

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
FERROEQUIPOS YALE LIMITADA
CONTRA
BAVARIA S.A.

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., diez y seis (16) de septiembre de dos mil trece (2013)

El Tribunal Arbitral conformado para dirimir en derecho las controversias suscitadas entre FERROEQUIPOS YALE LIMITADA, como parte demandante, y BAVARIA S.A., como parte demandada, después de haber surtido en su integridad todas las etapas procesales previstas en el Decreto 2279 de 1989, en la Ley 23 de 1991, en la Ley 446 de 1998, en el Decreto 1818 de 1998 y en el Código de Procedimiento Civil, profiere el presente laudo arbitral con lo cual decide el conflicto expuesto en la demanda y en su contestación, previos los siguientes antecedentes y preliminares.

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES

1. PARTES Y REPRESENTANTES

La parte demandante en este Trámite Arbitral es **FERROEQUIPOS YALE LTDA.**, sociedad comercial de responsabilidad limitada, debidamente constituida y vigente conforme las leyes de la República de Colombia, representada legalmente por el señor FERNANDO AUGUSTO PINILLA ROJAS, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Bogotá, todo lo cual consta en el certificado de

existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Facatativá¹.

En el proceso, la parte demandante está representada judicialmente por el abogado CARLOS AUGUSTO CAICEDO GARDEAZABAL, de acuerdo con el poder visible a folio 14 del Cuaderno Principal No. 1 y a quien se le reconoció personería mediante el Auto No. 1 de fecha 24 de agosto de 2012, Acta No. 1².

La parte demandada en este Trámite Arbitral es **BAVARIA S.A.**, sociedad comercial de carácter privado, debidamente constituida y vigente conforme las leyes de la República de Colombia, representada legalmente por el señor FERNANDO JARAMILLO GIRALDO, mayor de edad y domiciliado en la ciudad de Bogotá D.C., todo lo cual consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá³.

En este trámite arbitral la parte demandada está representada judicialmente por el abogado RAMIRO BEJARANO GUZMÁN, de acuerdo con el poder visible a folio 102 del Cuaderno Principal No. 1 y a quien se le reconoció personería mediante Auto No. 2 de fecha 25 de septiembre de 2012, Acta No. 2⁴.

2. EL PACTO ARBITRAL

El pacto arbitral que sirve de fundamento al presente proceso se encuentra contenido en la cláusula vigésima sexta del "Contrato de arrendamiento de bienes muebles y prestación de servicios No. 8000 15736", que a la letra dispone:

"CLÁUSULA VIGÉSIMA SEXTA: LEY APLICABLE / JURISDICCIÓN.-

*Este contrato se interpretará de acuerdo con las leyes de la República de Colombia. Toda diferencia que surja entre **LA EMPRESA** y el **ARRENDADOR** por la interpretación del presente contrato, su ejecución, su cumplimiento, su terminación o las consecuencias futuras del mismo, no pudiendo arreglarse amigablemente entre las partes, será sometida a la decisión de un Tribunal de Arbitramento, integrado por (3) tres árbitros que*

¹ Folios 121 a 123 del C. Principal No. 1.

² Folios 74 a 76 del C. Principal No. 1.

³ Folios 81 a 92 del C. Principal No. 1.

⁴ Folios 124 y 125 del C. Principal No. 1.

se designarán de común acuerdo por las partes, siguiendo en todo caso las disposiciones legales sobre la materia. El Tribunal funcionará en la ciudad de Bogotá, D.C., y la demanda arbitral se presentará ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de la misma ciudad. El fallo pronunciado por los árbitros será dictado en derecho y los gastos que ocasionaré (sic) el juicio arbitral serán por cuenta de la parte vencida.”⁵

3. CONVOCATORIA DEL TRIBUNAL, DESIGNACIÓN DE LOS ÁRBITROS Y ETAPA INICIAL DEL PROCESO

La integración del Tribunal Arbitral convocado, se desarrolló de la siguiente manera:

- a. Con fundamento en la Cláusula Compromisoria citada, el 25 de Abril de 2012 la parte demandante presentó ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá la solicitud de convocatoria de un Tribunal Arbitral para dirimir las diferencias existentes con Bavaria S.A.⁶
- b. El 25 de junio de 2012⁷, en reunión de nombramiento de árbitros, las partes de común acuerdo designaron a los doctores Hernando Yepes Arcila, Cecilia Botero Álvarez y Cristian Mosquera Casas, quienes en la debida oportunidad expresaron su aceptación.
- c. El 24 de agosto de 2012, se llevó a cabo la audiencia de instalación del Tribunal (Acta No. 1)⁸ en la que se designó como Presidente al doctor Cristian Mosquera Casas. Adicionalmente, mediante Auto No. 1 el Tribunal adoptó las siguientes decisiones:
 - Se declaró legalmente instalado.
 - Nombró como Secretaria a la doctora Gabriela Monroy Torres, quien posteriormente aceptó la designación y tomó posesión de su cargo ante el Presidente del Tribunal.

