PREMIUM TURBANA producido en la finca denominada Polonia, obligación que dejó de cumplirse a partir del 27 de julio de 1998. Situación aceptada por el convocado en la contestación de la demanda<sup>1</sup>.

Frente a esta obligación que estaba a cargo del señor HAJDUK de entregar el banano en las condiciones y fechas estipuladas en el contrato, la única obligación correlativa a cargo de UNIBÁN era la de recibir todo el banano y exportarlo y pagar la contraprestación en la forma indicada en el contrato. Son estas entonces las obligaciones interdependientes.

No hay entonces reciprocidad entre la obligación de adquirir las acciones de UNIBÁN que estaba a cargo de EL PRODUCTOR y la obligación de recibir y exportar el banano que estaba a cargo de UNIBÁN, se trata de obligaciones totalmente diferentes, respecto de las cuales no se tiene ningún punto de integración y como no hay interdependencia entre estas obligaciones la excepción de contrato no cumplido está llamada a no prosperar.

Además, en lo que respecta a las obligaciones que sí son recíprocas, como es la de entregar el banano de un lado, y recibirlo y exportarlo del otro, se evidencia que las obligaciones contraídas no son simultáneas sino sucesivas, es decir, la obligación de UNIBÁN de recibir y exportar el banano, sólo se puede cumplir cuando EL PRODUCTOR haya entregado el banano.

De acuerdo a lo anterior, tampoco se puede acudir a la excepción de contrato no cumplido argumentando que UNIBÁN no cumplió con la obligación de recibir y exportar, porque para poder ejecutar esta prestación por parte de UNIBÁN era condición *sine qua non* que existiera cumplimiento previo por parte del señor HAJDUK.

---

<sup>1</sup> Ver contestación a los hechos cuarto y octavo de la demanda.

No sobra mencionar, adicionalmente, que la interposición de esta excepción lleva implícito el reconocimiento o confesión, por parte del convocado, de que efectivamente él sí incumplió su obligación, sin que haya podido probar incumplimiento alguno a cargo del demandante, máxime que la presunta obligación de suscribir acciones no se asignó contractualmente a UNIBÁN sino al señor HAJDUK, al tenor de la Cláusula Sexta del Convenio. Finalmente, resulta para el Tribunal elocuente que el incumplimiento que la parte convocada achaca a UNIBÁN sólo haya sido mencionado con ocasión del litigio y no al momento de pretender la terminación unilateral del contrato y así notificarlo por escrito al convocante.

Por las razones expuestas, no se accederá a la petición de declarar probada la excepción de contrato no cumplido.

## **V. NULIDAD DEL CONTRATO PARA LA EXPORTACIÓN DE BANANO**

Procede ahora el Tribunal a analizar los aspectos relacionados con la validez del contrato celebrado entre **C.I. UNIÓN DE BANANEROS DE URABÁ S.A. UNIBÁN** y el señor **WLADYSLAO HAJDUK KURON** el 30 de diciembre de 1996, al que las partes denominaron "**CONTRATO PARA LA EXPORTACIÓN DE BANANO**".

A tales efectos, es pertinente reiterar que el análisis habrá de surtirse con fundamento en las disposiciones contenidas en el Código de Comercio por tratarse, inequívocamente, de un contrato de naturaleza mercantil sujeto en consecuencia a las disposiciones de ese estatuto.

A la luz de la normatividad señalada, el Tribunal se pronunciará sobre las excepciones que dentro de la contestación de la demanda ha formulado el convocado orientadas a atacar la existencia y validez del vínculo, así como sobre toda otra circunstancia que pudiera existir con similares consecuencias y respecto de las cuales disponga la legislación aplicable un pronunciamiento oficioso.

