

Tribunal de Arbitramento

Concentrados El Pijao Ltda.

v.

Finca S.A.

Febrero 18 de 2008

LAUDO ARBITRAL

Bogotá, D.C., 18 de febrero de 2008.

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES

1. Solicitud de convocatoria del Tribunal de Arbitramento.

Mediante escrito presentado ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá el 13 de diciembre de 2006, CONCENTRADOS EL PIJAO LTDA., actuando a través de apoderado, formuló una demanda arbitral contra la sociedad FINCA S.A.

2. El pacto arbitral.

En el presente caso, el pacto arbitral está contenido en las cláusulas del contrato denominado "CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS", suscrito el 23 de diciembre de 2002, por CONCENTRADOS PIJAO LTDA., y FINCA S.A., el cual obra a folios 01 y siguientes del cuaderno de pruebas número 1 del expediente.

El texto de la cláusula es el siguiente:

"Cláusula Vigésima Tercera. Arbitramento. Las partes procurarán dirimir directamente todas las disputas o controversias que puedan surgir en relación con este contrato. La parte que considere que existe una controversia o disputa en relación con la interpretación o el cumplimiento de este contrato, deberá comunicar esta situación por escrito a la otra parte contratante. Esta última deberá, dentro de los cinco (5) días siguientes al recibimiento de la comunicación antedicha, citar a la otra parte a una reunión con el fin de arreglar directamente la controversia o disputa. En caso de que no se logre obtener un arreglo directo entre las parte sobre la controversia o disputa relacionada con el Contrato dentro de los (15) días siguientes a la fecha de la reunión por la parte contractualmente obligada a ello en la oportunidad advertida, esta será dirimida por un Tribunal de Arbitramento el cual se someterá a las disposiciones de las leyes aplicables y las normas del Centro de Arbitramento y Conciliación Mercantil de la Cámara de Comercio de Bogotá de acuerdo con las siguientes normas:

- a) El tribunal estará conformado por tres (3) árbitros abogados designados por el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantil de la Cámara de Comercio de Bogotá.
- b) La organización interna del tribunal estará sujeta a las normas que se disponen para el efecto por el Centro de Arbitramento y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá;
- c) El Tribunal decidirá en derecho; y,
- d) El tribunal sesionará en Bogotá D.C., Colombia en el Centro de Arbitramento y Conciliación Mercantil de la Cámara de Comercio de Bogotá".

3. Trámite inicial.

Tras la presentación de la demanda arbitral por parte del apoderado de CONCENTRADOS EL PIJAO LTDA., el Centro de Arbitraje y Conciliación invitó, mediante comunicaciones de fecha 14 de diciembre de 2006, a las partes

y al representante del Ministerio Público, a una audiencia que tendría lugar el día 12 de enero de 2007 en la cual se realizaría la designación de los árbitros que habrían de fallar la controversia.

Nombramiento del Tribunal

En la audiencia para el nombramiento de árbitros que tuvo lugar el día 12 de enero de 2007, mediante la modalidad de sorteo público, se designaron como árbitros a los doctores Fabio Silva Torres, Carlos Alberto Useche Ponce de León y Camilo Calderón Rivera.

Una vez les fue comunicada su designación, los árbitros manifestaron su aceptación dentro del término legal.

Instalación del Tribunal

A continuación, el Centro de Arbitraje y Conciliación invitó a la audiencia de Instalación del Tribunal, la cual se llevó a cabo el 12 de febrero de 2007.

En dicha audiencia se nombró como presidente del Tribunal al doctor Carlos Alberto Useche Ponce de León y como secretaria a la doctora Anne Marie Mürrle Rojas, se declaró legalmente instalado el Tribunal, y se reconoció personería a los apoderados de ambas partes.

Admisión y traslado de la demanda

En la audiencia de instalación que tuvo lugar el 12 de febrero de 2007, el Tribunal admitió la demanda presentada, sin perjuicio de lo que se llegare a decidir sobre su competencia en la primera audiencia de trámite y se ordenó correr traslado a las partes por el término de diez (10) días.

Contestación de la demanda y excepciones

Dentro del término legal, el apoderado de la parte demandada presentó contestación a la demanda, en la que se pronunció sobre los hechos y las pretensiones, pidió pruebas y propuso las excepciones que denominó: "Ineptitud sustantiva de la demanda"; "Buena Fe"; "Inexistencia de prórroga contractual"; "Inexistencia del incumplimiento alegado en cabeza de la demandada"; "Inexistencia de solución de continuidad"; "Inexistencia de abuso de derecho"; "Inexistencia de violación de cláusula general de confianza"; "Ejecución práctica del contrato"; "Prescripción"; y la "Genérica".

Finalmente, el apoderado trajo a colación un laudo arbitral bajo el título de "Antecedentes arbitrales sobre la aplicación de la cláusula de vencimiento del plazo".

Traslado de las excepciones

De conformidad con lo previsto en el artículo 399 del Código de Procedimiento Civil, por secretaría se corrió traslado de las excepciones de mérito el día 8 de marzo de 2007, dentro del cual el apoderado de la parte demandante presentó un escrito en el que expresó: "Llamó la atención respecto de que la contestación no se sujeta a lo requerido por el artículo 92 de Código de Procedimiento Civil, en tanto que el pronunciamiento sobre los hechos, en especial al 2.2.5, no expresa si el hecho es cierto o no, le consta o no, o solicita que se pruebe".

Reforma de la demanda

El 13 de marzo de 2007, el apoderado de la parte demandante reformó la demanda y presentó un escrito en el que quedaban integradas las modificaciones realizadas.

La reforma de la demanda fue admitida por medio del auto del veinte (20) de marzo de 2007, contra el cual interpuso recurso de reposición el apoderado de la parte convocada por considerar que fue presentada extemporáneamente.

Del mencionado recurso se corrió traslado el día 30 de marzo de 2007, término dentro del cual la parte demandada presentó escrito solicitando al Tribunal confirmar la providencia recurrida.

Para resolver el recurso interpuesto, el Tribunal profirió auto del dieciséis (16) de abril de 2007 en el cual resolvió denegar el recurso de reposición instaurado por el apoderado de la parte convocada y confirmó la providencia recurrida.

Contestación a la reforma de la demanda

El 26 de abril de 2007, el apoderado de la parte demandada contestó la demanda, mediante escrito en el que se pronunció sobre los hechos y las pretensiones, pidió pruebas y adicionó excepciones que denominó, "Ineptitud sustantiva de la demanda contra las principales"; "Ineptitud de la demanda contra las subsidiarias"; "Inexistencia de contrato entre el 1° de enero y el 30 de junio de 2005"; e "Inexistencia de configuración de incumplimiento por la demanda de cualquier contrato o contratos que hubieran podido existir entre en 1° de enero y el 30 de junio de 2005".

El 30 de abril de 2007, por secretaría se corrió traslado de las excepciones, el cual transcurrió en silencio del apoderado de la parte convocante.

Audiencia de Conciliación

Mediante auto de fecha 27 de abril de 2007, se citó a las partes a una audiencia de conciliación para que tuviera lugar el día 14 de mayo de 2007 a las tres de la tarde (3:00 P.M.). En el mismo auto se dispuso que, en caso de que fracasara la conciliación se procedería a fijar los honorarios y gastos del Tribunal.

En la fecha fijada, se llevó a cabo la audiencia de conciliación, sin que las partes llegaran a acuerdo alguno, por lo cual se procedió a fijar honorarios y gastos de arbitraje.

Gastos y honorarios

En audiencia que tuvo lugar el 14 de mayo de 2007, el Tribunal fijó gastos y honorarios, los cuales fueron cancelados por las partes oportunamente.

4. Primera audiencia de trámite.

El día 12 de junio se llevó a cabo la primera audiencia de trámite, en la cual, de acuerdo con lo dispuesto por la ley, el Tribunal se pronunció sobre su competencia y decretó las pruebas del proceso.

Para pronunciarse sobre su competencia, el Tribunal estudió la cláusula compromisoria antes transcrita, y, además, los siguientes aspectos, entre otros:

4.1. Las partes y su representación.

Las partes en el presente proceso son las siguientes:

Convocante: Es CONCENTRADOS EL PIJAO LIMITADA, con domicilio principal en Ibagué, constituida por escritura pública 703 del 5 de junio de 1981, otorgada en la Notaría Tercera de Ibagué, e inscrita el 2 de julio de 1981 bajo el número 5283 del Libro IX. La representación legal de esta sociedad, está en cabeza de su gerente general el señor José Alirio Martínez Barrios, todo lo cual consta en el certificado expedido por la Cámara de Comercio de Ibagué, que obra a folio 23 y siguientes del cuaderno principal 1 del expediente.

Convocada: Es FINCA S.A., con domicilio principal en Itagüí, constituida por escritura pública 1402 de Notaría Cuarta de Bogotá del 24 de marzo de 1953, inscrita el 26 de diciembre de 2005, bajo la razón social de Fábrica de Alimentos Concentrados S.A. "FALCON". Por medio de escritura pública 4942 de la Notaría Cuarta de Bogotá, de fecha 7 de octubre de 1953, cambió su denominación a la de "Fabricación Industrial de Concentrados Alimenticios y abonos S.A.". "FINCA". La representación legal de esta sociedad, está en cabeza de su gerente general, el señor Jairo Bedoya Tobón. Lo anterior consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio del Aburrá sur, que obra a folio 17 y siguientes del cuaderno principal 1 del expediente.

Las partes han comparecido al presente proceso arbitral representadas por abogados según poderes especiales a

ellos conferidos, a quienes se reconoció personería, así: por la parte convocante, al doctor Jorge Sanmartín Jiménez y por la parte convocada, al doctor Sergio Alberto Mora.

4.2. La demanda reformada.

4.2.1. Los hechos en los que se sustenta la demanda reformada.

La parte demandante sustentó la demanda reformada en los hechos que se transcriben a continuación:

“1.2. HECHOS Y AFIRMACIONES

1.2.1. Las empresas FINCA S.A. y CONCENTRADOS EL PIJAO LTDA. sostuvieron una relación contractual, que pese a que las partes denominaron "de prestación de servicios" fue en realidad un contrato de maquila, en donde, en términos generales, CONCENTRADOS EL PIJAO, elaboraba concentrados para alimentación animal, para la marca FINCA S.A., en cuyo objeto se lee:

"...Elaboración y producción, en la Planta de Ibagué de propiedad de EL CONTRATISTA, de manera exclusiva para EL CONTRATANTE, de alimentos concentrados para animales que serán distinguidos con etiqueta y marca FINCA S.A. producidos de acuerdo con la formulación presentada por EL CONTRATANTE y utilizando las materias primas señaladas por el mismo".

