TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

BAG’S KING LIMITADA EN ACUERDO DE REESTRUCTURACIÓN

CONTRA

MASTER QUIMICA LIMITADA

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., veinticinco (25) de marzo de dos mil once (2011)

Cumplido el trámite del proceso de la referencia y en el término previsto por la ley, procede el Tribunal de Arbitraje integrado por el doctor JORGE PINZÓN SÁNCHEZ, árbitro único, con la secretaría de ANDREA QUIROGA RODRÍGUEZ, a dictar el laudo que en derecho corresponde, el cual pone fin a este trámite y resuelve las diferencias contractuales surgidas entre las sociedades BAG’S KING LIMITADA EN ACUERDO DE REESTRUCTURACIÓN, en adelante BAG’S KING, parte Convocante, y MASTER QUIMICA LIMITADA, en adelante MASTER QUÍMICA, parte Convocada.

A. ANTECEDENTES DEL PROCESO.

1. El Contrato origen de las controversias.

Las diferencias sometidas a conocimiento y decisión de este Tribunal se derivan del
contrato de “Distribución” de fecha quince (15) de diciembre de dos mil nueve (2009),
el cual obran en el expediente a folios 11 a 18 del Cuaderno de Pruebas Nº 1.

2. El Pacto Arbitral.

Las partes de común acuerdo, el día 28 de septiembre de 2010, mediante otro al
contrato de Distribución de 15 de diciembre de 2009, modificaron la cláusula
Cuadragésima Segunda, tal como consta en el Cuaderno de Principal Nº 1, a folio 34,
en cuyo texto está contenida la cláusula compromisoria que sirve de sustento al
presente trámite arbitral y que a la letra señala:

“CUADRALEGIMA SEGUNDA. ARBITRAMENTO: Toda diferencia o
contraversia que surja en relación con el presente contrato será
resuelta por un Tribunal de Arbitramento que se sujetará a las Reglas
establecidas en el Reglamento de Procedimiento de Arbitraje
Mipymes del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de
Comercio de Bogotá.

El Tribunal estará conformado por un árbitro designado por el Centro
de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, el
cual fallará en derecho.

La sede del Tribunal será el Centro de Arbitraje y Conciliación de la
Cámara de Comercio de Bogotá”.

5
3. El trámite del proceso arbitral.

3.1. La convocatoria del Tribunal Arbitral: El 13 de octubre de 2010 la sociedad BAG’S KING presentó, a través de apoderado judicial, la solicitud de convocatoria de Tribunal de Arbitramiento para resolver las diferencias surgidas con la sociedad MASTER QUÍMICA en relación con el "CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN" (folios 38 a 46 del Cuaderno Principal).

3.2. Designación del Árbitro: De acuerdo con lo establecido en el pacto arbitral, el día 3 de noviembre de 2010 el Centro de Arbitraje y Conciliación designó mediante sorteo público al doctor JORGE PINZÓN SÁNCHEZ como árbitro del presente Tribunal (Cuaderno de Principal No. 1, folio 51). Designación que fue informada por el Centro de Arbitraje y aceptada oportunamente por el árbitro.

3.3. Instalación: El día 16 de noviembre de 2010, mediante Auto No. 1 el Tribunal se declaró legalmente instalado, nombró como Secretaria a la doctora ANDREA QUIROGA RODRÍGUEZ, fijó como lugar de funcionamiento y Secretaría el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá; y admitió la demanda presentada y corrió traslado de la misma a la parte convocada. (Cuaderno Principal No. 1, folios 58 a 60)

3.4. Admisión de la demanda y notificación: Por auto proferido en la audiencia de
16 de noviembre de 2010, folios 58 a 60 del Cuaderno Principal No. 1, el Tribunal admitió la demanda y ordenó correr traslado de ella a la parte Convocada en los términos de los artículos 428 y concordantes del C. de P.C. El día 16 de noviembre de 2010 fue notificada la sociedad Convocada a través de su apoderado judicial, tal como consta a folios 59 y 60 del Cuaderno Principal No. 1.

3.5. Contestación de la demanda y traslado de excepciones de mérito: Estando dentro de la oportunidad legal, el 30 de noviembre de 2010 la parte convocada contestó la demanda arbitral, con expresa oposición a las pretensiones e interpuso una excepción de fondo, de la cual se corrió traslado por secretaría a la parte convocante, quien dentro del término legal descorrió el traslado respectivo (Cuaderno Principal No. 1, folios 64 al 83).

3.6. Audiencia de conciliación: El 14 de diciembre de 2010, mediante Auto No. 1 (Acta No. 2) el Tribunal fijó fecha para audiencia de conciliación en los términos previstos en el artículo 9º del Reglamento de Procedimiento de Arbitraje Mipymes (Folio 84 del Cuaderno Principal No. 1). El día 13 de enero de 2011 Auto No. 1 (Acta No. 3) decretó fracasada la etapa conciliatoria y citó para la Primera Audiencia de Trámite.

3.8. Primera audiencia de trámite: El día 20 de enero de 2011, se surtió la primera audiencia de trámite (Acta No. 4 folios 93 a 95 del Cuaderno Principal), en la que se
dio cumplimiento a las formalidades previstas en el artículo 147 del Decreto 1818 de 1998; en ella, el Tribunal asumió competencia para conocer y decidir en derecho las controversias surgidas entre las sociedades BAG’S KING LIMITADA EN ACUERDO DE REESTRUCTURACIÓN, como parte y MASTER QUIMICA LIMITADA, parte Convocada.

Igualmente, el Tribunal profirió el auto de decreto de pruebas, señaló fechas para la práctica de las diligencias y declaró finalizada la Primera Audiencia de Trámite.

3.9. Instrucción del proceso:

3.9.1. Prueba documental: Con el valor que la ley les confiere, se agregaron al expediente los documentos aportados por la parte Convocante con el escrito de demanda, que se relacionan en la demanda que obra a folios 43 y 44 del Cuaderno Principal No. 1. Con la contestación de la demanda fueron aportadas pruebas documentales que se relacionan en la misma que obra a folios 77 a 79 del Cuaderno Principal No. 1 por la parte Convocada.

3.9.2. Interrogatorios de parte: Los interrogatorios de parte de las señoras ROSAURA TOBON GAVIRIA y JULIA ESPERANZA VANEGAS JARA representantes legales de la parte convocante y convocada, respectivamente, se practicaron el día 27 de enero de 2011 (Acta No. 6 folios 116 a 120 del Cuaderno Principal No. 1),
versiones que fueron grabadas e incorporadas en el expediente.

3.9.4. Testimonios: En audiencia de 24 de enero de 2011 rindieron testimonio los señores MARIA ELENA TOBON GAVIRIA, SANTIAGO TOBON GAVIRIA, LOMBARDO RODRÍGUEZ LÓPEZ y RAFAEL ALEXIS CÁCERES RUIZ (Acta No. 5 y que obra a folios 108 a 115 del Cuaderno Principal No.1) y el día 27 de enero de 2011 rindió testimonio la señora ADRIANA GÓMEZ MONCALEANO (Acta No. 6 folios 116 a 120 del Cuaderno Principal No. 1), versiones que fueron grabadas e incorporadas en el expediente.