## **INEFICACIA DEL CONTRATO**

De acuerdo con el artículo 897 del Código de Comercio, en los eventos en que el referido código disponga que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial. La sola previsión de la norma reseñada en el sentido de que la ineficacia opera sin requerir de declaración judicial que así la reconozca eximiría a este Tribunal de pronunciarse

sobre si el contrato objeto de la presente *litis* es de aquellos respecto de los cuales se ha previsto la no producción de efectos. Con todo, la ineficacia *sui generis* consagrada en nuestro estatuto mercantil lleva a la necesidad de constatar si, del inventario de situaciones que el Código de Comercio sanciona con ineficacia, se encuentra siquiera alguna de ellas presente en el contrato objeto de estudio.

A este respecto, cabe señalar que al cotejar las cláusulas contractuales con los supuestos normativos consagrados en los diversos artículos del Código de Comercio, no se encuentra ninguna que enmarque dentro de ellos. Sólo a título de ejemplo citaremos los artículos 150, 198, 200, 296, 297, 318, 407, 501, todos del Código de Comercio, referidos a las sociedades comerciales; los artículos 670 y 712 sobre títulos valores; el artículo 524 sobre el contrato de arrendamiento; los artículos 992 y 1055 sobre el contrato de seguros; el artículo 1203 que prohíbe el pacto pignoraticio y el 1324 sobre agencia comercial, todas ellas materias extrañas al contrato que nos ocupa y a sus cláusulas, sin perjuicio de las demás disposiciones de nuestra legislación en las que se incorpora la sanción de ineficacia. En conclusión, al analizar las cláusulas del contrato para la exportación de banano, no se halla disposición legal que les reste efecto y que impida por ende al Tribunal tenerlas en cuenta en el estudio de las pretensiones y de las excepciones que han formulado las partes.

## **INEXISTENCIA DEL CONTRATO**

Dispone el inciso 2° del artículo 898 del Código de Comercio que se considera inexistente el negocio jurídico celebrado sin consideración a las solemnidades sustanciales exigidas por la ley para su formación, o al que le falte alguno de sus elementos esenciales. Remiten las hipótesis al estudio de las solemnidades sustanciales y de los elementos esenciales del negocio, requerimientos éstos que el Tribunal analizará de cara al contrato para la exportación de banano que nos ocupa.

Al margen de las autorizadas discusiones sobre la existencia autónoma de esta figura en materia civil<sup>2</sup>, resulta incontestable su consagración positiva en nuestra legislación mercantil, con características y consecuencias particulares en el campo jurídico, que hablan de su autonomía frente a figuras próximas como la nulidad.

---

<sup>2</sup> En este sentido se pronuncian la doctrina nacional representada por Guillermo Ospina Fernández. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*, Bogotá, Temis, 7ª edición, 2009 y Jaime Alberto Arrubla Paucar. *Contratos Mercantiles*, Medellín, Diké, 1988.

En adición, aunque el Tribunal no desconoce el debate doctrinal sobre si la inexistencia del contrato opera o no de pleno derecho, acogemos aquí las tesis de quienes preconizan la necesidad de que sea declarada judicialmente<sup>3</sup>, pues sostener lo contrario expone a quien pretenda la restitución de lo entregado en un contrato inexistente a la falta de un mecanismo judicial para obtenerla. Por lo demás, no dice la ley mercantil que la inexistencia está exonerada de declaración judicial, como sí lo hace con total claridad frente a la ineficacia consagrada en el artículo 897 C. de Co.

En punto a las *solemnidades sustanciales*, ha de recordarse que éstas se refieren a requisitos que ha impuesto el legislador como necesarios para la validez del negocio jurídico. En tales casos, la protección del interés general ha llevado al legislador a consagrar estas solemnidades, verdaderas excepciones al principio de consensualidad que gobierna la materia mercantil.

En relación con los *elementos esenciales*, la doctrina entiende que son aquellos sin los cuales el contrato no puede subsistir<sup>4</sup>. Se trata, en consecuencia, de un elemento cuya ausencia hace imposible el nacimiento del contrato a la vida jurídica o lo convierte en otro tipo de contrato. Lo que es de destacar es que la sanción de inexistencia del contrato, como consecuencia jurídica por pretermirse uno o algunos de los elementos esenciales, hace relación a lo que la ley haya establecido como elementos estructuradores frente a cada tipo de convención, mas no con lo que las partes dispongan en el contrato o sobre lo que ellas estiman esencial para el mismo.