1.2.2. El contrato referido en el hecho anterior se desarrollo, regido por documentos suscritos en las siguientes fechas:

- a) Contrato suscrito el 2 de noviembre de 1994, que fijaba un término contractual hasta el 31 de octubre de 1995.
- b) Contrato modificado el 31 de octubre de 1995, que fijaba un término contractual hasta el 31 de diciembre de 1996.
- c) Contrato modificado el 12 de diciembre de 1996, que fijaba un término contractual hasta el 31 de diciembre de 1997.
- d) Contrato modificado el 24 de febrero de 1998, que fijaba un término contractual hasta el 31 de diciembre de 2000.
- e) Contrato modificado el 18 de febrero de 2001, que fijaba un término contractual hasta el 31 de diciembre de 2002.
- f) Contrato modificado el 23 de diciembre de 2002, que fijaba un término contractual hasta el 31 de diciembre de 2004.

Es de notar que en años como 1998 y 2001, las prorrogas se firmaron ya entrado el año en el cual operaba la prorroga; quiere esto significar que si bien las partes apoyaban su relación en un documento escrito, el contrato se desarrollaba también por hechos y actos, en los cuales las partes en la práctica complementaban lo escrito.

2.2.3. No obstante la existencia de documentos que regularon la relación a lo largo de los años, la dinámica y confianza que se generó entre las partes, hizo que la relación contractual estuviera regida no solo por los documentos referidos, sino por ordenes de producción, cartas comerciales, entre otros documentos que dieron forma a la verdadera relación contractual que sostuvieron las partes.

2.2.4. En la última semana de octubre de 2004, el entonces gerente de FINCA S.A. Doctor JUAN GONZALO RESTREPO, visitó las oficinas de CONCENTRADOS EL PIJAO LTDA., en la ciudad de Ibagué. El objeto de esta visita era informar al aquí convocante, que él (Juan Gonzalo Restrepo), ya no sería mas el gerente de FINCA S.A., toda vez que se había producido una venta sustancial de acciones , y que el nuevo gerente sería el Doctor JAIRO BEDOYA, quien lo acompañaba en esta visita, y quien fue presentado a CONCENTRADOS EL PIJAO LTDA.

2.2.5. Luego de conocer las instalaciones de EL PIJAO LTDA., el Doctor BEDOYA, ya introducido como nuevo gerente de FINCA S.A., manifestó su intención de seguir adelante con el contrato de maquila, ya que era satisfactoria la forma en que la relación contractual se había desarrollado a lo largo de 10 años, estaba presente en esta visita la señora ADELAIDA DÍAZ LENTINO socia de EL PIJAO, los ya referidos Doctores JUAN GONZALO RESTREPO Y JAIRO BEDOYA, y el representante legal de CONCENTRADOS EL PIJAO LTDA. JOSÉ ALIRIO MARTÍNEZ BARRIOS.

2.2.6. Para la primera semana de diciembre de 2004, el Doctor BEDOYA, nuevo gerente de FINCA S.A., por su iniciativa propone verbalmente a la gerencia de CONCENTRADOS EL PIJAO, la opción de tomar en arriendo la planta en marcha, produciendo, opción que siempre había sido ventilada entre las partes aún desde el año de 1994. Esta opción es descartada por cuanto no hubo acuerdo en el precio del arrendamiento. En esta oportunidad en ningún momento se trató el tema de la terminación del contrato existente, sino simplemente se exploró, como se había hecho en los años anteriores, una opción que fue descartada por la razón ya mencionada.

2.2.7. Hacia finales de 2004, FINCA S.A. a través de su representante el Doctor JAIRO BEDOYA, insiste el buscar la opción del arrendamiento de la planta de PIJAO LTDA., en esta ocasión el Doctor Bedoya propone prorrogar el contrato de maquila existente hasta el 31 de enero de 2005, con el propósito de buscar un acuerdo en el precio del arrendamiento, esta propuesta no es aceptada por EL PIJAO LTDA. Las manifestaciones del Doctor BEDOYA, permitían pensar razonablemente que ya bien en la forma de la maquila existente años atrás, ya bien con el arrendamiento de la planta en marcha, seguiría existiendo una relación contractual hacia el futuro que no iba a causar un mayor traumatismo en la proyección económica de la empresa CONCENTRADOS EL PIJAO, y la continuidad de sus trabajadores (27 en total), así como la atención de todos sus gastos corrientes y las acreencias con terceros.

2.2.8. A partir del 1º de enero de 2005, se siguieron enviando a CONCENTRADOS EL PIJAO LTDA. órdenes de producción, emitidas por FINCA S.A., en desarrollo y ejecución del contrato de maquila. Así, hacia el 14 de enero se generó la primera factura del 2004, factura 18722, por valor total de \$26'769.345, en donde se ajustó el IPC a los costos habituales, conforme se había pactado contractualmente en cláusula décima segunda del contrato del 23 de diciembre del año 2002, donde literalmente se lee:

“... Este precio se actualizará el primero de enero de cada año de vigencia o de prórroga, con un incremento igual a la variación de precios al consumidor (IPC), anualizada enero a enero, que certifique el DANE o el organismo nacional competente”.

Esta factura, y las que le siguieron hasta el 30 de junio de 2005 (factura 18755) fueron aceptadas y pagadas por FINCA S.A. dentro de los plazos y condiciones habituales de pago de toda la vida contractual.

2.2.9. Como se era usual en años anteriores al inicio del año 2005, FINCA S.A., permaneció de manera activa en las instalaciones de CONCENTRADOS EL PIJAO, de la siguiente manera:

2.2.9.1. En las bodegas de EL PIJAO permanecieron los inventarios de materias primas, de propiedad de FINCA S.A., utilizadas para la producción de los concentrados (maíz, soya, torta de soya, gluten de maíz, harina de arroz, aceite de palma, sal, entre los macros), y de igual manera se encontraban las drogas que son utilizadas para la producción de concentrados.

2.2.9.2. Así mismo en los depósitos de CONCENTRADOS EL PIJAO, se encontraban productos terminados para avicultura, porcicultura y demás, propiedad de FINCA S.A., listos para su distribución.

2.2.9.3. Los operarios MIGUEL RICARDO LUNA, WILSON CRUZ y JOSÉ LUIS ARANGO, todos empleados de FINCA S.A., que se desempeñaban para el desarrollo de la maquila en las instalaciones de CONCENTRADOS EL PIJAO LTDA. continuaron sus labores en enero de 2005.

2.2.9.4. La producción se siguió ordenando, ejecutando y pagando normalmente. Paralelamente se seguía en conversaciones entre las partes sobre el posible alquiler de la planta por parte de FINCA S.A. hasta que en comunicación de fecha 16 de marzo de 2005, el doctor JAIRO BEDOYA envía comunicación del siguiente tenor:

“Como es de su conocimiento el pasado 31 de diciembre se terminó, por vencimiento del plazo, el contrato suscrito entre la sociedad que usted representa y Finca S.A...”.

En otros apartes de esta misma comunicación manifiesta:

“El esquema de ejecutar por parte de su representada las solicitudes de fabricación formuladas por FINCA S.A., como desde el 1° de enero del presente año hemos observado, considero pudiera extenderse, como se lo manifesté en pasada reunión en sus sede, hasta el 30 de junio de 2005, fecha en la cual procederemos al retiro de bienes de nuestra propiedad y al traslado del personal que a nuestro servicio tiene su sede en las instalaciones de Concentrados el Pijao Ltda.”. (Subrayado fuera del texto).

Es de notar la ambigüedad de esta comunicación, ya que de un lado declara la terminación del contrato que la misma FINCA S.A., había seguido impulsando y ejecutando desde enero de 2005 y de otro, no hay en ella una manifestación clara de terminación contractual (de allí el subrayado de las expresiones considero pudiera extenderse), como tampoco la hubo por ningún medio que le permitiera a CONCENTRADOS EL PIJAO, conocer claramente la voluntad y el consentimiento de FINCA S.A.

2.2.10. Después de la comunicación referida, se siguieron efectuando solicitudes de producción por parte de FINCA S.A., se siguió generando y pagando la facturación, se siguió cruzando la correspondencia propia de los detalles de producción, así como todas las obligaciones determinadas en el documento de diciembre 23 de 2002, y se siguió ventilando el tema del posible alquiler, razón por la cual CONCENTRADOS EL PIJAO LTDA., nunca consideró que FINCA S.A. fuera a dar por terminado unilateral e intempestivamente el contrato como en efecto lo hizo como se narra a continuación.

2.2.11. El 28 de junio de 2005, FINCA S.A., manifestó a CONCENTRADOS EL PIJAO LTDA., que el día 30 de junio de ese año, retirarían la totalidad de sus bienes, y pararían la producción. En efecto el día 30 de junio de 2005, FINCA S.A. retiró la totalidad de sus bienes, y paró toda orden de producción.

2.2.12. CONCENTRADOS EL PIJAO LTDA., durante todo el tiempo del contrato cumplió con sus prestaciones, y para la época en que FINCA S.A. dio por terminado el contrato, tenía su planta en plena disposición de producción.

2.2.13. CONCENTRADOS EL PIJAO LTDA. tenía dispuesta el 100% de su capacidad de producción exclusivamente para FINCA S.A., hecho que FINCA S.A., conocía sobradamente de años atrás.

2.2.14. Con posterioridad a la terminación del contrato CONCENTRADOS EL PIJAO, tuvo noticia de que FINCA S.A., compró la planta, ubicada en la ciudad de NEIVA, denominada "CONCENTRADOS PROCEAL" para procesar sus concentrados.

2.2.15. Al haber incumplido unilateralmente el contrato existente y haber abusado de su posición contractual y los derechos derivados de esta, FINCA S.A., infirió graves daños a CONCENTRADOS EL PIJAO LTDA., ya que FINCA S.A. ocupaba el 100% de la producción de esta empresa, los daños se concretan en:

“El lucro cesante, consistente en los dineros que se dejaron de causar hacia El futuro, en la proyección ya usual de 2 años, los dineros que normalmente y desde hacia 10 años venia percibiendo la empresa de FINCA S.A.

“El daño emergente, consistente en:

1. El pago de salarios y la liquidación de trabajadores.
2. Pago de servicios públicos.
3. Pago de proveedores (full oil para calderas, lubricantes, mantenimiento)
4. Pago de obligaciones bancarias, este rubro generó severos perjuicios reflejados en la acción ejecutiva que adelantan, aún hoy BANCO COLPATRIA Y FOGAFIN contra CONCENTRADOS EL PIJAO, en el Juzgado 1° Civil de Circuito de la Ciudad de Ibagué.

5. El daño en la imagen y el nombre comercial que se le produjo a CONCENTRADOS EL PIJAO LTDA., toda vez que el no pago a proveedores cerro inmediatamente cualquier posibilidad de créditos”.