3.9.5. Inspección Judicial: El 2 de febrero de 2011 se llevó a cabo la inspección judicial en las instalaciones de BAG’S KING, la cual fue atendida por la representante legal de la misma y en la que se exhibió materias primas y chalecos. En la misma diligencia el Tribunal decretó como prueba de oficio una certificación por parte del Revisor Fiscal de la Convocante referente a las materias primas y chalecos exhibidos que fueron relacionados en un documento aportado por la misma parte en el desarrollo de la diligencia. Con fecha 7 de febrero de 2011, el apoderado de la parte convocante, remitió una certificación del Revisor Fiscal de BAG’S KING, referente al valor del inventario de las materias primas y del producto terminado de chalecos expandibles. De dicho documento se le corrió traslado a la parte convocada.

3.10. Cierre etapa probatoria. Por auto No. 1 (Acta No. 7) de fecha dos (2) de febrero
de 2011, se decretó el cierre de la etapa probatoria y se fijó fecha para surtir la audiencia de alegatos de conclusión para el día quince (15) de febrero de 2011 (folio 123 del Cuaderno Principal No. 1).

3.11. Alegatos de Conclusión. Recaudado así el acervo probatorio, el Tribunal en sesión del quince (15) de febrero de 2011 realizó la audiencia de alegaciones, en la que las partes formularon oralmente sus respectivos planteamientos finales y entregaron cada uno un memorial con el resumen de los mismos, documentos que forma parte del expediente (Acta No 8, folios 132 a 155 del Cuaderno Principal N° 1).

4. Término de duración del proceso.

Conforme lo dispuso el Tribunal al asumir competencia, el término de duración de este proceso es de un (1) mes contado a partir de la fecha de finalización de la Primera Audiencia de Trámite, más la prórroga oficiosa de dicho término, según lo dispone el artículo 12 del Reglamento de Procedimiento de Arbitraje Mipymes de la Cámara de Comercio de Bogotá.

La primera audiencia de trámite se inició el día veinte (20) de enero de 2011 (Acta No. 4 folios 93 a 99 del Cuaderno Principal No. 1) y finalizó en la misma fecha. Por solicitud de las partes el término del proceso se suspendió durante las siguientes fechas:
Del 3 de febrero al 7 de febrero de 2011 y del 12 de febrero al 14 de febrero de 2011, todas las fechas inclusive. En total, el proceso se suspendió durante 8 días, con lo cual el término se extiende hasta el veintiocho (28) de febrero de 2011. Sin embargo, teniendo en cuenta la prórroga de oficio del término del Tribunal, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12 del Reglamento de Procedimiento de Arbitraje Mipymes, dicho plazo se extiende hasta el veintiocho (28) de febrero de 2011; por lo tanto, el Tribunal se encuentra dentro de la oportunidad legal para proferir el presente laudo.

5. Presupuestos Procesales y nulidades sustanciales.

El Tribunal encuentra cumplidos los requisitos indispensables para la validez del proceso arbitral ya que las actuaciones procesales se desarrollaron con observancia de las previsiones legales; no se advierte causal alguna de nulidad y, por ello, puede dictar Laudo de mérito, el cual se profiere en derecho. En efecto, de los documentos aportados al proceso y examinados por el Tribunal se estableció:

5.1. Demanda en forma: La demanda cumplió con los requisitos exigidos por los artículos 75 y siguientes del C. de P. C., así como de las demás normas concordantes, y por ello, en su oportunidad, el Tribunal la sometió a trámite.

5.2. Competencia: Conforme se declaró por Auto No. 1 (Acta No. 4) de 20 de enero
de 2011 proferido en la primera audiencia de trámite, el Tribunal asumió competencia para conocer y decidir en derecho las controversias surgidas entre las sociedades BAG’S KING LIMITEDA EN ACUERDO DE REESTRUCTURACIÓN, parte Convocante, y MASTER QUIMICA LIMITADA, parte Convocada.

5.3. Capacidad: Tanto la parte Convocante como la Convocada son sujetos plenamente capaces para comparecer al proceso y tienen capacidad para transigir, y en la documentación aportada no se encuentra restricción alguna al efecto; las diferencias surgidas entre ellas, sometidas a conocimiento y decisión de este Tribunal, son susceptibles de definirse por transacción y, además, por tratarse de un arbitramiento en derecho, han comparecido al proceso por conducto de sus representantes legales y de sus apoderados, debidamente constituidos y así reconocidos.


6.1. Convocante: La EMPRESA BAG’S KING LIMITEDA EN REESTRUCTURACIÓN, es una sociedad debidamente constituida, teniendo en cuenta para ello el certificado de existencia y representación legal que obra en el expediente, y comparece a este proceso a través de su representante legal, la señora ROSAURA TOBON GAVIRIA, tal como consta en el Certificado de Existencia y Representación Legal que obra en el expediente a folios 48 a 50 del Cuaderno Principal No. 1.
6.2. Convocada: La EMPRESA MASTER QUÍMICA LIMITADA, es una sociedad debidamente constituida, teniendo en cuenta para ello el certificado de existencia y representación legal que obra en el expediente, y comparece a este proceso a través de su representante legal, la señora JULIA ESPERANZA VANEGAS JARA, tal como consta en el Certificado de Existencia y Representación Legal que obra en el expediente a folios 62 y 63 del Cuaderno Principal No. 1.

7. Apoderados judiciales.

Las partes comparecen al proceso arbitral representadas judicialmente por abogados; la parte Convocante por el doctor CESAR AUGUSTO RUANO FONSECA, y la parte Convocada por la doctora PAULA VIVIANA VAQUIRO RODRÍGUEZ, según los poderes a ellos conferidos. La personería de estos mandatarios se reconoció de manera oportuna por el Tribunal.

8. Pretensiones de la parte Convocante.

La parte Convocante en la demanda presentada, formuló las siguientes pretensiones:

"II. PRETENSIONES.

1. Que conforme a la CLAUSULA TRIGESIMA SEPTIMA DEL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN celebrado entre BAG'S KING EN ACUERDO DE REESTRUCTURACIÓN y MASTER QUIMICA LTDA, existió
incumplimiento grave por parte del DISTRIBUIDOR.

2. Que como consecuencia de lo anterior, se condene a MASTER QUIMICA LTDA, por los perjuicios causados a BAG’S KING LTDA EN ACUERDO DE REESTRUCTURACIÓN, los cuales se estiman en la suma de DOSCIENTOS MILLONES DE PESOS ($200.000.000) valor máximo aceptado por la modalidad de Arbitraje.

3. Que se declare la terminación del contrato de distribución, por incumplimiento grave imputable al DISTRIBUIDOR.

4. Que se condene al CONVOCADO al pago de los gastos y costas del proceso.


La parte Convocante fundamenta sus pretensiones en los hechos que relaciona en la demanda, a folios 38 a 43 del Cuaderno Principal No. 1, a los cuales se referirá el Tribunal al estudiar los temas materia de decisión.

10. Excepción de mérito formulada por la parte Convocada.

La apoderada de la Convocada en la contestación de la demanda, presentó la excepción de fondo que denominó “EXCEPCIÓN DEL CONTRATO NO CUMPLIDO”, Folio 73 a 75 del Cuaderno Principal No. 1.
11. Audiencia de Laudo.

La audiencia de laudo se fijó, mediante Auto No. 1 (Acta No. 8) proferido en la audiencia de quince (15) de febrero de 2011, para el día veinticinco (25) de marzo de 2011.

B. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Sentado todo lo anteriormente expuesto, procederá este Tribunal de Justicia a desatar las pretensiones propuestas con base en las siguientes consideraciones:

1. **El origen y la causa del contrato: El proyecto de ley sobre chalecos obligatorios para los motociclistas.**

Como se acreditó en el expediente, el Contrato de Distribución que genera el presente litigio tuvo su origen en un negocio planteado por un tercero ajeno al proceso, la sociedad 3M COLOMBIA S.A., iniciativa que obedeció al interés generado en ella por la Convocante, y consistente en una eventual oportunidad de negocio que podría derivarse de un Proyecto de Ley en curso en aquél entonces en el Congreso de la República, en el cual se contemplaba que los conductores de motocicleta tuvieran la obligación legal de portar chalecos reflectivos con determinados estándares que la
Convocante estaba en la capacidad de producir. Ante ello, la sociedad 3M COLOMBIA S.A., quien a su vez podía proveer de algunos materiales adecuados para la producción de los chalecos de conformidad con dichos estándares, como las cintas reflectivas, puso en contacto a la Convocante y a la Convocada y presentó un plan de trabajo referente a esa oportunidad de negocio. Al respecto, la prueba testimonial de la señora ADRIANA GÓMEZ MONCALEANO, es conclusiva para el Tribunal; se probó también que la Convocada, a su vez, en virtud de sus relaciones comerciales con la sociedad 3M COLOMBIA S.A. tuvo en cuenta esta iniciativa; y como lo declaró la representante legal de la convocada dentro de este proceso en la declaración de parte que ésta rindió, su representada no tenía ninguna experiencia ni conocimiento referente a la comercialización de tales chalecos, no obstante lo cual tomó la decisión de contratar.

Queda entonces establecido que la expectativa consistente en la promulgación de una ley que impusiera la obligación legal de portar chalecos de determinadas características por los motociclistas en todo el territorio nacional fue determinante para la celebración del contrato de distribución. Como se señalará más adelante, esa causa, o móvil determinante común, es de trascendencia para los efectos de este litigio, como quiera que se trata de un elemento contractual que, en los términos del derecho vigente, no sólo es relevante para eventuales declaratorias de nulidad, en este caso independientemente de que en el texto del Contrato de Distribución suscrito por las partes no se haya hecho alusión a la misma.
De conformidad con lo dispuesto en el numeral tercero del artículo 1502 del Código Civil (en adelante, "C.C."), aplicable en materia comercial de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 822 del Código de Comercio (en adelante, "C.Co."), entre los requisitos legales necesarios para que una persona se oblige con otra por un acto o declaración de voluntad, se encuentra el referente a que dicho acto "tenga una causa lícita", siendo causa, en los términos del inciso segundo del artículo 1524 del C.C., "...el motivo que induce al acto o contrato", en el entendido de que se trate de un móvil común o conocido por ambas partes, como lo fue el de este caso. La ley no exige que las partes condicionen a dicha causa su declaración de voluntad; y es evidente su trascendencia para efectos de la interpretación del contrato que obedece a la misma, pues es la intención de los contratantes, cuando se conoce claramente, la que prevalece sobre lo literal de las palabras de un contrato (C.C., art. 1618), así como para su eficacia, pues los contratos obedecen a una función económica social determinada, y es para su realización que se acuerdan y que deben cumplirse.

El contrato de distribución es un contrato atípico en los términos de la legislación colombiana; y esa circunstancia dota de particular importancia la específica intención y declaración de voluntad de las partes que lo celebran, unida a la finalidad económica propia de ese tipo de operación comercial. Esos dos asuntos permiten reiterar que, no obstante no haber sido pactada la circunstancia consistente en la promulgación de la ley basada en el proyecto de marras en forma de condición suspensiva o resutoria.
del contrato, para el cabal entendimiento del mismo es indispensable tener en cuenta que la promulgación de la ley proyectada era su razón de ser.

Como lo ha destacado la Corte Suprema de Justicia, dada la ausencia de regulación especial de los contratos atípicos, en relación con su admisión y validez "...es necesario establecer que su función económico-social se encuentra conforme con los principios éticos rectores del ordenamiento" (C.S.J., Sala de Casación Civil, sent. De oct. 22 de 2001, exp. 5817). La distribución corresponde a una función económico social perfectamente lícita y de gran importancia en el mundo de la intermediación comercial. Sobre dicha función económico social, ha precisado la doctrina nacional que "Comercializar o distribuir, es hacer llegar al público final lo que se produce. La actividad empresarial tiene que llevar hasta el consumidor su producción. Ese eslabón entre la empresa productora y el destinatario final que es el público, es la distribución" (Arrubla Paucar, Jaime Alberto. Contratos Mercantiles. Editorial Biblioteca Jurídica Diké, Tomo IV, Pag 483 y 484).

Es pues, en atención a esa finalidad de intermediación entre productores y adquirentes finales que tiene sentido la celebración y ejecución de esta clase de contratos.

2. **Lo pactado en el Contrato de Distribución:**
Simultáneamente con un contrato de suministro entre ellas (que no interesa en este proceso, ni fue invocado en las pretensiones de la demanda ni en las excepción interpuesta) las partes de este litigio también celebraron el día 15 de diciembre de 2009, como obra mediante folios 54 a 61 del Cuaderno de Pruebas No 1, un Contrato de Distribución, del cual se deben destacar aquí algunas características, todas las cuales constan en el texto aportado al plenario.

La parte convocante, denominada el PROVEEDOR, y la parte Convocada, denominada el DISTRIBUIDOR, acordaron que éste compraría los chalecos expansible BK de alta visibilidad únicamente al PROVEEDOR, quien a su vez los vendería únicamente a aquél, señalando como "territorio" asignado por el PROVEEDOR al DISTRIBUIDOR la República de Colombia. El DISTRIBUIDOR adquirió el derecho de fijar libremente los precios al público, pactándose como única remuneración al DISTRIBUIDOR la diferencia entre el precio en que éste comprara el producto al PROVEEDOR y el precio de venta al público. Para efectos de este litigio deben señalarse principalmente las siguientes cláusulas:

- La Décima Sexta, sobre entrega del producto, la cual dispone que: "El PROVEEDOR entregará el producto objeto de este contrato, solicitado mediante orden de compra, junto con la factura original y dos (2) copias correspondiente al producto, en las oficinas del DISTRIBUIDOR, o del PROVEEDOR en caso de ser necesario. Una vez entregada la mercancía, el DISTRIBUIDOR asume toda responsabilidad por la custodia, cuidado, manejo, almacenamiento así como del valor del transporte y demás gastos de la distribución en el TERRITORIO asignado"
- La Vigésima Sexta, sobre cupo de crédito, según la cual "El cupo de crédito que el proveedor otorga al distribuidor es de novecientos millones de pesos ($900.000.000) que se podrá revisar a conveniencia de las partes sobre el cual el distribuidor se compromete a entregar las garantías del caso a satisfacción del proveedor."

- La Vigésima Séptima, la cual se refiere a la reserva de exclusividad del distribuidor y contempla que: "El distribuidor no puede vender productos, materiales o equipos que entren en conflicto de intereses o competencia directa con el Producto del proveedor. Quedan expresamente excluidos de esta clausula chalecos distintos a los contenidos en el Anexo I a este contrato";

- La Vigésima Octava, sobre la reserva de exclusividad del proveedor, la cual dice que: "El proveedor no puede designar distribuidores del producto que entren en conflicto de intereses o competencia directa con el producto en el territorio asignado al distribuidor durante la vigencia de este contrato".