⁵ Folio 6 del C. de Pruebas No. 1.

⁶ Folios 1 a 13 del C. Principal No. 1.

⁷ Folio 45 del C. Principal No. 1.

⁸ Folios 74 a 76 del C. Principal No. 1.

- Fijó como lugar de funcionamiento y secretaría la sede Salitre del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.
 - Reconoció personería al apoderado de la parte demandante.
 - Admitió la demanda presentada y ordenó correr traslado a la parte demandada por el término de diez días, ordenando la entrega de la demanda y de sus anexos.
 - Ordenó informar al Ministerio Público de la instalación del Tribunal.
- d. El 6 de septiembre de 2012, se remitió a la sociedad convocada la comunicación prevista en el Art. 315 del CPC para la notificación del Auto No. 1, admisorio de la demanda.
- e. El 7 de septiembre de 2012 el representante legal de la sociedad demandada se notificó personalmente del contenido del Auto No. 1, admisorio de la demanda.
- f. El 11 de septiembre de 2012, estando dentro de la oportunidad de ley la sociedad demandada interpuso recurso de reposición contra el Auto No. 1 admisorio de la demanda⁹, recurso del cual se corrió traslado a la parte demandante quien dentro del término, se pronunció oponiéndose a la prosperidad del mismo¹⁰.
- g. El 25 de septiembre de 2012, mediante Auto No. 2, (Acta No. 2)¹¹ el Tribunal reconoció personería al apoderado de la parte demandada, y mediante Auto No. 3 de la misma fecha, luego de las consideraciones del caso, confirmó la providencia impugnada.
- h. El 19 de octubre de 2012, estando dentro del término legal, la parte demandada radicó su escrito de contestación de la demanda.¹² Mediante fijación en lista, el 22 de octubre de 2012 se corrió traslado de las excepciones allí propuestas.

⁹ Folios 97 a 101 del C. Principal No. 1.

¹⁰ Folios 115 a 120 del C. Principal No. 1.

¹¹ Folios 124 a 131 del C. Principal No. 1.

¹² Folios 133 a 145 del C. Principal No. 1.

- i. El 25 de octubre de 2012, la parte demandante recorrió el traslado de las excepciones propuestas en la contestación de la demanda y solicitó pruebas adicionales.¹³
- j. El 30 de noviembre de 2012, se llevó a cabo la audiencia de conciliación, oportunidad en la que no se logró acuerdo conciliatorio. En consecuencia, el Tribunal procedió a fijar los montos de honorarios y gastos del proceso, sumas que en su totalidad fueron pagadas por la parte demandada.

4. PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE, ETAPA PROBATORIA Y ALEGACIONES FINALES

4.1. Primera Audiencia de Trámite

El 1º de febrero de 2013 de 2013 se dio inicio a la Primera Audiencia de Trámite, en la que se dio lectura al pacto arbitral, a las cuestiones sometidas a arbitraje, y adicionalmente, mediante Auto No. 9, el Tribunal se declaró competente para conocer y resolver en derecho las diferencias sometidas a su consideración, de las que dan cuenta la demanda arbitral, su contestación y excepciones.

Tal decisión fue objeto de recurso de reposición por parte de la demandada, por lo que el Tribunal decidió suspender la audiencia y fijó como fecha para su continuación, el día 8 de febrero de 2013.

En audiencia celebrada el 8 de febrero de 2013, mediante Auto No. 12 (Acta No. 8¹⁴) el Tribunal confirmó en todas sus partes la providencia recurrida. En esa misma audiencia, mediante Auto No. 13 se decretaron las pruebas solicitadas por las partes, las cuales fueron practicadas como se indica a continuación.

4.2. Etapa probatoria

La etapa probatoria se desarrolló así:

4.2.1. Pruebas Documentales

¹³ Folios 147 a 172 del C. Principal No. 1.

¹⁴ Folios 207 a 234 del C. Principal No. 1.

El Tribunal ordenó tener como pruebas documentales, con el mérito legal probatorio que a cada una correspondiera, los documentos enunciados y aportados con (i) la demanda arbitral (ii) la contestación de la demanda y (iii) con el escrito con el que la demandante recorrió el traslado de las excepciones.

Adicionalmente se incorporaron al expediente los documentos que fueron remitidos en respuesta a los oficios librados, los entregados por algunos testigos y por los representantes legales de las partes en el curso de sus declaraciones, así como aquellos provenientes de las inspecciones judiciales practicadas.