Encuentra el Tribunal que el contrato por el cual el señor HAJDUK se obligó a entregar banano apto para la exportación tipo 'Premium Turbana' producido en su finca Polonia a UNIBÁN, y éste, a su turno, se comprometió a recibirlo y exportarlo a cambio de una remuneración, es de aquellos que no requieren de solemnidades sustanciales, como tampoco falta en él elemento esencial, como podría ser la remuneración, propia de todo encargo.

## **NULIDAD DEL CONTRATO**

Establece el Código de Comercio en sus artículos 899 y 900 las causales de nulidad y de anulabilidad del contrato. Dentro de las primeras están la contrariedad a norma imperativa, la causa u objeto ilícitos y la celebración por persona absolutamente incapaz. Por tratarse en el caso del artículo 898 C. de Co. de

<sup>3</sup> Cfr. Jaime Arrubla Paucar, ob. cit., p. 187.

<sup>4</sup> Cfr. R. J. Pothier. *Tratado de las Obligaciones*, Buenos Aires, editorial Heliasta S.R.L., 1978, p. 14.



nulidades que abren para el fallador la posibilidad de declararlas de oficio si el vicio es manifiesto, procede este Tribunal a pronunciarse al respecto.

Así, encontramos que el contrato objeto de estudio no contraría norma imperativa, en cuanto su celebración y las prestaciones y contraprestaciones que de él se derivan no desconocen norma alguna que limite la expresión de la autonomía privada. En adición, tiene el contrato de marras objeto y causa lícita, como que nada consta en el expediente que persuada al Tribunal a considerar como ilegítimas las razones que animaron a las partes para su celebración, como tampoco el objeto sobre el cual recae. En relación con la celebración por persona absolutamente incapaz, ninguna de las partes ha desconocido la capacidad de su cocontratante para celebrar el contrato ni aparecen elementos que lleven a este Tribunal a concluir que se ha celebrado por persona absolutamente incapaz.

En relación con la causal de nulidad que impetra el convocado, referida a la ausencia de uno de los elementos que él estima esencial dentro del contrato para la exportación de banano, a saber, la propiedad de acciones de UNIBÁN que debía tener el convocado durante la vigencia del contrato, se tiene lo siguiente:

Para el convocado existían dentro del contrato en cuestión dos estipulaciones que considera de su esencia: la vertida en la Cláusula Primera, en la cual se da cuenta de la existencia de un sembradío de 128,8 hectáreas de banano de las calidades que allí se señalan de propiedad del productor (señor HAJDUK), y la consagrada en el párrafo de la Cláusula Sexta, en el que se establece la proporción de acciones de UNIBÁN que el productor debía tener por hectárea contratada, a saber: 6.188 acciones.

Señala igualmente el productor, hoy convocado, que desde la firma del contrato se encontraba impedido para cumplir con la obligación de tener acciones de UNIBÁN, porque éste "le había suscrito acciones ineficaces que dejaban sin ningún piso los elementos esenciales del "CONTRATO PARA LA EXPORTACIÓN DE BANANO"" (folio 111 del expediente), de lo cual deriva el excepcionante que el referido contrato "nació NULO, de NULIDAD ABSOLUTA, porque en consideración a la naturaleza del mismo, se requería para su existencia el cumplimiento de dos requisitos esenciales y tan esenciales que se pactó la cláusula DECIMA QUINTA como sanción a imponer si se incumplía alguno de ellos" (folios 111 y 112 del expediente).