- La Trigésima Séptima, sobre terminación del Contrato y según la cual: "Cualquiera de las partes podrá dar por terminado este contrato mediante notificación por escrito que garantice confirmación de recepción: a- Por mutuo acuerdo; b.- En caso de incumplimiento grave por parte de la otra de sus obligaciones contractuales; c.- En caso de circunstancias excepcionales o de fuerza mayor que justifiquen una terminación anticipada (...)."

3. El litigio frente a la causa del contrato

El proyecto de ley considerado por las partes al contratar no culminó con la promulgación de ley alguna, tal y como quedó establecido en el proceso mediante
correo electrónico de 2 de marzo de 2010 de la señora Adriana Gómez Moncaeleano, dirigido a Julia Vanegas, como consta en el folio 136 del Cuaderno de Pruebas No 1, en el cual puede leerse que "Según la información recibida por Gerardo Ávila del Ministerio de Transporte, el Proyecto de Ley 207 (que incluye todos los puntos relacionados con el segmento de motociclistas) será detenido hasta nueva orden. Debido a la marcha realizada por los motociclistas, el ministerio decidió armar una mesa de trabajo que analice punto por punto el proyecto y se reforme donde sea necesario. Es una decisión netamente política y aunque la resolución del chaleco no es el punto más importante, se ve afectada porque va dentro del proyecto de ley"., y cuando ello ocurrió, ellas estaban ya vinculadas por su declaración de voluntad con la eficacia que le es propia, de conformidad con el principio de la normatividad consagrado en el artículo 1602 del C. C..

a. Ante esa circunstancia sobreviniente, no prevista en el contrato no obstante ser previsible, y ajena a la voluntad de las partes, la Convocada invitó a la Convocante a explorar las alternativas a que se refiere la comunicación que le envió el 2 de junio de 2010, remitiendo el denominado gestión de compra, comercialización y venta de los chalecos expansibles BAG’S KING por parte de MASTER QUIMICA LIMITADA, aportada al proceso, y en la que, señalaba que los señores "Lombardo Rodríguez y Rafael Cáceres estarán en contacto con Usted para conversar y acordar las decisiones a que haya lugar en este tema". Entre otros apartes, puede leerse que Master Química Ltda manifestó:
"2. …A la fecha se contactaron todos los interesados y el 50% no compran debido al precio, los restantes están considerando la oferta en razón al que precio les parece muy alto para el mercado.

"4. …La aceptación del chaleco es muy buena pero nadie lo compra por su precio".

"…con base en los resultados obtenidos hasta ahora y para lograr el éxito del proyecto vemos la necesidad urgente de evaluar lo obtenido y revisar algunos de los ítems (sic) inicialmente acordados en este negocio". (…)

"…1. Durante las conversaciones iniciales sostenidas por las dos empresas y la presentación del proyecto de comercialización de los chalecos expansibles en diciembre de 2009 por parte de Bag’s King, partimos de un proyecto de ley entonces y aún en curso que modifica las normas vigentes de transito y transporte en lo relativo a los motociclistas en el país establecería el uso obligatorio de chalecos de lata visibilidad para ellos, condición muy favorable para la venta del producto.

De acuerdo con las proyecciones presentadas inicialmente, el cambio de reglamentación para los motociclistas haría que las necesidades del mercado se incrementaran en Colombia superando las 10.000 unidades mensuales de chalecos de lata visibilidad para cumplir la norma. Sobre esta base se proyectó una producción de ese número de chalecos por parte de Bag’s King y la compra de ese número para distribución por parte de Master Química para cubrir la demanda prospectada por virtud del cambio de la normatividad.

La modificación esperada de la normatividad haciendo obligatorio el uso de chalecos de lata visibilidad no resultó, lo que nos deja al frente al mercado tradicional de motociclistas en el que el 53% de los potenciales compradores gana entre 1 y 2 salarios mínimos mensuales, es decir, una población de un
bajo poder adquisitivo comparado con los precios de los chalecos y que no está obligado a comprar prendas de alta visibilidad.

Esta situación objetivamente clara, de por sí, amerita un ajuste significativo en la prospección y planificación de unidades a producir y vender este año para que los planes de producción y venta se correspondan con las condiciones objetivas y la demanda real del mercado...”

“2...Es necesario suspender la producción de más chalecos pues corremos el riesgo de aumentar el stock de esta mercancía y por ende el lucro cesante debido a una sobreproducción injustificada por ahora. Seguir produciendo chalecos sin posicionar y vender las existencias sin tener en cuenta las condiciones especiales de un mercado que requiere técnicas especiales de mercadeo genera riesgos innecesarios para el proyecto y las dos compañías....

Para garantizar la viabilidad del proyecto y disminuir los riesgos para las dos empresas es urgente y necesario suspender la producción por parte de Bag’ s King y reanudarla una vez hayamos vendido el menos 5.000 de los 10.000 chalecos existentes y luego de encontrar un nicho favorable y estable en el mercado”.

“5. Para mejorar el proceso de introducción de los chalecos en el mercado y para la viabilizar una producción estable, y teniendo en cuenta que el precio es el factor determinante en la decisión de compra, estamos convencidos de la necesidad de tomar medidas urgentes que faciliten la venta de las 10.000 unidades que están embargadas”.

“6. Proponemos el siguiente plan de acción:

6.1. Para superar el obstáculo del precio proponemos que tanto Master Química como Bag’s King ajusten, cada uno, de los precios tanto de productor como al cliente final en un 20% trasladándole un 40% del margen al cliente final.
6.2 Para no poner en riesgo innecesario a las dos empresas debido al exceso de inventarios, suspender de parte de Bag’s King la producción de chalecos hasta cumplir la meta de venta de 5.000 unidades....

Por lo expuesto y en la seguridad de que tomar las medidas propuestas redundará en el sostenimiento de un negocio promisorio que requiere atención inmediata, les solicitamos tener en cuenta nuestros argumentos y expresar su acuerdo con el plan de acción propuesto.

Para conversar sobre el estado del proyecto, discutir oportunidades y opciones de acción, les proponemos una reunión el día miércoles 9 de junio a las 9am en la sede de Bag’s King. A ella asistirán los señores Lombardo Rodríguez y Rafael Cáceres por parte de Master Química quienes están autorizados para actuar y tomar decisiones en nombre de nuestra empresa®. (Folio 146 a 150 cuaderno principal No 1)

Las partes difieren en cuanto al sentido y alcance de dicha comunicación. En su libelo, la convocante sostiene que a través de ella la convocada le impartió la orden consistente en suspender la producción de los chalecos; y que, como consecuencia de ello, se vio obligada a paralizar la empresa y despedir el personal. La parte convocada niega que ese haya sido el alcance de su comunicación.

Al respecto, el Tribunal encuentra que el Contrato no le permitía impartir una orden de esa naturaleza al distribuidor y que, como se advierte con su simple lectura, la carta no la incluye. Cosa distinta es que ante la misma, y dado el fracaso de las conversaciones posteriormente ocurridas sostenidas entre las partes al respecto, y
que también fueron acreditadas en el proceso, la Convocante haya decidido por su cuenta y riesgo paralizar la operación de su empresa.