4.2.2. Las pretensiones.

A folios 82 y siguientes del cuaderno principal número uno del expediente, aparecen las pretensiones principales y subsidiarias de la demanda reformada en los términos siguientes:

“1.1. PRETENSIONES:

“PRINCIPALES

“Primera: Declarar que entre las empresas FINCA S.A. y CONCENTRADOS EL PIJAO LIMITADA existió un contrato de maquila, sin solución de continuidad entre el 23 de diciembre de 2002 y el 30 de junio de 2005.

“Segunda: Declarar que FINCA S.A., el día 30 de junio de 2005 dio por terminado unilateralmente y sin justa causa, con ostensible abuso del derecho, el contrato que sostenía con CONCENTRADOS EL PIJAO LTDA.

“Tercera: Declarar resuelto el contrato existente entre FINCA S.A. y CONCENTRADOS EL PIJAO LTDA.

“Cuarta: Condenar a FINCA S.A. a pagar los perjuicios causados a CONCENTRADOS EL PIJAO LTDA., derivados del incumplimiento del contrato, perjuicios consistentes en lucro cesante y daño emergente, en sumas que se probarán y cuantificarán a lo largo de este trámite.

“Quinta: Condenar a FINCA S.A. a pagar a CONCENTRADOS EL PIJAO LTDA. la suma de CIEN MILLONES DE PESOS (\$100'000.000) por concepto de la cláusula penal contenida en el contrato de fecha 23 de diciembre de 2002.

“Sexta: Que los valores de las anteriores condenas se presenten en el laudo actualizadas con fundamento en el índice de precios al consumidor (IPC) y que sobre ellas se reconozcan los intereses que sean procedentes, a la tasa más alta que sea permitida por la legislación vigente desde el 30 de junio de 2005 hasta la fecha en que se haga efectivo el pago. Los citados valores deberán pagarse dentro del término que al efecto se determine en el laudo.

“Séptima. Condenar a la empresa FINCA S.A. al pago de las costas, agencias en derecho y gastos que se causen en el presente litigio.

“En el evento en el que no prosperaren las anteriores pretensiones propongo las siguientes:

“SUBSIDIARIAS

“Primera: Declarar que entre las empresas FINCA S.A. y CONCENTRADOS EL PIJAO LIMITADA existió un contrato de maquila entre el 1° de enero y el 30 de junio de 2005.

“Segunda: Declarar que FINCA S.A., el día 30 de junio de 2005 dio por terminado unilateralmente y sin justa causa, con ostensible abuso del derecho, el contrato que sostenía con CONCENTRADOS EL PIJAO LTDA.

“Tercera: Condenar a FINCA S.A. a pagar los perjuicios causados a CONCENTRADOS EL PIJAO LTDA., derivados de la terminación unilateral y el abuso del derecho, perjuicios que se probarán y cuantificarán a lo largo de este trámite.

“Cuarta. Que los valores de las anteriores condenas se presenten en el laudo actualizadas con fundamento en el índice de precios al consumidor (IPC) y que sobre ellas se reconozcan los intereses que sean procedentes, a la tasa más alta que sea permitida por la legislación vigente desde el 30 de junio de 2005 hasta la fecha en que se haga efectivo el pago. Los citados valores deberán pagarse dentro del término que al efecto se determine en el laudo.

“Quinta. Condenar a la empresa FINCA S.A. al pago de las costas, agencias en derecho y gastos que se causen en el presente litigio”.

4.3. Contestación a la demanda y excepciones.

Tal como se afirmó anteriormente, el apoderado de la parte demandada, dio respuesta a la demanda reformada dentro del término legal y propuso las excepciones relacionadas en acápite anterior.

4.4. Pronunciamiento sobre la competencia del Tribunal.

El Tribunal consideró que tanto la parte convocante como la parte convocada tienen capacidad para transigir y que las diferencias sometidas al conocimiento y decisión del Tribunal son susceptibles de definirse por transacción, de manera que se declaró competente para conocer del proceso arbitral.

5. Las pruebas del proceso.

Según consta en el acta de fecha doce (12) de junio de 2007, que obra a folios 182 a 191 del cuaderno principal del expediente, el Tribunal procedió a decretar las pruebas del proceso, las cuales se practicaron de la siguiente manera:

Documentales allegadas por las partes.

Se ordenó tener como pruebas los documentos anexados a la demanda reformada, a la contestación de la demanda inicial y a la contestación de la reformada, con el valor que les atribuye la ley.

Interrogatorios de parte.

Los interrogatorios de parte decretados para los representantes legales de las partes, fueron absueltos por el señor JAIRO BEDOYA TOBON como representante de la parte convocada y por el señor JOSÉ ALIRIO MARTÍNEZ BARRIOS, como representante de la parte convocante, ambos llevados a cabo el día 24 de julio de 2007. La trascipción de sus declaraciones obra en el cuaderno de pruebas 1 del expediente.

Dictamen pericial.

Se decretó a solicitud de la parte convocante, un dictamen pericial por parte de un perito economista, financiero y/o actuario, para el cual fue designada la doctora ANA MATILDE CEPEDA en auto proferido el 12 de junio de 2007.

Posteriormente y dentro del término legal la perito aceptó su cargo por medio de comunicación recibida el 13 de junio de 2007.

El 20 de junio de 2007, el apoderado de la parte convocante presentó escrito por medio del cual solicitó se ampliara y extendiera el dictamen según consta en el cuaderno principal 1 del expediente a folio 204.

Durante el término de traslado del dictamen, los apoderados de las partes solicitaron su aclaración y complementación, las cuales fueron decretadas por el Tribunal y presentadas por la perito dentro del término que le fue otorgado por ley.

En el término de traslado de las aclaraciones y complementaciones al dictamen, el apoderado de la convocada presentó "Objeción por error grave parcial al dictamen", por considerara que las cantidades en el contenidas no se habían actualizado en la forma debida, y consideró que se debía disponer un nuevo dictamen en este sentido".

Mediante auto del 28 de agosto de 2007, el Tribunal ordenó a la señora perito adicionar el escrito de aclaraciones y complementaciones al dictamen pericial en el sentido de incluir los estados de resultados mes a mes del año 2003 y a 31 de diciembre de ese año, de la sociedad demandante, y corrió traslado de la adición dado que a juicio del Tribunal estaba relacionada con aspectos diferentes a los mencionados en la objeción al dictamen.

El Tribunal, mediante auto del día catorce (14) de septiembre de 2007, ordenó a la perito adicionar el dictamen realizando la actualización de las sumas a las que este se refería, de conformidad con las variaciones de precios en los períodos correspondientes, pues la solicitud por parte del apoderado de la convocada de un nuevo dictamen

pericial se fundaba en ese solo aspecto. De esta manera, y en aras de la economía procesal, se evitaría decretar un nuevo experticio.

Frente a dicho auto no se presentó recurso alguno.

La perito entregó oportunamente las complementaciones al dictamen pericial solicitadas, y el traslado de ellas transcurrió en silencio de las partes.

De acuerdo con lo anterior, en auto del día 12 de octubre de 2007, el Tribunal resolvió no decretar un nuevo dictamen pericial, por tratarse de una prueba innecesaria en los términos del numeral 5° del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil.

Frente a la anterior providencia tampoco se interpusieron recursos.

Testimonios.

El apoderado de la parte demandante solicitó el testimonio de los señores Juan Gonzalo Restrepo, Clara Mabel Vergara Rodríguez, Miguel Ricardo Luna, Álvaro Rodríguez, Gustavo Rengifo Padilla, Adelaida Díaz Lentino y Ángel Octavio Sánchez. La parte demandada de igual forma solicitó los testimonios de los señores, Miguel Ricardo Luna, Carla Patricia Torres, Lucrecia Montoya Arango, Wilson Cruz y José Luis Arango. Todos los anteriores fueron decretados por el Tribunal, sin embargo, se desistió del testimonio de Gustavo Rengifo Padilla, de Wilson Cruz y de José Luis Arango.

Los testimonios de Juan Gonzalo Restrepo, Clara Mabel Vergara Rodríguez, y Miguel Ricardo Luna, tuvieron lugar el día 20 de junio de 2007.

De igual manera, el 29 de junio de 2007 se evacuaron los testimonios de Carla Patricia Torres de la Pava, Álvaro Rodríguez, Lucrecia Montoya Arango, Ángel Octavio Sánchez Arias y Adelaida Díaz Lentino.

6. Término del proceso.

Por no existir término especial pactado por las partes en la cláusula compromisoria y de conformidad con lo establecido en el artículo 103 de la Ley 23 de 1991, el presente proceso arbitral tiene una duración de seis meses contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite que tuvo lugar el día 12 de junio de 2007.

En tales condiciones el término de duración del proceso se extinguiría el 12 de diciembre de 2007.

Sin embargo, las partes de común acuerdo, solicitaron al Tribunal las siguientes suspensiones:

“Entre los días 13 de junio y el 19 de junio de 2007, ambas fechas inclusive, (4 días hábiles).

“Entre los días 21 de junio y el 28 de junio de 2007, ambas fechas inclusiva; (6 días hábiles).

“Entre los días 3 de julio y el 23 de julio de 2007, ambas fechas inclusive; (14 días hábiles).

“Entre los días 25 de julio y 27 de julio de 2007, ambas fechas inclusive; (3 días hábiles).

“Entre los días 1° de noviembre y el 15 de noviembre de 2007, ambas fechas inclusive; (9 días hábiles).

“Entre los días 18 de noviembre de 2007 y 15 de febrero de 2008, ambas fechas inclusive. (62 días hábiles).

De acuerdo con lo dispuesto en el inciso final del artículo 103 de la Ley 23 de 1991, antes citado, se adicionan los noventa y ocho (98) días hábiles durante los cuales fue suspendido el proceso al término inicial, de forma que se vencería el 8 de mayo de 2008.

En estas condiciones, el presente laudo es proferido dentro del término legal.

CAPÍTULO II

ALEGACIONES DE LAS PARTES

En audiencia que tuvo lugar el día 16 de noviembre de 2007, los apoderados de las partes presentaron sus alegatos de conclusión y allegaron un resumen escrito de los mismos, los cuales fueron incorporados al cuaderno principal del expediente.

CAPÍTULO III

CONSIDERACIONES Y DECISIÓN DEL TRIBUNAL

1. Clase o tipo de contrato.

El contrato como forma específica de negocio jurídico, es categoría general(1) actuante en todas las ramas y esferas del derecho, la más cotidiana y usual forma de disposición de intereses en procura de una función práctica, económica o social.

En efecto, en consideración a determinada función, el ordenamiento jurídico instituye categorías o tipos de contratos dentro de un esquema fáctico concreto definitorio de su naturaleza, clase o especie.