Tal y como viene de ser señalado, la consecuencia que la ley mercantil asigna a la ausencia de los elementos esenciales del negocio jurídico es la inexistencia del contrato y no la nulidad del mismo. Estas dos figuras ofrecen consecuencias bien diferenciadas en el plano legal. Así, por ejemplo, mientras que el contrato inexistente no nace a la vida jurídica por falta de sus elementos esenciales o estructuradores, el contrato viciado de nulidad nace a la vida jurídica y así permanece mientras una declaración judicial no disponga en contrario. La ausencia de elementos esenciales se ha tipificado pues como una causal de inexistencia, no como una causal de nulidad, y ha de resaltarse que éstas son taxativas. No podría en consecuencia erigirse como causal de nulidad la pretendida ausencia de uno de los elementos esenciales del contrato pues ella constituye es causal de inexistencia, lo cual bastaría por sí sólo para declarar no probada la excepción.

Con todo, en aras de establecer si en efecto se encuentra estructurado un vicio que afecte la validez del contrato para exportación de banano, consistente en que UNIBÁN ofreció de sus acciones al productor y éste las suscribió, con la circunstancia de que más adelante la emisión fue declarada ineficaz, afectando de esta manera el número mínimo de acciones que el productor debía poseer durante la vigencia del contrato, este Tribunal analiza:

El contrato suscrito entre las parte no fue nominado por ellas. Se indica en la Cláusula Tercera que por él, el productor se obliga a entregar a UNIBÁN su producción de banano y éste se compromete a recibirlo y exportarlo en determinadas condiciones de precio, a cambio de lo cual percibe una comisión. UNIBÁN recibe el banano para la exportación, lo comercializa en el exterior y entrega al productor el precio en las condiciones convenidas. Por esta gestión UNIBÁN recibe una remuneración consistente en una suma fija por cada caja exportada. El objeto del contrato es pues comercializar el banano que se produce en la propiedad del productor. En una de sus estipulaciones, las partes convinieron en que durante su vigencia, el productor debería adquirir y conservar una proporción de acciones de la comercializadora UNIBÁN equivalente a 6.188 acciones por hectárea contratada, como también a adquirir acciones en las nuevas emisiones que por hectárea le correspondieran, so pena de reconocer a favor de UNIBÁN la sanción prevista en la cláusula décima quinta del referido contrato. En otros términos, el productor adquirió el compromiso de ser accionista de UNIBÁN durante la vigencia del contrato.

A la luz de la doctrina y la legislación, la naturaleza de esta disposición no puede ser otra que la un elemento accidental del contrato, esto es, aquel “que sólo mediante una cláusula especial vienen contenidas en el mismo”<sup>5</sup>. En contraste, sabemos ya que los elementos esenciales son aquellos sin los cuales el contrato no puede subsistir, no porque las partes dentro de la libre conformación de las obligaciones recíprocas así los consideren, sino porque la ley, en ausencia de ese elemento priva al acuerdo de alcance contractual.

El compromiso de adquisición de acciones, sin duda elemento relevante para que el productor acceda a los eventuales beneficios del esquema de comercialización de UNIBÁN, no se erige como condición *sine qua non* para que se configure el contrato para la exportación del banano. Es que como ya se ha indicado, no es la estimación subjetiva de las partes sobre qué tan esencial es o no una cláusula dentro del contrato lo que el legislador erige como causal de inexistencia, sino la ausencia de alguno de los elementos estructuradores del contrato, esto es, aquellos sin los cuales la convención no pudo surgir.

Esta anomalía del negocio jurídico no se predica en ausencia de elementos esenciales de un acuerdo contractual, sino en eventos como los previstos en el artículo 899 del Código de Comercio pero, si así fuera, ya indicamos que las titularidad sobre acciones de UNIBÁN en los términos del contrato analizado no corresponde a un elemento esencial del mismo, ni constituye requisito de validez del mismo y, por tanto, esta excepción debe desestimarse.

Por las razones indicadas, el Tribunal declarará no probada la excepción de nulidad propuesta por el convocado.

## **SOBRE OTRAS EXCEPCIONES PROBABLES**

Frente al mandato del artículo 306 del Código de Procedimiento Civil, el Tribunal ha revisado la actuación y no encuentra hechos probados que constituyan excepciones que deba declarar de oficio.