En consecuencia, y así lo decidirá el Tribunal en la parte resolutiva de este fallo, a este respecto no se configura incumplimiento alguno por parte de la convocada ni podrá condenársele a indemnización alguna.

b. En el contrato se estipuló que el distribuidor se obligaba a adquirir del proveedor una cantidad no inferior a 120.000 chalecos BK expansibles por año, para un total de 480.000 unidades por 4 años, que era el término previsto por el contrato, en su cláusula 2 literal c). Está probado que el fracaso o frustración de la causa o fin del contrato físcado en la expectativa del proyecto que finalmente no se convirtió en ley, se produjo antes del vencimiento del primer año de dicho plazo; y las partes no litigan ante este Tribunal respecto de órdenes de compra mediante las cuales se hayan solicitado chalecos antes de esa circunstancia. Tienen, sí, una discusión referente al efecto fiscal de la recepción por parte de la convocante de cinta reflectiva destinada a la elaboración de los chalecos; pero esa es una diferencia que no es objeto de pronunciamiento del Tribunal, como quiera que no se discute si ello constituye o no un incumplimiento contractual, ni tales efectos forman parte de los perjuicios pedidos por la parte convocante, todos los cuales se derivan de la que ella denomina "el valor de ganancia esperado" durante los cuatro años de duración del contrato, asunto que será materia de pronunciamiento posterior en este laudo.
Más aún, está probado que la parte convocante produjo chalecos expansibles; tal y como fue afirmado por ella misma en el hecho 9 de su demanda, en su bodega quedaron 2.248 chalecos, pero respecto de los cuales no se probó la existencia previa de orden de compra alguna proferida por la Convocada. La existencia de tales chalecos fue verificada en la diligencia de inspección judicial practicada en este proceso en las instalaciones de la Convocante. Al Tribunal no le corresponde especular sobre las razones por las cuales la parte Convocante anticipó dicha producción; sólo le cabe tener en cuenta, para efecto de la parte resolutoria de este fallo, y así lo decidirá, que por tratarse de un acto imputable a la parte convocante, de los costos y gastos derivados de dicha producción no puede seguirse alguna declaración o condena adversa a la parte convocada, como quiera que no se probó que dicha producción se debiera a un pedido u orden de compra suya dentro del primer año de vigencia del contrato, al cual le correspondía un número de ciento veinte mil chalecos.

c. La controversia entre las partes se centra entonces en que después de recibida la carta en cuestión, y habiendo sin éxito sostenido algunas reuniones con el propósito de definir, ante el fracaso del proyecto de ley, la suerte del negocio plasmado en el contrato, la parte Convocada profirió una orden de compra, como consta en el expediente, en los siguientes términos:
Orden de compra No. ADM 0041 de fecha 29 de junio de 2010.
Plazo de entrega: 10 días calendario
Proveedor: Bags King Ltda.
Forma de pago: 60 días fecha de radicación de la factura.
Total: $1,221,373,937
Fecha de entrega: en las observaciones del la orden de pago se estipuló como fecha de entrega el 08 de julio de 2010.

Esta conducta de la parte convocada debe ser examinada por el Tribunal desde un doble punto de vista: en cuanto a su sujeción frente a lo pactado en el contrato; y en cuanto a su corrección desde el punto de vista de la buena fe y lealtad contractuales.

c.1. La exigencia de garantías. En cuanto a lo primero, el Tribunal observa que en la ya transcrita cláusula Vigésima Sexta del contrato se previó el otorgamiento de garantías a satisfacción del proveedor. Pero en dicha cláusula no se distingue si las garantías en cuestión deben ser entregadas cuando se excede la cuantía del cupo; la expresión “sobre el cual” usada por ellas se refiere al cupo y no a un exceso respecto de éste.

En relación con la ejecución del contrato llevada a cabo antes de surgir controversias entre las partes, y con ocasión de órdenes de compra que no excedieran los $900,000,000, no se acreditó que se hubieran otorgado garantías ni que la convocante las hubiera exigido. Lo que sí está acreditado es que la parte convocante al recibir la orden de compra mencionada en el literal c) de este considerando, exigió el otorgamiento de una póliza como garantía, en atención a que el pedido excedía
dicho monto. Ello consta en documento aportado al plenario, correspondiente a un correo electrónico, en el que se indicó:

"Con satisfacción recibí su orden de compra No. ADM 0041 y en aras de dar cumplimiento formal al contrato de Distribución vigente entre ambas compañías (...) me permito informar que una vez recibido el día de ayer llegó a mis manos la Orden de Compra, de inmediato contacte con los proveedores para informarles la necesidad de contar con las materias primas suficientes y al respecto Bag's King Ltda., se compromete a cumplir con esta orden a los 120 días, a partir del recibo de la póliza de cumplimiento que garantiza el pago de conformidad con la Cláusula Vigésima Sexta del contrato de Distribución. Es importante tener en cuenta que el cupo de crédito establecido es de Novecientos Millones de Pesos y la Orden de compra excede dicho monto, por lo que le agradezco revisar el nuevo cupo de crédito a otorgar por parte de Bag's King Ltda. Le agradezco ordenar la corrección en el plazo de entrega (10 días calendario) de la mercancía, tal como ocurrió con la primera Orden de compra en donde figuraban dos días para la entrega, la cual fue reemplazada por una nueva donde se acordaron 5,000 unidades a Noventa Días y 5,000 unidades a 120 días". (Folio 31 del expediente)

Ante ello, y está también acreditado en este proceso, la convocada modificó tanto el plazo de entrega como el monto, para ordenar un pedido ligeramente inferior al monto de $900.000.000,00, sin que la misma fuera atendida por lo convocada. En su nueva orden de compra, correspondiente al correo electrónico de fecha 07 de julio de 2010 enviado por la señora Julia Vanegas obrante a folio 30 del expediente, manifestó:

"(...) Estudiada la cláusula vigésima sexta (cupo de crédito) a la cual usted hace
referencia en su mensaje, las partes en la ejecución de sus relaciones, no pactaron pólizas de cumplimiento de ninguna naturaleza. Reconsideramos nuestra orden de compra al monto de lo ordenado, la misma no excederá el valor del cupo de crédito, es decir, $900.000.000, incluido IVA, con el fin de que no se requiera entregar las garantías que se exigen en caso de que se exceda el cupo de crédito asignado dentro del contrato de distribución.

Adicionalmente, el tiempo señalado por usted para la entrega del pedido es inaceptable de nuestra parte teniendo en cuenta la cláusula trigésima primera (respaldo de suministro) en la cual el proveedor (Bag’s King) se compromete con el distribuidor (Master Química Ltda.) a que durante toda la vigencia del contrato mantendrá producto para cubrir las necesidades del distribuidor, por ello el tiempo de entrega será el que se estipule en la orden de compra ya que Bag’s King no puede tener como fechas de entrega los tiempos estipulados en el contrato de suministro celebrado con anterioridad y que a la fecha se encuentra finalizado y pendiente de devolución por parte de ustedes de una importante suma de dinero, valga anotar que en el contrato anterior de suministro Bag’s King no cumplió con los tiempos de entrega acordados”.