El tipo contractual es la "síntesis de sus elementos esenciales"(2), es decir, su *essentialia negotia*, siendo "de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente" (artículo 1501, C.C.), o sin las cuales no existe (artículo 891, C. de Co.), y, acorde con las que precisa su naturaleza y tipo con independencia del nombre, rótulo o título dado por las partes (3).

Algunos tipos contractuales son regulados expresamente por el legislador; otros por la sociedad, surgiendo incluso de los usos y prácticas sociales y, los más, se crean en el tráfico jurídico(4), diferenciándose así los contratos típicos y nominados de los atípicos y los innominados(5).

Contrato típico(6), es el negocio cuya estructura está dispuesta en la ley o en las prácticas sociales(7), esto es, con tipicidad legal o social(8) y nominado aquel que cuenta con un nomen que sirve para distinguirlo o identificarlo, siendo común que los típicos también sean nominados y viceversa, pero sin que tales categorías lleguen a confundirse puesto que pueden existir contratos nominados, incluso por la ley, pero sin tipicidad acerca de los elementos que lo configuran o lo estructuran(9). Atípico es el contrato cuya estructura o molde no está consagrado y menos regulado en la ley ni en los usos y prácticas sociales, por referir a su creación ex novo, mezcla de elementos de contratos existentes o por combinación de estos con elementos originarios(10) y regidos por normas generales o próximas(11). A este tipo de contratos sin duda pertenece el suscrito entre las partes, pues el contrato de maquila no se halla regulado de manera expresa en nuestras normas del Código de Comercio ni Civil.

Frente a la proximidad teórica y práctica de estas figuras, es unánime la admisibilidad de los contratos atípicos en ejercicio de la libertad y autonomía de la voluntad dispositiva, atribuida por el ordenamiento jurídico a los sujetos, a condición de referir a intereses dignos de reconocimiento y tutela normativa(12). Los contratos atípicos son expresión de la libertad contractual, libertad de contratación, autonomía privada, dinamismo, celeridad y avance de la sociedad, usos y prácticas sociales(13), obedeciendo a una categoría cada vez más frecuente en la disposición de intereses.

Un primer aspecto de los contratos atípicos concierne a su creación, a propósito de la cual se admite en cuanto procuren intereses susceptibles de reconocimiento y tutela por el legislador. Tratándose de entidades estatales, jurisprudencia(14) y doctrina(15) contemplan de manera pacífica la posibilidad que les asiste a sus actores para crear y celebrar contratos estatales atípicos, en cuanto consulten los principios directrices señalados en la Constitución Política, en la propia ley de contratación estatal y las finalidades y cometidos estatales.

Otro aspecto atañe a la delimitación conceptual de la existencia, presupuestos de validez y normatividad reguladora de los contratos "atípicos". En cuanto lo primero, el contrato atípico surge por virtud de la combinación o mezcla de diversas categorías típicas cuyos elementos esenciales se unen para formar un contrato diverso o de la unión de elementos esenciales de algunos contratos típicos con otros originarios o simplemente de elementos nuevos.

Respecto de lo segundo, el contrato atípico carece de regulación normativa concreta o específica, planteándose el interrogante de la precisión de las normas jurídicas aplicables.

Prima facie, la disciplina general del contrato relativa a los presupuestos de validez de todo negocio jurídico (capacidad de parte, legitimación para actuar e idoneidad del objeto o, en la actual nomenclatura, capacidad, licitud de objeto y causa y ausencia de vicios de la voluntad) resulta aplicable a todo contrato y, dentro de este, al atípico.

Ya, en particular, esto es, en lo referente a la especie de contrato, al carecer el contrato atípico de regulación legal concreta, se plantea la aplicación de las normas reguladoras de los tipos contractuales prevalentes (absorción), próximos o análogos (analogía legis), de los tipos combinados en lo compatible con la función (combinación), ora la resultante de la analogía iuris, de todas, de los usos y prácticas del tráfico jurídico o bien la propia de la singularización, autonomía e independencia del acto.

Sobre dicho respecto, la jurisprudencia de la casación civil partiendo de la sentencia de mayo 31 de 1938 (16), ha puntualizado:

“Cuando un contrato no se encuentra descrito en un tipo legal y, subsecuentemente, no está especialmente regulado por el ordenamiento, se denomina atípico. Por consiguiente, dada esa peculiaridad, las dificultades que rodean los contratos atípicos son fundamentalmente dos: de un lado, la de precisar su admisión y validez, habida cuenta que es necesario establecer que su función económico-social se encuentra conforme con los principios ético-jurídicos rectores del ordenamiento; y, de otro, la de establecer las reglas jurídicas que los disciplinan.

En relación con este último aspecto, es decir, la disciplina normativa del contrato atípico, cabe destacar que deben atenderse, preferentemente, dada su singular naturaleza, las cláusulas contractuales ajustadas por las partes contratantes, siempre y cuando, claro está, ellas no sean contrarias a disposiciones de orden público. Así mismo, les son aplicables, tanto las normas generales previstas en el ordenamiento como comunes para todas las obligaciones y contratos, como las originadas en los usos y prácticas sociales; y, finalmente, mediante un proceso de autointegración, los del contrato típico con el que guarde alguna semejanza relevante.

Refiriéndose al punto, precisó esta corporación que: “... Al lado de los contratos usuales o comunes previstos por el ordenamiento jurídico positivo y sujetos a normas generales y particulares a cada uno de ellos, la doctrina y la jurisprudencia, han visto fluir los que desde la época del derecho romano, se llaman innominados, no porque no tengan denominación en la ley, sino en cuanto carecen de una disciplina legislativa especial. De aquí también el nombre de atípicos, en cuanto se separan de los contratos nominados, que, como se sabe, están tutelados por esa disciplina legislativa especial. Esto no significa, que la ley no reconozca la validez y eficacia de los primeros, sino que ellos deben estar dirigidos a realizar intereses merecedores de esas tutelas según el ordenamiento jurídico general. Y así como existen reglas particulares para los contratos nominados singulares, deben buscarse las mismas reglas para los innominados de la misma especie, esto es, para cada uno de ellos”. (G.J. LXXXIV, pág. 317).

Con miras a determinar la reglamentación de esa especie de pactos, estos se han clasificado en tres grupos fundamentales: a) Los que presenten afinidad con un solo contrato nominado determinado; b) los que resulten con elementos atinentes a varios y diversos contratos nominados; es decir, los llamados mixtos, en los que concurren y se contrapesan distintas causas; y c) los que no tienen ningún parentesco conceptual con figuras conocidas y un contenido absolutamente extraño a los tipos legales. Relativamente al primer grupo, doctrina y jurisprudencia coinciden en que deben aplicarse analógicamente las reglas escritas para el correspondiente contrato nominado; en cuanto al segundo, algunos autores acogen el método denominado de la absorción según el cual debe buscarse un elemento prevalente que atraiga los elementos secundarios, lo que permitiría someterlo al régimen del contrato nominado pertinente; mientras que otros acuden al criterio de la combinación, que busca la existencia de una estrecha relación del contrato singular —nominado— y las normas mediante las cuales este está disciplinado por la ley. En ese orden de ideas, sería siempre posible desintegrar cada contrato nominado en sus componentes y buscar qué disciplina corresponde a cada uno de dichos componentes, “estableciéndose una especie de alfabeto contractual, al que se podría recurrir para aplicar la disciplina jurídica de cada uno de los contratos mixtos, mediante una dosificación de normas —o de grupos de normas—, o de varias disciplinas jurídicas en combinación, lo cual daría el resultado que se busca” (G.J. LXXXIV, pág. 317), en todo caso, agrega más adelante la Corte “... todos estos criterios de interpretación, no son, en último análisis más que especificaciones del principio de la

analogía, inspiradas en las peculiaridades de cada materia.

De aquí, también, que el criterio de interpretación más serio, respecto del contrato innominado mixto, es además de la aplicación directa de las reglas generales sobre los contratos, el de la aplicación analógica de las singulares relativas al contrato nominado dado, que se manifiesten como las más adecuadas al contrato mixto que se debe interpretar, y si estas no existen, entonces recurrir a las de la analogía *iuris*” (ibídem).

Finalmente, respecto del último grupo, francamente inusual, deben atenderse, como ya se dijera, las estipulaciones convenidas por las partes, que no contraríen normas de orden público; si persistiese el vacío, se reglará conforme a la normativa general de los contratos y la tipicidad social. A la analogía solamente podrá acudir en la medida que denote un rasgo significativo común a algún contrato típico.

Acótase, como corolario de lo dicho, que los contratos atípicos, designación esta que parece más adecuada que aquella otra de innominados, se encuentran disciplinados, en primer lugar, por el acuerdo negocial, es decir, por las cláusulas ajustadas por las partes, siempre y cuando no sean contrarias a leyes imperativas; por la práctica social habitual; por las normas generales a todo acto jurídico; y, en caso de vacíos, por las normas que gobiernan los contratos típicos afines”(17) .

Análogamente, el laudo arbitral de 29 de mayo de 2003, pronunciado en el Tribunal de Arbitramento de Caja de Compensación Familiar CAMACOL-COMFAMILIAR CAMACOL, contra la Caja Nacional de Previsión Social-Cajanal EPS, concluyó:

“En relación con el régimen aplicable a los contratos que resultan de la combinación de las prestaciones propias de dos o más tipos específicos, la referida decisión arbitral puntualizó.

“De ahí que se discuta si, para determinar el régimen que le es aplicable, debe acudir al contrato que dentro de la combinación de elementos se presenta como determinante (teoría de la absorción), o si se deben yuxtaponer las reglas relativas a los varios elementos, es decir aquellas de los respectivos contratos típicos que intervienen (teoría de la combinación). Numerosos autores consideran que en los contratos mixtos, en los cuales se insertan elementos típicos de varias figuras contractuales, nada impide que pueda darse aplicación a la normatividad inherente a cada uno de ellos, según el caso, lo que coincide con la teoría de la combinación. Finalmente, en ocasiones debe acudir a las normas del contrato típico más afín (teoría de la aplicación analógica). “Estas teorías tienen defensores y detractores que realzan lo bueno de cada una o subrayan sus defectos. Sin embargo, de acuerdo con cada caso específico, todas ellas independientemente, o combinadas entre sí, pueden servir para despejar las dudas sobre el régimen aplicable. “Ahora bien, la teoría de la absorción, es decir, aquella en que se aplica a todo el contrato el régimen de la prestación o del elemento prevalente ..., no puede acogerse en su integridad, pues en rigor con ello desaparecería el contrato mixto. Pero sí serviría, por ejemplo, para determinar la preceptiva aplicable a un aspecto que corresponda o interese al contrato en su totalidad, y no a una función específica de uno de los elementos que lo conforman. “La teoría de la combinación, por su parte, presenta notorias ventajas pues se adecúa mejor a la naturaleza real del contrato mixto, permitiendo que cada elemento o prestación sea regulado por las disposiciones del contrato legal o socialmente típico del cual proviene. “Finalmente, la teoría de la aplicación analógica, que se funda en una concepción del contrato mismo como innominado, hace que a estos contratos le sean aplicables las reglas generales sobre contratos y la disciplina esencial del contrato tipo más afín con el mixto”.