## **CAPÍTULO XII REINTEGRO, COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO**

**Reintegro.** Los valores fijados a las partes por concepto de honorarios de los árbitros y secretario, gastos de funcionamiento y administración, en la cuantía total

---

<sup>5</sup> Pothier. *Tratado de las Obligaciones*, ob. cit., p. 16.

señalada en la audiencia celebrada el 1º de diciembre de 2009, fueron cubiertos oportunamente y en su integridad, por la parte convocante. En atención a que en el plenario no hay constancia de que lo que le correspondía pagar al convocado le hubiere sido reembolsado voluntariamente a la demandante o que ésta lo hubiera exigido ejecutivamente, se ordenará que el señor WLADYSLAO HAJDUK KURON le reembolse o reintegre a C.I UNIBAN S.A., a título de honorarios y gastos del arbitramento, la suma que a aquel le correspondía pagar, esto es, la cantidad de \$30'488.000, más lo intereses de mora sobre dicha suma a la tasa máxima permitida, desde el vencimiento del plazo para consignar (15 de diciembre de 2009) hasta el momento del pago efectivo; todo lo anterior conforme a lo previsto en el inciso tercero del artículo 144 del decreto 1818 de 1998.

**Costas.** Al prosperar las pretensiones de la demanda, unas principales y otras subsidiarias que satisfacen en su totalidad los intereses jurídico-patrimoniales de la parte actora, en aplicación a lo dispuesto por el numeral 1 del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 42 de la Ley 794 de 2003, se condenará al convocado, por haber resultado vencido, a pagar las costas del proceso a la convocante, las cuales comprenden los gastos arbitrales que ésta realizó en su propio nombre, en cuantía de \$30'488.000, al tenor de la regulación practicada en la ya referida audiencia del 1º de diciembre de 2009. No se acreditaron otros gastos.

**Agencias en derecho.** Dadas las decisiones que se adoptan en el presente laudo, se condenará al convocado a pagar a la convocante las agencias en derecho por la prosperidad de las pretensiones. A este propósito el Tribunal aplica las disposiciones del Acuerdo No. 1887 de 2003 modificado por el Acuerdo 2222 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura en lo pertinente, y, en consecuencia, fija las agencias en derecho en la suma de \$12'000.000.

### **CAPÍTULO XIII**

#### **PARTE RESOLUTIVA**

En mérito de todo lo expuesto, el Tribunal Arbitral constituido para dirimir en derecho las controversias suscitadas entre C.I. UNIÓN DE BANANEROS DE URABÁ S.A. –UNIBÁN- y el señor WLADYSLAO HAJDUK KURON, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la ley y habilitación de las partes,

## RESUELVE:

- 1°. Desestimar las excepciones de mérito formuladas por el convocado WLADYSLAO AHJDUK KURON, por las razones indicadas en la parte motiva de esta providencia.
- 2°. Desestimar, por ausencia de fundamentos de hecho y de derecho, la PRETENSIÓN PRIMERA PRINCIPAL de la demanda, según lo analizado en la parte considerativa de este laudo.
- 3°. Acoger la PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA PRIMERA PRINCIPAL de la demanda en los siguientes términos: declarar que el "CONTRATO PARA LA EXPORTACION DE BANANO", celebrado el día 30 de diciembre de 1996 entre el señor WLADYSLAO HAJDUK KURON y C.I. UNIÓN DE BANANEROS DE URABÁ SA. - UNIBÁN, terminó por incumplimiento del señor HAJDUK ocurrido desde el día 27 de julio de 1998, consistente en haber dejado de entregar a C. I. UNIBÁN S.A. la fruta prevista en dicho contrato, producida en la finca "Polonia", para su exportación por parte de la convocante.
- 4°. Acceder a la PRETENSION SEGUNDA de la demanda bajo la siguiente formulación: declarar que, como consecuencia de la terminación del "CONTRATO PARA LA EXPORTACION DE BANANO", por incumplimiento del convocado, se causó la cláusula penal prevista en la estipulación DÉCIMA QUINTA de dicho contrato, el día 31 de agosto de 1998, a cargo del señor WLADYSLAO HAJDUK KURON y a favor de C.I. UNIÓN DE BANANEROS DE URABÁ SA. UNIBÁN.
- 5°. Acoger la PRETENSION TERCERA de la demanda y, consiguientemente, condenar al señor WLADYSLAO HAJDUK KURON a pagar a la sociedad C.I. UNIÓN DE BANANEROS DE URABÁ S.A. UNIBÁN, por concepto de la cláusula penal pactada en la estipulación DÉCIMA QUINTA del CONTRATO PARA LA EXPORTACIÓN DE BANANO, la cantidad de QUINIENTOS VEINTICINCO MILLONES CINCUENTA Y CINCO MIL SETECIENTOS SESENTA Y SEIS PESOS (\$525.055.766.00).
- 6°. Desestimar la PRETENSIÓN CUARTA PRINCIPAL de la demanda, por improcedencia de la acumulación de la cláusula penal con los intereses moratorios, conforme a lo explicado en las motivaciones de este laudo.