Con base en lo anterior, el Tribunal concluye que la propia conducta de las partes, esto es, la de la convocante, al exigir garantías por la orden que implicaba un exceso sobre el cupo, por un lado, y la de la convocada, por el otro, con el subsiguiente retiro de la orden inicial para sustituirla por una que no implicaba dicho exceso, permite sostener que, de conformidad con el principio consagrado en el inciso final del artículo 1.622 del C.C., en virtud del cual las cláusulas de un contrato también pueden interpretarse “por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte”, fueron los contratantes mismos quienes interpretaron su contrato en el sentido de que no se exige el otorgamiento de tales
garantías en todo evento, sino que ellas se exigen sólo cuando se excede el cupo de crédito concedido en el contrato en forma anticipada. Estima, además, el Tribunal que ese es el sentido en que las diversas disposiciones de esa cláusula resultan armónicas de conformidad con los criterios legales de interpretación de los contratos, y muy particularmente en función del artículo 1.620 y del inciso 1° del artículo 1.621 del C.C., que ordenan preservar la eficacia de toda previsión contractual, ateniéndose a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato, "en aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria". Parece acorde con la naturaleza de un contrato de distribución, entendida ésta en atención de su función económica social, que el cupo de crédito concedido al celebrarse el contrato opere hasta la cuantía en él fijado sin ninguna garantía y que cualquier pedido que lo exceda debe ser convenientemente amparado.

En ese orden de ideas, el Tribunal encuentra que la exigencia de garantías por parte de la convocante frente a la orden de compra del 1° de julio se ajustaba al contrato, tal y como lo confirma la forma en que ellas mismas lo interpretaron con su actuar, pues la misma excedía el valor del cupo. Ahora bien, al no haber aceptado la orden y solicitado garantías, la Convocante se ajustó al Contrato; y el pedido de la Convocada fue retirado por ésta para reemplazarlo por un segundo pedido que no excedía el cupo y que, por ende, no requería de garantía. En consecuencia, el pedido excesivo sin garantías no condujo a un incumplimiento dañoso, máxime si se tiene en cuenta que la Convocante no atendió la orden al solicitar la garantía, y respecto de la cual tan no
hubo acuerdo entre la convocante y la convocada que ésta última retiró la orden inicial.

c.2. La orden de compra posterior al fracaso del proyecto de ley, y su relevancia para fundamentar, tanto la pretensión de la convocante de declaración de incumplimiento, como la excepción de contrato no cumplido de la convocada.

Le llama la atención al Tribunal la conducta de la Convocada, la cual, aunque el 2 de junio de 2010 había invitado a la Convocante a replantear el negocio en los términos ya expuestos y que por sí solos son suficientemente elocuentes en cuanto a la conveniencia de suspender la producción, el 1º de julio de ese mismo año reaparece con una orden de compra terminante con un ajustado plazo de entrega y sin aceptar pedidos parciales, en los términos del correo electrónico transcrita. Y le llama la atención porque a través de esa orden la convocada exigió el cumplimiento del contrato a sabiendas de que la reventa de los chalecos pedidos a un precio que permitiera recuperar los costos era sumamente incierta dado el fracaso del proyecto de ley, pues portarlo no se hizo obligatorio – como ellos esperaban- y dejaba de ser previsible y era poco probable que fueran preferidos a las alternativas más baratas disponibles en el mercado.

Las partes se deben reciprocamente lealtad y corrección, deberes secundarios de comportamiento que surgen del principio de la buena fe contractual consagrado en el
artículo 871 del C.Co.; y la Corte Suprema de Justicia ha precisado que la prohibición legal del abuso del derecho (artículo 830 del C.Co), que sanciona el ejercicio de una prerrogativa sin un interés serio y legítimo con la indemnización de perjuicios, es posible en materia contractual (C.S.J. Sala de Casación Civil, Sentencia de 19 de octubre de 1994 y reiterada en el Sentencia de febrero 2 de 2001). La conducta de la convocada es reprochable en los términos de ambos cánones normativos. Pretender que se produjeran los chalecos pedidos en las circunstancias descritas es desleal e incorrecto, deslealtad e incorrección que se aprecia con la simple comparación y contraste entre semejante pedido y la conducta inmediatamente anterior, consistente en plantear alternativas frente al fracaso del proyecto de ley, ninguna de las cuales tenía que ver con el sin sentido de continuar la producción y venta de los mismos a sabiendas de lo ocurrido con el proyecto. Y resultaría abusivo, pues ante el escenario de mercado resultante, no existe un interés serio y legítimo en ordenar un pedido en tales circunstancias.

Ahora bien, como la convocante no atendió esa orden, no se generaron perjuicios en su contra derivados de esa censurable conducta de la convocada, y por ello, para efectos de la parte resolutiva del fallo, el Tribunal tendrá en cuenta que dicha conducta, no obstante los reparos ya indicados, no acarrea consecuencias indemnizatorias a cargo de la convocada. Y dado el carácter anticontractual de dicha conducta en razón de lo expuesto, para los efectos de la parte resolutiva del fallo, el Tribunal dispondrá que en esa orden de compra y en su falta de atención, la
convocada no puede fundamentar su excepción de contrato no cumplido, como quiera que el excepcionante, para tener éxito, tiene que, a su vez, estar cumpliendo el contrato, y mal puede considerarse cumplido al contratante que basa su excepción en una conducta desleal e incorrecta, contraria por tanto a su obligación legal de comportarse de buena fe, y que, además, actúa sin un interés serio y legítimo, por lo cual desborda la finalidad económico social del derecho que pretende hacer valer para exigir la obligación que dice estar incumplida por parte de su cocontratante para efectos de fundamentar su pretendida excepción.

La Corte Suprema de Justicia ha sido terminante al señalar que el excepcionante debe ser un contratante cumplido; y en el mismo sentido se pronuncia la doctrina nacional al puntualizar que "es manifiestamente contrario a la equidad y a la buena fe que debe presidir todo acto jurídico (art. 1603), el que en tales contratos- los bilaterales- una de las partes use, o mejor, o abuse de las acciones que la ley le otorga, para pretender que la otra parte cumpla, sin que ella a su vez haya cumplido ni manifieste su intención de cumplir las obligaciones de su cargo" (OSPINA FERNANDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo, TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO Y DEL NEGOCIO JURÍDICO, Ed. Temis, Bogotá, 7ª Edición 2005 Página 576).

Por su parte, la conducta de la convocante consistente en desdender, mediante la demanda por incumplimiento, de su propio acto previo, consistente en sostener que la
garantía era exigible por exceder el cupo de crédito, para ahora invocar incumplimiento cuando la orden no excede el monto de los $900.000.000,00, aunque se considerará como una reacción frente a la orden de compra recibida, también es reprochable desde el punto de vista de la buena fe que se deben los contratantes, pues, otra vez, al invocar un incumplimiento se pretende desconocer que desaparecida la base del negocio carece de sentido pretender que se cumpla el contrato, o, como ella lo hizo, reclamar una indemnización derivada de un incumplimiento.

4. La frustración del fin o base del negocio y sus consecuencias legales.

Ambas partes, una vez que se supo del fracaso del proyecto de ley argumentan, respectivamente, su demanda y su excepción basándose en que el uno incumplió el contrato al no otorgar unas garantías que se requerían para entregar unos chalecos con características que ya se sabía que no eran de porte obligatorio para los motociclistas, y en que el otro incumplió el contrato al abstenerse de producir esos mismos chalecos, cuyo precio frente al mercado no les auguraba ningún éxito. La convocante pidió la terminación del contrato, invocando el incumplimiento grave de la otra, y la convocada interpuso la excepción de contrato no cumplido. Ello implica que el Tribunal examine el concepto y las consecuencias del incumplimiento contractual, así como el concepto de terminación del contrato, a la luz de la frustración de su fin o base.
Los contratos son ley para las partes. Es indiscutible. Pero las partes no se obligan entre sí por el mero gusto de hacerlo, sino en virtud de la relación jurídica patrimonial entre ellas que constituyen, regulan o extinguen a través de su acuerdo (Artículo 864 C.Co.) en atención a una determinada finalidad, que es acorde con la función económica social propia del contrato que celebran, la cual, como ya se dijo, es de especial importancia en tratándose de contratos atípicos, como el de distribución, dada la ausencia de previsión legal de su estructura y efectos.