“En consecuencia, siguiendo las pautas jurisprudenciales que se dejan señaladas y en cuanto ello sea pertinente, el Tribunal aplicará la denominada “teoría de la combinación” y reconocerá los efectos vinculantes que están llamadas a generar las cláusulas convenidas entre las partes, como quiera que la autonomía de la voluntad de las partes, en la cual encuentra origen y cimiento la celebración y el contenido de cualquier contrato atípico, se constituye en la regla primera de regulación de los contratos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4° del C. de Co., según el cual:

“ART. 4°—Las estipulaciones de los contratos válidamente celebrados preferirán a las normas legales supletivas y a las costumbres mercantiles”.

2. Los contratos consensuales.

Para determinar la prosperidad de las pretensiones, tanto principales como subsidiarias, así como para declarar próspera cualquiera de las excepciones propuestas, lo procedente es determinar desde ya lo que se entiende por negocio consensual, fijando así el alcance de las negociaciones de que trata la demanda y la contestación de la misma, dado que en el debate se menciona reiteradamente ese concepto jurídico, enfrentándolo con el de “formalidad” contractual, esto es la solemnidad de determinado contrato.

Según lo enseña el código de la materia, los comerciantes podrán expresar su voluntad de contratar u obligarse en forma verbal, salvo que la ley exija determinada formalidad “como requisito esencial del negocio jurídico” (art. 824 del C.Co).

En el caso que ocupa la atención del tribunal, estamos frente a un contrato calificado por sus otorgantes como de “prestación de servicios”, también mencionado en algunas oportunidades como de “maquila”, acuerdo que bien podría asimilarse para su examen y estudio al de suministro de servicios o al de obra o de empresa. (art. 968, C.Co.).

Ninguna de las figuras relacionadas, la última integrante de la legislación civil, está sometida a solemnidades especiales para su celebración, en tanto no tenga por objeto la tradición o gravamen de bienes raíces o similares.

Desde luego, entre las diferentes facetas o modalidades que pueden convenirse para cristalizar un determinado negocio, la libertad de que gozan los interesados les permite pactar toda clase de plazos, condiciones y requisitos para los deberes que a cada uno corresponda, siempre que no atenten contra la moral y las buenas costumbres, incluyendo la de mandar expresamente que, tanto su celebración como las reformas a que hubiere lugar, deban consignarse por escrito.

Esta última posibilidad, se repite, surge a la vida de los negocios por decisión libremente pactada, aplicando el conocido principio de la autonomía de la voluntad.

Pero, qué ocurre cuando las partes deciden modificar efectivamente cualquier tópico del negocio, sin acudir a testimonio escrito de tipo probatorio? pues que este acuerdo tiene el mismo vigor que aquel mediante el cual se impuso la solemnidad o formalidad del documento escrito, solo que la derogatoria de este es posterior en el tiempo y, por tanto, hace desaparecer en forma implícita la limitante de que se viene tratando.

Repasando entonces lo convenido por las sociedades FINCA S.A. y CONCENTRADOS EL PIJAO, para desarrollar el contrato de maquila, encontramos que de este se dejó testimonio en los siguientes antecedentes:

a) Documento de octubre de 1994, autenticado por el representante de la convocada el 21 de octubre de 1994 y por el de la demandante el 02 de noviembre de 1994.

Contiene los pormenores del contrato de prestación de servicios pactado por los litigantes, (también calificado por ellos como maquila), en particular el correspondiente a su “duración”, la cual es de un (01) año, prorrogable por “períodos iguales y sucesivos”, salvo manifestación en contrario, previa al vencimiento, por parte de cualquiera de las dos empresas. Para la nueva vigencia del convenio, los precios (del suministro) se acordarían previamente.

b) Documento de 31 de octubre de 1995. Recoge las modificaciones acordadas por las partes suscriptoras del escrito de que trata el literal anterior, entre las cuales merecen destacarse:

— La prórroga por un año para el acuerdo inicial (estipulación segunda).

— La facultad de dar por terminado el contrato, previo aviso de 30 días a la otra parte.

c) Documento de fecha 23 de diciembre de 2002, cuya cláusula 13 señala el término de dos (2) años, contados a partir del primero de enero de 2003 como duración del contrato, con la advertencia expresa de que la prórroga del acuerdo será “de común acuerdo mediante escrito en el que constara el precio y demás condiciones para la nueva vigencia”.

Es de anotar que los acuerdos en cuestión contienen, entre otras, las siguientes estipulaciones comunes:

I. Las partes: son CONCENTRADOS EL PIJAO S.A. y FINCA S.A.

II. El objeto: Según el primer acuerdo, Cláusula Primera, "...elaborar y producir en su planta de Ibagué, de manera exclusiva para el CONTRATANTE, alimentos concentrados para animales que serán distinguidos con la etiqueta y marca de FINCA, producidos de acuerdo con la formulación presentada por el contratante y utilizando las materias primas señaladas por el mismo...".

Al tenor del convenio de 1994, Cláusula Primera, "...elaborar y producir en su planta de Ibagué, de manera exclusiva para el CONTRATANTE, alimentos concentrados para animales que serán distinguidos con la etiqueta y marca de FINCA, producidos de acuerdo con la formulación presentada por EL CONTRATANTE y utilizando las materias primas señaladas por el mismo...".

Es de anotar que la modificación de 1995 no hizo relación al objeto del contrato.

De lo dicho hasta el momento debe concluirse que el objeto del contrato, del primero al último día de su vigencia, permaneció invariable, siempre fue el mismo: elaborar y suministrar un producto industrial con distintas especificaciones, atendiendo un cupo determinado de toneladas en cada periodo, bajo tarifas que se reajustaron periódicamente de común acuerdo. Por tanto, carece de utilidad práctica fraccionar cronológicamente la actividad de las partes, del 31 de octubre de 1995 al 30 de junio de 2005.

Con este modo de pensar se debe inferir, así mismo, que el mecanismo de pedidos y despachos es el que operó durante el desarrollo efectivo del negocio, hasta el 30 de junio de 2005.

3. La vigencia del contrato.

Procede determinar ahora el plazo convenido por las partes para el cumplimiento de las prestaciones a cargo de cada una de ellas. Para esto basta volver al último acuerdo reseñado por escrito, o sea el del 23 de diciembre de 2002, cláusula 13, en el cual se consignó una duración de dos (2) años, para cuya prórroga se estableció la condición de un "acuerdo mediante escrito".

Dado que los últimos seis (6) meses de la vida del contrato fueron manejados por las partes derogando el acuerdo de consignar por escrito esta realidad de negocio, el tribunal considera que el término correspondiente sí fue prorrogado convencionalmente por el bienio que comenzó a correr el primero de enero de 2005, con la circunstancia de que la CONTRATANTE decidió desistir unilateralmente del negocio, a pesar de haberlo extendido en el tiempo, al continuar ejerciendo los derechos que le correspondían con base en el acuerdo de que se viene tratando, más allá del último de diciembre de 2004. De esta forma, la vida del negocio superó el formalismo consagrado por los interesados, se reitera.

Nunca se diga que de enero a junio de 2005 el contrato estuvo sin ejecutar, con el argumento de que solo se celebraron pedidos con sus respectivas entregas de productos, formalización de cuentas de cobro y el consiguiente pago de estas por parte de la CONTRATANTE, en razón de su seriedad comercial y nunca por estar sometida a un compromiso mercantil.

Al planeamiento que así se formulare habría que agregarle que actuaron respetando los precios, las calidades y demás ítems vigentes desde el primer día de labores. Esta circunstancia es la que autoriza para decir que el contrato es "uno" durante todo el tiempo y que, por tanto, la CONTRATANTE debió respetar el acuerdo marco correspondiente, hasta el 31 de diciembre de 2006.

Consecuente con lo anterior, el tribunal entiende que la convocada incumplió el acuerdo de que se viene tratando, al abandonar sus deberes para con CONCENTRADOS EL PIJAO LTDA., absteniéndose de formular pedidos de productos elaborados y, a la vez, omitiendo la entrega de las materias primas correspondientes, conducta que se tradujo en el rompimiento unilateral de lo pactado, a pesar de la vigencia del contrato, según se comentó en los párrafos anteriores de este laudo. Así se declarará en la parte resolutive.

4. El contrato celebrado.

Según lo previeron las empresas interesadas, se pactó un acuerdo sobre “prestación de servicios”, denominándolo también “maquila”, cuya última reglamentación escrita es la contenida en el documento del 23 de diciembre de 2002.

Desde luego, como se trata de un contrato clasificado como atípico por ausencia de regulación en el estatuto mercantil, hay necesidad de hacer uso de la solución autorizada por el artículo 1º del Código de Comercio(18) para su interpretación y aplicación en este caso.

Lo anterior sin olvidar que la maquila debe entenderse como “...el acuerdo suscrito entre una empresa denominada maquiladora y una persona natural o jurídica llamada maquilante, en virtud del cual aquella se obliga para con esta y a cambio de una remuneración, a ejecutar un proceso industrial destinado a la transformación, elaboración, reparación o ensamblaje de mercaderías...” (Circular Externa N° 08 de 2004 de la Superintendencia de Sociedades. Diario Oficial 45.539 del 5 de mayo de 2004).

Por lo dicho hasta el momento, se debe recurrir entonces al Contrato de Suministro, en la modalidad de “prestación de servicios” (arts. 968 y ss., C.Co.), pues el capítulo correspondiente contempla aspectos como objeto, cuantía, determinación del precio y su pago, plazos para cada prestación, consecuencias del incumplimiento, terminación del contrato y analogía con otros contratos mercantiles, coincidiendo en parte sustancial con el acuerdo firmado para el desarrollo de la maquila.

5. La cláusula penal.

5.1. Concepto.

La cláusula penal es una sanción o pena. Consiste en una prestación modal, y accesoria (art. 1593 del C.C.), a cargo de la parte que retardó o dejó de cumplir la prestación principal durante la ejecución de un contrato conmutativo. Cumple una doble función: de apremio a las partes para el cabal cumplimiento de las obligaciones contractuales a condición de pena en caso contrario; y, como una estimación anticipada de los perjuicios que pudieran causarse con motivo de la mora o inexecución de la prestación debida.