7°. Acceder a la PRETENSION SUBSIDIARIA DE LA CUARTA PRINCIPAL de la demanda, reconociendo la indexación o corrección monetaria de la cláusula penal, con base en la variación del índice nacional de precios al consumidor (IPC), desde 21 de octubre de 2009 y el 20 de mayo de 2010, acorde con lo motivado en esta providencia. Consiguientemente, la condena impuesta en el ordinal 5° de la parte resolutive del presente laudo asciende, con la indexación incluida hasta la fecha, a la suma de QUINIENTOS TREINTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS SETENTA Y NUEVE PESOS (\$536.948.279.00). La cláusula penal, en cuantía de QUINIENTOS VEINTICINCO MILLONES CINCUENTA Y CINCO MIL SETECIENTOS SESENTA Y SEIS PESOS (\$525.055.766.00), además, será objeto de indexación, con base en el IPC, en el periodo comprendido entre el 21 de octubre de 2009 y la fecha del pago de la multa.

8°. De acuerdo con lo motivado en el CAPITULO XII de este laudo, condenar al señor WLADYSLAO HAJDUK KURON a pagar a la sociedad demandante, C.I. UNIÓN DE BANANEROS DE URABÁ S.A.- UNIBÁN, las costas del proceso y las agencias en derecho, conforme al inciso 1° del artículo 392 del C. de P. C. (modificado por el artículo 42 de la Ley 794 de 2003), y además al reintegro que le corresponde efectuar en consideración a que la totalidad de los honorarios del tribunal y gastos del arbitramento fueron cancelados por la convocante, dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 144 del Decreto 1818 de 1998. Por consiguiente, se condena al convocado a pagar las siguientes sumas líquidas a la parte demandante:

a). Por reembolso de la cuota parte que le incumbía pagar por honorarios y gastos, la cantidad de TREINTA MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL PESOS (\$30'488.000.00), más lo intereses de mora sobre dicha suma a la tasa máxima permitida, desde el 15 de diciembre de de 2009, fecha de vencimiento del plazo para consignar, hasta el momento del pago efectivo.

b). Por costas o gastos arbitrales en que incurrió la convocante por sí misma, la suma de TREINTA MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL PESOS (\$30'488.000.00).

c). Por agencias en derecho, la cantidad de DOCE MILLONES DE PESOS (\$12.000.000.00).


9°. En firme este laudo, se protocolizará el expediente por parte del Presidente del Tribunal en una de las Notarías de Medellín, y se practicará la liquidación y rendición de cuentas.

10°. Expídanse copias auténticas del presente laudo y entréguese a las partes.

Este laudo arbitral queda notificado en estrados.

  
**ADRIANA ZAPATA DE ARBELAEZ**  
Arbitro

  
**GABRIEL CORREA ARANGO**  
Arbitro

  
**CARLOS ANIBAL RESTREPO S.**  
Arbitro Presidente

  
**ALVARO FRANCISCO GAVIRIA A.**  
Secretario