Cuando se discute si se ha dado o no un incumplimiento contractual como consecuencia de la pretensión de declaración de incumplimiento planteada por la convocante, el juez que debe pronunciarse sobre la terminación pedida con fundamento en ello, debe examinar: i) no sólo si es objetivamente posible cumplir las obligaciones contraídas por las partes, que es el análisis que se hace cuando se examina si ocurre o no una causal eximente de responsabilidad (por ejemplo la fuerza mayor), que no es el caso sub judice; ii) no sólo si un incumplimiento es materialmente relevante, que es el análisis que se hace para establecer si éste, de darse, es suficiente para demandar la resolución, que tampoco es el caso sub judice; y iii) no sólo si el cumplimiento es posible, pero en condiciones excesivamente onerosas y de conformidad con los requisitos legales que permiten pedir la revisión judicial a que se hace referencia en el Artículo 868 del C.Co. al consagrarse la improvisión contractual, tema que tampoco es el que se debate en este proceso.
En este caso, hay un contrato que es ley para las partes; no opera ninguna causal eximente de responsabilidad y no cabe invocar la improvisión; pero dada la trascendencia probada que le dieron las partes a la eventual aprobación de un proyecto de ley, expectativa en función de la cual decidieron celebrar el contrato que genera este litigio, el fracaso de esa causa de la contratación constituye un claro supuesto de lo que la doctrina extranjera denomina la "frustración del fin del contrato", en términos derivados de la doctrina anglosajona, o "destrucción de la base objetiva del negocio", en los términos de doctrina europea continental; y le corresponde al juez establecer si en un evento de esa clase puede exigirse el cumplimiento o derivarse consecuencias de incumplimientos, dado que la ejecución del contrato no conduce a ninguna de las partes al resultado buscado con su acuerdo.

Explica ESPERT SANZ que: "...en el Derecho anglosajón la frustración del fin del contrato es un concepto general que se refiere a una ineficacia sobrevenida al contrato por acontecimientos posteriores a su perfección y que puede ser debida a causas diversas: sobrevenida ilegalidad, incumplimiento de una condición tacita, imposibilidad física sobrevenida, pérdida de utilidad para el acreedor, mutación sobrevenida en lo que se consideraba base objetiva del negocio"; y al referirse a los efectos de la misma, señala que: "Así las cosas, sus efectos son "producir una ruptura (discharge) automática del contrato, incluso contra la voluntad de las partes, y una liberación a las mismas de toda prestación ulterior, con mantenimiento de las
prestaciones ya realizadas en virtud de una idea enroncada con el principio de los derechos adquiridos, y liberación de la obligación de realizar las prestaciones pendientes en virtud de la misma idea, considerándose como derechos aun no adquiridos* (ESPERT SANZ, Vicente. La Frustración del Fin del Contrato. Editorial Tecnos S.A, 1968, página 66 y 67)

Para ilustrar este aparte de las consideraciones del Tribunal resulta conveniente remitirse a los razonamientos de LARENZ sobre la base del negocio jurídico en función del cumplimiento de los contratos. Así, para el autor citado, la base del negocio jurídico en sentido objetivo es entendida como "el conjunto de circunstancias cuya existencia o persistencia presupone debidamente el contrato (lo sepan o no los contratantes), ya que de no ser así, no se lograría el fin del contrato, el propósito de las partes contratantes y la subsistencia del contrato no tendría "sentido, fin u objeto" (LARENZ, Karl. BASE DEL NEGOCIO JURÍDICO Y CUMPLIMIENTO DE LOS CONTRATOS, Trad. C. Fernández, Revista de derecho Privado. Madrid 1956 página 37).

Con base en esa noción, afirma que "La interpretación de un contrato no depende, pues, exclusivamente de las palabras usadas y de su significación inteligible para las partes, sino también de las circunstancias en la que fue concluido y a las que aquéllas se acomodaron. Si posteriormente se realiza una transformación fundamental de las circunstancias, posibilidad en que no habían pensado las partes contratantes y que
de ningún modo habían tenido en cuenta al ponderar sus intereses y al distribuir los riesgos, puede que el contrato, de ejecutarse pierda por completo su sentido originario y tenga consecuencias totalmente distintas de las que las partes habían proyectado o debieran razonablemente proyectar" (ob cit. Páginas 97 a 98). Y también observa cómo "La imposibilidad de alcanzar el fin objetivo del contrato..., o... la imposibilidad de la consecución del fin constituye, al lado de la destrucción de la relación de equivalencia, el segundo supuesto de hecho típico al realizarse el cual (con independencia del caso, legalmente regulado, de imposibilidad de la prestación) el contrato no merece ser conservado o serlo sin modificaciones, por haber perdido su sentido originario" (ob cit. Página 147).

En este Tribunal se ha pedido que se declare la terminación del contrato por incumplimiento grave con la consecuente indemnización de perjuicios; y ello fue respondido con la interposición de la excepción de contrato no cumplido. En otras palabras, las partes se endilgan recíprocamente el incumplimiento del contrato, a pesar de que para ambas la razón de ser de su celebración ya no existe. Y resulta que entre las causales de terminación que pactaron, en los términos de la Cláusula Trigésima Séptima previeron que cualquiera de ellas podía darlo por terminado "c. en caso de circunstancias excepcionales o de fuerza mayor que justifiquen una terminación anticipada". Se reitera que de los hechos aducidos en este proceso no se deriva la ocurrencia de fuerza mayor alguna; pero para el Tribunal es claro que las partes no quisieron limitar esta causal de terminación a la imposibilidad objetiva de
cumplimiento o a la ocurrencia de un evento eximente de responsabilidad. Por eso, precisamente, con el uso de la preposición "o" incluyeron como causal de terminación el caso de las que denominaron "circunstancias excepcionales" como distintas, y no sinónimas, de la fuerza mayor.

No entiende el Tribunal que dicha excepcionalidad sólo pueda predicarse de eventos tan extraordinarios e insólitos como la separación de las aguas del Mar Rojo; se trata de una circunstancia cuya excepcionalidad hay que apreciar en el contexto propio del contrato en cuya se pactó, independientemente de si era o no previsible para las partes, pues tampoco estamos en presencia de un caso de revisión judicial por improvisión de los contemplados en el Artículo 868 del C.C. Lo excepcional es lo que se aparta de la regla general; en este caso, en la regla pactada, esto es, en el contrato, se partió de la base de que el proyecto se convertiría en Ley de la República, y eso es lo que le daba sentido a la celebración y ejecución del acuerdo, pues forma parte de la autonomía de la voluntad, que comienza con la libertad de contratar o no, definir por qué se decide celebrar un contrato, con todas las consecuencias que apareja celebrarlo.

En este caso concreto, una vez fracasado el proyecto de ley, hecho externo y ajeno a la voluntad de las partes, riesgo éste que resulta asumido por ambas, se está frente a una circunstancia que, aunque previsible, resulta excepcional ante lo pactado, y que lleva a que carezca de sentido cumplir con el contrato, pues éste, no obstante su
bilateralidad y onerosidad (Artículos 1496 y 1497 del C.C.), queda privado de utilidad alguna para los contratantes, a quienes de nada les sirve insistir en la producción o en el pedido de unos chalecos expansibles que ya nadie está obligado a adquirir y cuyas características, que inciden en su costo y en su precio, corresponden precisamente a la expectativa de lo que iba a ser exigible en el supuesto de que el proyecto llegara a convertirse en ley.