El artículo 1592 del Código Civil la consagra, así: “ART. 1592.—La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal”.

5.2. Efectos generales.

En su carácter de obligación modal puede consistir en el cumplimiento de una o varias prestaciones de dar o de hacer algo. En las más de las veces se hace consistir en el pago de una determinada suma de dinero.

Como efectos principales de la cláusula penal podemos señalar que dado el incumplimiento de una de las partes, la parte cumplida o que se allanó a cumplir, puede: solicitar el pago o ejecución de la prestación o prestaciones en ella establecidas; y, a su elección, reclamar el cumplimiento de la obligación principal, o solicitar la declaratoria de resolución del contrato.

Obsérvese como se echa de menos la posibilidad ordinaria de reclamar la indemnización de los perjuicios causados con motivo del incumplimiento. Al respecto el artículo 1600 de Código Civil señala de manera perentoria: “ART. 1600.—No podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente...”. Consideramos que la anterior prohibición tiene lugar en razón a su ya señalada condición de estimación anticipada de perjuicios que hacen las partes al suscribir el contrato. Sin embargo la ley no se opone a que habiendo las partes pactado la pena adicionalmente se acuerde la posibilidad de reclamar los perjuicios, solo que para ello se exige que dicha estipulación conste de manera expresa.

Estimamos que la exigencia legal de expresa estipulación de la facultad de cobro de perjuicios en adición a la pena, le otorga al pacto así realizado la naturaleza de ser una convención accesoria, en calidad de título habilitante, y de carácter formal: accesorio al de penalización, pues es una probable pero no natural, ni necesaria, consecuencia de la existencia de la pena; título convencional habilitante, porque sin la aquiescencia de las partes sobre la existencia

del mismo no se puede proceder a reclamar el reconocimiento de perjuicios; formal, porque la estipulación ha de constar de manera expresa en el documento obligacional.

En contraprestación a la anterior limitante, el legislador en el Código Civil le ha otorgado al acreedor de la cláusula penal la facultad de no tener que probar en ningún caso para su cobro la ocurrencia de perjuicios, así: “ART. 1589.—Habrà lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse por el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio”.

5.3. La consagración de la cláusula penal en el contrato celebrado entre las partes.

Las partes en la cláusula décimo novena (19) del contrato la pactaron en los términos siguientes:

“CLÁUSULA PENAL. En caso de incumplimiento de alguna o algunas de las obligaciones a cargo de las partes, fuera de aquellas que ya tengan una sanción explícita en este contrato, estas convienen en establecer a título de sanción o pena a favor de la parte cumplida, la suma de cien millones de pesos (\$ 100.000.000), sin perjuicio de que se pueda exigir el cumplimiento del contrato o la resolución del mismo. Ambas partes podrán, cuando sean la parte que cumplió o se allanó a cumplir, hacer uso del plazo de seis (6) meses para dejar de producir en la planta, plazo de que trata la cláusula décima tercera de este contrato”.

A su vez, la cláusula décima tercera en torno al plazo establece en su párrafo:

“Cláusula. Décima Tercera...Parágrafo: Si por alguna circunstancia no atribuible a las partes, se da por terminado el contrato antes del término de duración establecido, el CONTRATANTE tendrá un plazo de seis (6) meses para dejar de producir en las instalaciones del contratista, término que se considera necesario para realizar los traspasos y ajustes de rigor. Durante este plazo seguirán rigiendo los precios que se tengan establecidos y sin garantía mínima de toneladas producidas”.

5.4. La posición de las partes frente a la cláusula penal.

5.4.1. De la parte convocante.

5.4.1.1. En el escrito de convocatoria integrado.

En el acápite de pretensiones principales, con motivo del señalado incumplimiento del contrato por parte de la convocada, solicita a este tribunal se declare resuelto el contrato, y el pago de perjuicios a su favor, más la condena al pago de la suma establecida en la cláusula penal, así:

“...Cuarta: Condenar a FINCA S.A. a pagar los perjuicios causados a CONCENTRADOS EL PIJAO LTDA., derivados del incumplimiento del contrato, perjuicios consistentes en lucro cesante y daño emergente, en sumas que se probarán y cuantificarán a lo largo de este trámite.

Quinta: Condenar a FINCA S.A. a pagar a CONCENTRADOS EL PIJAO LTDA. la suma de CIEN MILLONES DE PESOS (\$ 100'000.000) por concepto de la cláusula penal contenida en el contrato de fecha 23 de diciembre de 2002...”.

En síntesis el actor convocante solicita condenar a la parte convocada a pagar a la vez tanto los perjuicios causados como la pena.

5.4.1.2. En el escrito de alegatos.

Además de ratificar su solicitud inicial de condena a la convocada al pago de perjuicios que se llegaren a reconocer solicita se le condene adicionalmente al pago de la suma acordada en la cláusula penal al considerar probado el incumplimiento. En adición a dichas solicitudes afirma “... que la cláusula es de aquellas que no incluyen los perjuicios indemnizatorios...” y que por tanto es menester para este tribunal ordenar su pago.

5.4.2. De la parte convocada.

5.4.2.1. En el escrito de contestación integrado.

La convocada después de oponerse en general a la totalidad de las pretensiones, respecto de las correspondientes a la condena en perjuicios y al pago de la suma contenida en la cláusula penal, expresa en torno a las pretensiones y fundamentos de derecho:

“...ch) Frente a la cuarta pretensión: Cuáles perjuicios?, de cuál incumplimiento?”

d) Frente a la quinta pretensión: Si no hubo incumplimiento cómo se va patrocinar un pago de una cláusula penal que las partes pactaron para este evento, y la demandada no incurrió en él por (i) acogerse a la cláusula contractual de terminación, (ii) retirar sus equipos como estaba pactado, (iii) solicitar a la demandante una producción posterior a la fecha de conclusión que no es prórroga, y (iv) tratar de negociar un nuevo contrato, que era sustancialmente diferente, de arriendo de planta, aunque a la postre resultare fallido, etc...”.

En síntesis: se opone la convocada a la condena en perjuicios y a la condena a la pena por considerar no existió incumplimiento alguno por parte de su poderdante.

5.4.2.2. En el escrito de alegatos.

En el acápite de oposición a las pretensiones y sustento a las excepciones con motivo de las solicitudes de condena dinerarias no hace más que transcribir su posición inicial contenida en el escrito de contestación a propósito de la “Ineptitud sustantiva de la demanda contra las principales”, sin que de tal manera acompañe argumento alguno adicional a su solicitud de no condena al pago de la cláusula penal.

6. Consideraciones del tribunal en torno a la cláusula penal pactada, y a su efecto en relación con la solicitud de condena en perjuicios por parte de la parte convocante.

6.1. Del carácter de la cláusula.

A pesar de la aseveración que hace la parte convocada en su escrito de alegatos, con ausencia de argumento en derecho que la ampare, respecto de “... que la cláusula es de aquellas que no incluyen los perjuicios indemnizatorios...”, para este tribunal el contenido de la cláusula pactada es de carácter compensatorio toda vez que no se pactó de manera expresa la posibilidad de reclamar el reconocimiento de perjuicios causados con motivo del incumplimiento, tal como lo exige el artículo 1600 del Código Civil.

6.2. De la acumulación de pretensiones de reconocimiento dinerario por concepto de perjuicios y de la pena pactada.

Baste recordar cómo la convocante en su escrito de convocatoria acumuló de manera indebida las pretensiones de indemnización de perjuicios y de reconocimiento de la pena sin que existiera previsión contractual que de manera expresa así se lo permitiera. Situación por la cual el tribunal en obediencia a la existencia de la cláusula penal pactada ha de reconocer la suma allí establecida y solicitada en el escrito de convocatoria, y en consecuencia despachará negativamente la pretensión de reconocimiento de perjuicios ordinarios. (arts. 1599 y 1600 del C.C.).

6.3. Del contenido prestacional de la Cláusula Penal.

El contenido de la cláusula décima novena antes transcrita consiste en dos prestaciones a ser reconocidas en favor de la parte cumplida: la primera, el pago de la suma de cien millones de pesos (\$100`000.000); y la segunda, en el derecho de poder hacer uso del plazo de seis (6) meses para dejar de producir en la planta. (Cláusula número 19 del contrato de prórroga suscrito el veintitrés (23) de diciembre de 2003).

Frente a la primera prestación establecida como pena pecuniaria, este tribunal no encuentra dificultad alguna en su contenido y consecuente aceptación, por lo que deberá ser reconocida para ser pagada por la parte convocada en favor de la parte convocante por el monto que en el presente laudo se señala más adelante.

No ocurre lo mismo con un posible reconocimiento respecto de la segunda prestación contenida en la cláusula en comento, pues aun cuando en principio pudiere pensarse que la misma ha de ser decretada en favor de la parte

convocante por estar contenida en la misma disposición contractual que la anterior, este tribunal considera ello improcedente por las razones siguientes:

— Aun cuando la prestación consiste en poder hacer uso del plazo de seis (6) meses para dejar de producir en la planta, este tribunal encuentra que dicho derecho tiene por presupuesto necesario de aplicabilidad, el que la convocante no haya dejado de producir en la misma, condición de aplicabilidad fallida toda vez que, como quedó probado a lo largo del proceso, después del último día del mes de junio del año 2005 se dejó de producir con motivo de la ejecución del contrato en razón al incumplimiento de una de las partes.

— La prestación consiste en la ejecución de una obligación a plazo. Plazo, que por expresa remisión de la cláusula penal ha ser entendido bajo los precisos términos en los que se encuentra redactada la cláusula décimo tercera del contrato, cuyo párrafo establece como presupuesto para su reconocimiento, el que el contrato se diera por terminado por hechos ajenos a las partes, exigencia que imposibilita a este tribunal decretar la segunda prestación de penalidad en razón de que, como se dejó dicho con anterioridad, lo que determina la terminación del contrato es el hecho propio de una de las partes, para nada ajeno a la misma, como lo es el incumplimiento por parte suya del contrato.

— Por último, y como si fueran pocas las anteriores razones para que este tribunal no efectuó reconocimiento alguno respecto de la segunda prestación contenida en la cláusula penal, hay que agregar que la parte convocante solo petitionó en su escrito de convocatoria el reconocimiento de la suma contenida en la cláusula penal, absteniéndose de petitionar respecto de la prestación en estudio, por lo que ante su eventual reconocimiento por parte de este tribunal se estaría fallando por fuera de lo pedido, desatendiéndose así de manera grave el principio de congruencia entre la demanda y la sentencia que es deber del juez preservar.