En consecuencia, y así lo decidirá el Tribunal en la parte resolutiva pertinente, ante la frustración del fin o base del contrato, la parte convocante no puede alegar un incumplimiento contractual consistente en no otorgar unas garantías que conducirían a una producción sin sentido económico; y la parte convocada tampoco puede alegar que el convocante ha incumplido al abstenerse de atender una orden de compra que conduciría al mismo efecto. La intermediación mercantil, a través de sus diferentes instrumentos jurídicos, uno de los cuales es el contrato atípico de distribución, tiene la función económica social ya referida de llevar al consumidor o adquirente el bien o servicio intermediado para que éste lo adquiera. Y en este caso, ante la frustración de la eventualidad que las partes libremente consideraron determinante para contratar, asumiendo entonces los riesgos de que la misma no se materializara, dicha adquisición se compromete en forma objetiva y significativa, de manera que carece de sentido, en el contexto funcional propio de un contrato de distribución, empeñarse en la producción de chalecos adicionales a los ya producidos. Es que desaparecida la base del contrato, carece de sentido empeñarse inútilmente en cumplirlo, como
también carece de sentido declarar su incumplimiento.

Por lo anterior, el Tribunal concluye que de conformidad con lo expuesto, y en forma análoga a lo dispuesto en la parte final del inciso 2º del Artículo 868 del C.Co., cuando se frustra el fin o base de un negocio, tal y como aquí ocurrió, y no es posible reajuste alguno, como quiera que no se trata de una alteración del equilibrio contractual sino de una desaparición de la razón de ser del negocio, el juez a quien se ha pedido la terminación por incumplimiento, puede decretar la terminación del contrato pero por la frustración de su fin o base negocial, máxime tratándose de un contrato de ejecución sucesiva con un plazo pendiente, como lo es el contrato de distribución materia de esta controversia. Dicha terminación es, para los efectos del Artículo 1602 del C.C., una de las “causas legales” que permite que un contrato legalmente celebrado sea “invalidado” por sentencia judicial.

De acuerdo con el artículo 48 de Ley 153 de 1887, “Los jueces o magistrados que rehusaren juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley incurrirán en responsabilidad por denegación de justicia”; y el artículo 8º de esa misma ley ordena que “cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, o en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho”, regla ésta que ha servido de base en la tradición jurisprudencial colombiana para la fundamentación en derecho de importantes fallos, como aquellos de la Corte de 1936 que dieron entrada al abuso
del derecho antes de su consagración legislativa en el C.Co. de 1971, Código éste en cuyo artículo 1º se establece que “Los comerciantes y los asuntos mercantiles se regirán por las disposiciones de la ley comercial, y los casos no regulados expresamente en ella serán decididos por analogía de sus normas”.

Con base en lo expuesto, y ante el hecho consistente en que la tercera pretensión de la Convocante consistió en pedir la declaración de la terminación del contrato por el incumplimiento grave de la convocada, el Tribunal declarará su terminación; pero ya no por la causa invocada por la Convocante sino por la frustración del fin o base del contrato, la cual conduce a que cada parte asuma las consecuencias del riesgo que se materializó en cabeza de cada una de ellas al haber contratado y actuado en ejecución del mismo en función de la esperanza que fincaron en la promulgación de una ley con base en un proyecto al cual le “apostaron”, sin que quepan entonces ni indemnizaciones ni restituciones mutuas de ninguna índole.

5. La demanda de perjuicios.

Hay que añadir que la parte Convocante estimó los perjuicios que reclamaba en función del "valor de ganancia esperado por BAG'S KING LIMITADA, durante los 4 años de duración del contrato". El Tribunal estima, y así lo decidirá en la parte pertinente del fallo, que se trata de una petición de reconocimiento de perjuicios futuros meramente hipotéticos y, por ende, no indemnizables, pues sabido es que,
como lo tienen bien sentado la jurisprudencia y la doctrina, “El daño debe ser “cierto” y no puramente eventual o hipotético. Esto significa que debe haber certidumbre en cuanto a su existencia misma, presente o futura, aunque pueda no ser todavía determinable su monto; a la inversa, el daño es incierto –y, por ello, no resarcible– cuando no se tiene ninguna seguridad de que vaya existir en alguna medida, no ofreciéndose aún más que como una posibilidad” (ORGAZ, Alfredo. EL DAÑO RESARCIBLE, Marcos Lerner Editorial Córdoba 1980 Página 63). En este caso, aun si hubiera sido procedente, que no lo fue, declarar algún tipo de incumplimiento en cabeza de la Convocada, los perjuicios invocados por la parte convocante son meramente hipotéticos como quiera que no demostró certeza alguna respecto de la ganancia esperada en que fundamentó su pretensión resarcitoria.

6. Costas

Las costas están constituidas tanto por las expensas, esto es, por los gastos judiciales en que incurren las partes por la tramitación del proceso, como por las agencias en derecho, definidas como "los gastos de defensa judicial de la parte victoriosa, a cargo de quien pierda el proceso." (Acuerdo 1887 de 2003 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, Art. 2°).

El numeral 6° del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil establece que “En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o
pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión. Como quiera que se declarará la terminación del Contrato de Distribución por las razones expuestas en esta parte motiva del laudo, con base en el citado fundamento legal, en la parte resolutiva el Tribunal se abstendrá de condenar en costas.

C. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, este Tribunal de Arbitramento, convocado para dirimir las controversias surgidas entre BAG’S KING LIMITADA EN ACUERDO DE REESTRUCTURACIÓN, parte Convocante, y MASTER QUIMICA LIMITADA, parte Convocada, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. Por las razones expuestas, declarar no probada la excepción de contrato no cumplido interpuesta por MASTER QUIMICA LIMITADA.

SEGUNDO. Por las razones expuestas, declarar que no prosperan las pretensiones 1ª, 2ª y 4ª de la demanda presentada por BAG’S KING LIMITADA EN ACUERDO DE REESTRUCTURACIÓN.

TERCERO. En lo que se refiere a la pretensión 3ª de la demanda presentada por BAG’S KING LIMITADA EN ACUERDO DE REESTRUCTURACIÓN, declarar terminado el Contrato de Distribución suscrito entre BAG’S KING LIMITADA EN
ACUERDO DE REESTRUCTURACIÓN y MASTER QUIMICA LIMITADA suscrito por éstas el día quince (15) de diciembre de dos mil nueve (2009), pero por las razones expuestas en este fallo referentes a la frustración del fin del contrato, y no por el incumplimiento grave endilgado por la convocante a la convocada.

CUARTO. Por las razones expuestas, no condenar en costas.

QUINTO. Por Secretaría expídase primera copia de este laudo con destino a cada una de las partes.

SEXTO. Por tratarse de un trámite sometido al Reglamento de Procedimiento de Arbitraje Mipyme devuélvase el expediente al Centro de Arbitraje para su protocolización y archivo.

El presente fallo fue notificado en audiencia.

Bogotá D.C., 25 de marzo de 2010.

JORGE PINZÓN SÁNCHEZ
Arbitro Único

ANDREA QUIROGA RODRÍGUEZ
Secretaria