De acuerdo con lo consignado en la estipulación Décima Novena del último acuerdo, del 23 de diciembre de 2002, las partes convinieron "...en establecer a título de sanción o pena a favor de la parte cumplida, la suma de cien millones de pesos (\$ 100.000.000), sin perjuicio que se pueda exigir el cumplimiento o la resolución del mismo. Ambas partes podrán, cuando sean la parte que cumplió o se allanó a cumplir, hacer uso del plazo de seis (6) meses para dejar de producir..." (Transcripción parcial)

En las condiciones ya dichas, las empresas en litigio se acogieron a los términos previstos por el artículo 876 del Código de Comercio que regula llamada cláusula penal, con la cual se llevó a cabo, en este caso, la cuantificación adelantada de los perjuicios que se pudieran derivar del incumplimiento del contrato, atribuible a cualquiera de ellas.

Según el texto parcialmente transcrito, la aplicación de dicha disposición tendrá lugar sin perjuicio de exigir el cumplimiento del contrato o la resolución del mismo, con todas sus consecuencias.

Por lo que hace a la limitante de esa sanción pecuniaria, según lo regulado por la norma citada, inciso segundo, el tribunal tomará en cuenta que el monto de aquella es de \$ 100.000.000, al paso que la cuantía de las prestaciones atendidas en el curso del desarrollo contractual va mucho más allá del doble de esta cifra, tal como aparece en la pericia contable elaborada dentro de esta actuación (Pág. 24 de la misma).

6.4. De la corrección monetaria de la prestación dineraria establecida en la Cláusula Penal.

Como se dejó dicho, la pena consensual consiste en una estimación anticipada de los perjuicios que hacen las partes con motivo de un eventual incumplimiento, estimación que efectúan de acuerdo con el valor intrínseco que la moneda posee en el preciso momento de contratar. Es una realidad que a las partes al momento de su señalamiento no les era posible precisar el instante en que podría tener lugar eventuales y futuros perjuicios, y mucho menos el momento de su reconocimiento por vía de autoridad, como tampoco el de su efectiva cancelación. Sin embargo, no es menos cierto que las partes eran conscientes de dicha imposibilidad y de la presencia del fenómeno de la inflación monetaria en nuestra economía en perjuicio del valor intrínseco de la moneda, por lo que de manera diligente y precavida han podido hacer uso de un mecanismo convencional de corrección monetaria, lo cual no realizaron.

La Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Civil y Agraria, Expediente C-4823, el 23 de junio de 2000, dejó sentenciado sobre el tema:

“Por último, y no por la ubicación argumento incidental, sino principal y definitivo, siendo la cláusula penal una especie de autotutela privada, que como remanente histórico reconoce la ley, por cuanto ella de alguna manera suple la función judicial, puesto que en el rol liquidatorio de perjuicios la tutela del Estado queda como sucedánea, su tratamiento debe ser restrictivo y si se quiere excepcional, si es que se procura dejar a salvo el sistema general e imparcial de la tutela judicial y al mismo tiempo el principio de la autonomía privada que prima en la configuración de la cláusula penal, dentro de los propios límites legales, que en algunas latitudes dan lugar a la llamada "moderación", razón por la que se insiste en que sí las partes no disponen con ocasión del pacto penal de un mecanismo de reajuste o valuación, este no se puede determinar judicialmente, así medie la petición del acreedor y mucho menos de oficio”.

Con base en la jurisprudencia parcialmente transcrita, la cual acoge este tribunal, se despachará desfavorablemente la pretensión sexta de la demanda, sobre incremento de la sanción”.

7. El último contrato escrito.

La prueba fundamental traída al expediente, a juicio del tribunal, es el documento fechado el 23 de diciembre de 2002, suscrito por los representantes legales de las sociedades comerciales FINCA S.A., la CONTRATANTE, y CONCENTRADOS EL PIJAO LIMITADA, la CONTRATISTA, el que fuera titulado como CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS, documento en el que consta que las partes adoptaron un propósito industrial, con obligaciones perfectamente convenidas y relacionadas, con un período de vigencia y con el establecimiento de sanciones para casos puntuales de incumplimiento, según la siguiente reseña:

7.1. El objeto.

“... elaborar y producir ... alimentos concentrados para animales ... producidos de acuerdo con la formulación presentada por el CONTRATANTE y utilizando las materias primas señaladas por el mismo...” (transcripción parcial de la Cláusula Primera. Negrillas fuera de texto).

Este objeto, así convenido, tuvo la siguiente precisión en cuanto a su alcance:

“... Las partes declaran y aceptan que de acuerdo con este contrato, el CONTRATISTA está siendo contratado para elaborar los productos del CONTRATANTE según una especificación técnica de acuerdo con lo establecido en este contrato ...” (transcripción parcial de la Cláusula 26).

7.2. Los deberes del CONTRATANTE.

Corresponden a esta parte los siguientes:

1. Formular pedidos con un mínimo de 1.200 toneladas mensuales durante dos (2) años, término prorrogable por escrito (Cláusula 3ª y 13ª).
2. Proveer materias primas (Cláusula 7ª).
3. Pagar a EL CONTRATISTA el valor de la materia prima que este le suministrare para atender sus propios pedidos (Cláusula 7ª, parágrafo 2º).
4. Pagar los servicios telefónicos que estén a su disposición (Cláusula 8ª parágrafo 3).
5. Mantener seguros que amparen las materias primas y los productos terminados de propiedad de EL CONTRATANTE (Cláusula 10ª, parágrafo único).
6. Pagar el “valor del servicio”, según tarifas que se actualizarían anualmente (Cláusula 12ª).
7. Atender por su cuenta las medidas de control químico de plagas dentro de la planta, en lo atinente a materias primas y productos terminados (Cláusula 18ª).
8. Cubrir las obligaciones fiscales correspondientes al “producto que vaya a ser comercializado” (Cláusula 24ª).

7.3. Los deberes del CONTRATISTA.

Siguiendo el orden del clausulado, nos encontramos los señalados enseguida:

1. Elaborar y producir alimentos concentrados, para atender pedidos del CONTRATANTE (Cláusula 1ª).
2. Guardar reserva sobre procedimientos y fórmulas de fabricación recibidos del CONTRATANTE (Cláusula 2ª).
3. Establecer turnos de trabajo en la empresa para atender los pedidos del CONTRATANTE, incluyendo turnos especiales según los volúmenes de producción (Cláusula 5ª).
4. Apilar o acopiar los productos terminados según las indicaciones del CONTRATANTE, para su posterior “disponibilidad”, en espacio suficiente para la totalidad de los mismos (Cláusula 6ª).
5. Esta parece ser una forma de entrega física de mercancías, pues de este sitio o bodega solo podrían hacerse despachos o retiros con destino a los clientes de FINCA S.A., autorizados por las personas destacadas por el CONTRATANTE (Cláusula 16ª).
6. Obtener y administrar el recurso humano y “todos los elementos técnicos que se requieran para garantizar el correcto y eficiente funcionamiento de la planta ... obligándose en consecuencia a realizar el mantenimiento...” (Cláusula 8ª transcripción parcial).
7. Afiliar a los trabajadores de la empresa al sistema de seguridad social (Cláusula 9ª).
8. Responder por los daños causados al CONTRATANTE (Cláusula 10ª).
9. Atender los pedidos de fabricación de concentrados, durante la vigencia del contrato (Cláusula 13ª).
10. Prestar las garantías y seguros convenidos (Cláusula 14ª).
11. Permitir la actuación y desempeño del Interventor del CONTRATANTE (Cláusula 15ª).
12. Permitir el control y manejo de inventario de materias primas y productos terminados, por parte del CONTRATANTE (Cláusula 16ª).
13. Permitir al CONTRATANTE que ejerza el derecho de retención, en caso de incumplimiento (Cláusula 20ª).
14. Permitir que el CONTRATANTE ejerza funciones de vigilancia de las instalaciones de la empresa (Cláusula 22ª).
15. Cumplir las instrucciones impartidas por el CONTRATANTE, en cuanto a las buenas prácticas de producción (Cláusula 27ª).
16. Pagar o reembolsar al CONTRATANTE las sumas de dinero que tuviere que sufragar por obligaciones laborales del CONTRATISTA, en caso de fallo judicial en su contra.

7.4. Las penalidades contractuales.

1. Se estableció una multa a cargo del CONTRATISTA por incumplimiento de “... las obligaciones de producción contraídas en este documento”, sanción equivalente al valor convenido para la maquila “por cada tonelada dejada de producir ... por cada día de demora en el cumplimiento” (Cláusula 11ª).
2. Cláusula Penal de \$100'000.000, “... sin perjuicio de que se pueda exigir el cumplimiento del contrato o la resolución del mismo”, en caso de incumplimiento de alguna de las obligaciones pactadas, con la posibilidad para la parte cumplida de hacer uso de un plazo de seis (6) meses para dejar de producir” (Estipulación 9ª).

8. Contratos antecedentes.

El fechado el 21 de octubre de 1994, con el cual las partes en litigio pusieron en marcha el acuerdo de maquila, en

similares condiciones a las contenidas en el acuerdo del 23 de diciembre de 2002, con naturales variaciones sobre vigencia y precio, entre otras.

Documento denominado OTROSÍ, de fecha 01 de noviembre de 1995, que igualmente actualiza precios y vigencia del contrato citado en el párrafo anterior.

9. Prolongación del objeto contractual.

Varias de las probanzas esgrimidas por las partes llevan a sostener que, en general, el acuerdo que se inició el 21 de octubre de 1994 se prolongó en el tiempo hasta el 30 de junio de 2005, sin interrupciones, ni mutaciones distintas a las que se dejaron reseñadas.

Los fundamentos de la conclusión sobre vigencia del negocio estriban, entre otras, en las siguientes circunstancias:

1. La demanda, hecho 2.2.2.

2. La contestación de la demanda, cuando refutan la afirmaciones sobre prórroga del contrato, consignada por la accionante en la siguiente frase "... la producción se siguió ordenando...", la cual fue rebatida así: "(c) NADA puede, por unas solicitudes posteriores de trabajo, ante la realidad contractual, evidenciar una prórroga. La misma negociación, aunque fracasada al final, para arrendarle a la demandada la planta, lo confirma, lo confiesa ..." (Respuesta al Punto 2.2.9, Literal c).

3. Igualmente en la contestación de la demanda se encuentra lo siguiente:

"... e) Frente a la sexta pretensión. ...la demandada no incurrió en él (en el incumplimiento) por ... (iii) solicitar a la demandante una producción posterior a la fecha de conclusión que no es prórroga ..." (Capítulo contestación A LAS PRETENSIONES Y FUNDAMENTOS DE DERECHO, Pág.17 del escrito. Transcripción parcial).

4. Alegación final de la parte demandada. En el escrito correspondiente se dice sobre el término del contrato lo siguiente, aceptando el punto fáctico señalado por la accionante pero negando la conclusión:

"... Todo se finca para la demandante en su mera creencia, en su expectativa, nunca en un derecho, el único que había era el del contrato que se había terminado.

La manera como lo había ejecutado a lo largo de 10 años lo desdibuja, sin que pueda interpretarse como regla, por ejecución práctica de las partes, lo que pasó apenas en seis meses..." (Transcripción parcial del escrito correspondiente, Pág.7).

5. La carta del 28 de noviembre de 200, dirigida por la convocante a la demandada, comunicándole su decisión de no renovar el contrato a su vencimiento, el 31 de diciembre de ese mismo año.

Sobre esta misiva y su entendimiento, la demandada expresa que "fruto de unas conversaciones y arreglos entre las contendientes, extienden el 23 de diciembre de 2002" nueva convención para continuar sus relaciones comerciales, lo cual sucedió efectivamente. Así puede leerse en el escrito de contestación de la demanda, en torno a esa nota que finalmente no tuvo trascendencia en el manejo de las operaciones industriales comentadas.

6. "... a) Que si siguieron efectuando solicitudes de producción por la demandada, ello no suponía ninguna prórroga contractual como tanto se ha explicado. Esto es la repetidora de la repetidora..." (transcripción parcial de la página 12 del escrito de contestación de la demanda).

La práctica reiterada sobre prórrogas, en los diez años de vida de relaciones comerciales, vino a quedar sin efecto temporalmente, hasta cuando venció el último contrato, el de diciembre 23 de 2002, pues se regresó de hecho, implícitamente, al sistema anterior, situación que autoriza para sostener que a partir del primero de enero de 2005 el contrato quedó prorrogado automáticamente por un término igual al que acaba de expirar, esto es de dos años, trato que fue roto unilateralmente por LA CONTRATANTE al vencimiento del sexto mes de la última prórroga.

10. Existencia y validez del contrato.

El juez del contrato, por mandato constitucional y legal(19) , tiene el deber de verificar la ausencia de causas de nulidad absoluta y, en su caso, declararlas oficiosamente(20) cuando quiera que el ordenamiento jurídico así lo imponga(21) (CSJ. CAS. CIVIL. SENT., ENERO 27/81).

Este deber no es extraño a quienes en condición de árbitros habilitados por las partes ejercen la función pública de administrar justicia y asumen la investidura de juzgadores. Así, la ley expresamente faculta a los árbitros para pronunciarse sobre las materias mencionadas (arts. 116, L. 446/98, 118, D. 1818/98, 2ª, D. 2279/89)(22) . El artículo 15467 del C.C. establece que para la procedencia de la acción resolutoria se hace necesaria la existencia de un contrato bilateral válido.

Del análisis del contrato en estudio celebrado por las partes, y de sus adicionales, el Tribunal concluye acerca de su existencia y validez que no concurren causales de nulidad absoluta de aquellas respecto de las cuales el orden jurídico le impone el deber de examinar, constatar y declarar *ex officio*.

11. Las excepciones.

En el capítulo correspondiente de la demanda, denominado A LAS PRETENSIONES Y FUNDAMENTOS DE DERECHO, la convocada propuso las siguientes excepciones de mérito:

- Ineptitud sustantiva de la demanda
- Buena fe
- Inexistencia de prórroga contractual
- Inexistencia del incumplimiento alegado en cabeza de la demandada
- Inexistencia de solución de continuidad
- Inexistencia de abuso del derecho
- Inexistencia de violación de cláusula penal de confianza
- Ejecución práctica del contrato
- Prescripción
- La genérica

Como puede observarse, los medios de defensa propuestos por la convocada no constituyen excepciones en estricto sentido, habida cuenta de que no son argumentos que permitan enervar el derecho alegado por la demandante. Es decir, que la convocada omitió contraponer hechos impeditivos o extintivos a las pretensiones de la actora, limitándose a ejercer su derecho en forma genérica, negando algunos hechos y rebatiendo otros.

En cuanto hace a la excepción de prescripción, no se formuló alegación sobre aspectos cronológicos de las prestaciones a que hubiere estado sometida.

Pese a lo anterior, el tribunal ha tenido en cuenta las precitadas defensas, concomitantes con las negativas dadas a los hechos principales de la demanda, de conformidad con lo previsto en el inciso final del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil que dispone: “En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión, y cuando este no proceda, antes de que entre el expediente al despacho para sentencia, o que la ley permita considerarlo de oficio”.

De la misma manera, el Tribunal no encuentra estructurada ninguna excepción que conduzca a rechazar todas las pretensiones de la demanda, de manera que tampoco ha quedado demostrada una excepción “genérica” como se ha denominado en la contestación a la demanda.

De acuerdo con lo anterior, y con lo dispuesto en el artículo 306(23) del Código de Procedimiento Civil, se declaran no probados los medios de defensa contenidos en la contestación de la demanda, como quedará consignado en la parte resolutive de esta providencia.

12. La objeción por error grave formulada frente al dictamen pericial.

El apoderado de la parte convocada formuló objeción al dictamen pericial al considerar que la perito “actualizó” las sumas señaladas por la parte demandante al pedir la prueba, utilizando los intereses máximos moratorios legalmente permitidos, en lugar de haber aplicado la variación en los índices de precios.

Sobre este particular, el Tribunal, tal como lo manifestó en la providencia del 12 de septiembre de 2007 (Acta 13, folio 258 del cuaderno principal del expediente), considera que cuando la perito hizo sus cálculos aplicando la tasa de interés moratorio, lo hizo para atender la solicitud que se le formuló en tal sentido, pues de esa manera se solicitó la prueba por parte del apoderado de Concentrados El Pijao Ltda., y fue decretada por el Tribunal, sin que entonces el apoderado de la parte demandada hubiere presentado objeción, a que se hiciera de esa manera.

En la mencionada providencia también se anotó que dentro del traslado del dictamen, el apoderado de Finca S.A. no solicitó que se adicionara con la actualización de las sumas referidas, utilizando la variación del índice de precios.

Por lo anterior, el Tribunal, de oficio, en ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 240 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 180 del mismo ordenamiento, ordenó a la perito adicionar el dictamen pericial, realizando la actualización de las sumas a las que se refiere el capítulo 2.5.4 literal c) de la demanda, utilizando la variación del índice de precios en los períodos correspondientes.

La perito entregó la adición solicitada por el Tribunal, de la cual se corrió traslado a los apoderados de las partes, sin que se hubiera reiterado la objeción por parte del apoderado de la parte convocada.

Así pues, estima el Tribunal que con la adición al dictamen ordenada de oficio por el Tribunal y presentada oportunamente por la perito, quedó sin fundamento la objeción formulada en contra del dictamen, por lo cual se declarará no probada en la parte resolutive de este laudo.

13. Costas y agencias en derecho.

El Tribunal estima las agencias en derecho para el presente proceso en la suma de ocho millones de pesos (\$ 8.000.000).

En vista de que prosperaron las pretensiones de la demanda, salvo la solicitud de condena en perjuicios adicionales a la cláusula penal y la actualización de las condenas, y se declararon no probadas las excepciones propuestas por la parte convocada, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, se condena a la parte demandada al pago del ochenta por ciento (80%) de las sumas por concepto de costas y agencias en derecho.

Las costas que se causaron dentro del proceso ascienden a los siguientes rubros:

Honorarios de los tres árbitros	\$ 24.716.712
IVA sobre los honorarios de los tres árbitros	\$ 3.954.674
Honorarios de la secretaria	\$ 4.119.452
IVA sobre los honorarios de la secretaria	\$ 659.112
Gastos de administración	\$2.111.781
IVA sobre los gastos de administración	\$ 337.884
Protocolización	\$ 3.393.308
Gastos del dictamen pericial	\$ 2.000.000

Honorarios del perito	\$ 6.000.000
Total	\$ 47.292.923
Agencias en derecho	\$ 8.000.000
Total liquidación de costas y agencias en derecho.	\$ 55.292.923

Tal como quedó dicho, de la suma anterior, Finca S.A. debe pagar a favor de Concentrados el Pijao Ltda. el ochenta por ciento (80%), previa deducción de las sumas que ya ha cancelado por los conceptos antes relacionados.

De acuerdo con lo antes expuesto, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, este Tribunal,

RESUELVE:

Primero: Declarar no probadas las excepciones propuestas.

Segundo: Declarar que entre las empresas Concentrados El Pijao Ltda. y Finca S.A. existió un contrato de maquila, según documento denominado por las partes “Contrato de prestación de servicios”, de fecha 23 de diciembre de 2003, que terminó el 30 de junio de 2005.

Tercero: Declarar que Finca S.A., el día 30 de junio de 2005, dio por terminado unilateralmente el contrato celebrado con Concentrados El Pijao Ltda. mencionado en el numeral anterior.

Cuarto: Declarar resuelto el contrato existente entre Finca S.A. y Concentrados El Pijao Ltda., al que se ha hecho referencia en los numerales anteriores.

Quinto: Condenar a Finca S.A. al pago de la suma de cien millones de pesos (\$100.000.000) a favor de Concentrados El Pijao Ltda., por concepto de la cláusula penal, dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, por las razones a las que hace referencia la parte considerativa de este laudo.

Sexto: Negar la solicitud de condena en perjuicios, con fundamento en lo expuesto en la parte considerativa del laudo.

Séptimo: Negar la indexación de la cláusula penal por improcedente, tal como quedó expuesto en la parte motiva de este laudo.

Octavo: Declarar no probada la objeción por error grave formulada contra el dictamen pericial.

Noveno: Condenar a Finca S.A. al pago del ochenta por ciento (80%) de las costas, incluyendo agencias en derecho, suma que asciende a cincuenta y cinco millones doscientos noventa y dos mil novecientos veintitrés pesos (\$ 55.292.923). De esta suma deben descontarse los valores ya cancelados por Finca S.A., y debe ser pagada dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria del laudo, a favor de la parte convocante.

Décimo: En firme el presente laudo el Presidente procederá a la protocolización del expediente en una Notaría del Círculo de Bogotá e igualmente rendirá cuenta a las partes de los gastos del proceso y, si hubiere lugar a ello, las requerirá para que por partes iguales y en un plazo máximo de ocho (8) días hábiles, asuman los valores faltantes para cubrir los gastos de protocolización.

Décimo primero: La Secretaria expedirá copia auténtica del presente laudo, con las anotaciones que ordena la ley, con destino a las partes y una copia adicional para el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

La anterior providencia quedó notificada en estrados.

Los árbitros

Carlos Alberto Useche Ponce De León—Fabio Silva Torres—Camilo Calderon Rivera

La Secretaria,

Anne Marie Mürrle Rojas