4.2.2. Testimonios

En audiencias celebradas entre el 4 de marzo y el 16 de abril de 2013 se recibieron los testimonios y las declaraciones de parte de las personas que se indican a continuación. Las correspondientes transcripciones fueron entregadas por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y se incorporaron al expediente, luego de haber sido puestas en conocimiento de las partes en virtud de lo previsto por el artículo 109 del C.P.C.

- El 4 de marzo de 2013 se recibieron los testimonios de los señores Jorge Hernando Álvarez Restrepo y Peter Levinson Muñoz Barrios¹⁵.
- El 11 de marzo de 2013, se recibieron los testimonios de los señores Enrique González González y Sonia Abisambra Ruiz¹⁶.
- El 11 de abril de 2013, se recibieron las declaraciones de parte de los señores Oscar Eduardo Mateus Duarte, representante legal de la sociedad demandada y Fernando Augusto Pinilla Rojas, representante legal de la sociedad demandante¹⁷.
- El 16 de abril de 2013, se recibieron los testimonios de los señores Henry Javier Arenas Beltrán, Andrés Roberto Sánchez Castro y Hugo Peláez Arias cuyo testimonio fue tachado de falso por la parte demandante¹⁸.

¹⁵ Folios 420 a 436 418 a 429 del C. de Pruebas No. 1.

¹⁶ Folios 398 a 406 y 391 a 397 del C. de Pruebas No. 3.

¹⁷ Folios 267 a 286 del C. de Pruebas No. 13.

¹⁸ Folios 238 a 252, 230 a 237 y 227 a 229 del C. de pruebas No. 13.

La parte demandante desistió de la práctica de los testimonios de los señores Víctor Peña Beltrán, Ferney Galviz, José Torres, Miguel Téllez, Silvio Olivera y Alejandro Machado, este último con la indicación de que rendiría testimonio en el Tribunal que preside el doctor Jorge Santos y en tal virtud hace parte de la prueba trasladada que decretó el Tribunal.

En cuanto a los testimonios de los señores Luz Estela García, Antonio Elí Gómez Díaz y Raúl Obando, solicitados por la demandada, su práctica fue desistida con la observancia de que la transcripción de los dos últimos sería allegada al proceso junto con las pruebas trasladadas que se allegarían al proceso provenientes de los Tribunales arbitrales que cursan entre las mismas partes en este Centro de Arbitraje y Conciliación. Las transcripciones de tales testimonios fueron allegadas.

De otro lado, se decretó el testimonio del señor Karl Gunter Lipper quien no compareció en ninguna de las tres oportunidades en que fue convocado, por lo que, ante la imposibilidad de practicar la prueba, no fue citado nuevamente.

4.2.3. Dictámenes Periciales

- a. Se practicó un dictamen pericial contable, el cual fue rendido por la señora Marcela Gómez Clark, perito designada por el Tribunal. De dicho dictamen se corrió traslado a las partes de conformidad con lo previsto en el artículo 238 del C.P.C., quienes dentro de la oportunidad de ley solicitaron aclaraciones y complementaciones al mismo, las cuales fueron respondidas en tiempo.¹⁹
- b. Se practicó un dictamen pericial en finanzas y banca de inversión decretado de conformidad con lo solicitado por las partes, el cual fue rendido por la señora Marcela Gómez Clark, perito designada por el Tribunal. De dicho dictamen se corrió traslado a las partes de conformidad con lo previsto en el artículo 238 del C.P.C., quienes dentro del término del traslado solicitaron aclaraciones y complementaciones al mismo, las cuales fueron respondidas en tiempo.²⁰
- c. Se practicó un dictamen pericial técnico el cual fue rendido por el señor Jaime Enrique Varela, Ingeniero Industrial designado por el Tribunal. De

¹⁹ C. de Pruebas No. 4.

²⁰ C. de Pruebas No. 4.

dicho dictamen se corrió traslado a las partes de conformidad con lo previsto en el artículo 238 del C.P.C., quienes dentro del término del traslado solicitaron aclaraciones y complementaciones al mismo, las cuales fueron respondidas en tiempo.²¹

El Tribunal, dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley 1395 de 2010 que modificó el artículo 432 del CPC, decretó el interrogatorio del señor perito para que las partes, si a bien lo tuvieron, procedieran con la contradicción del dictamen rendido por el señor Varela, interrogatorio que tuvo lugar el día 2 de agosto de 2013.

4.2.4. Oficios

El Tribunal ordenó que por Secretaría se librarán los siguientes oficios:

- A **FIDUCIARIA BANCOLDEX (FIDUCOLDEX)** en oficio dirigido a su representante legal, para que:
 - a) Informara respecto a la terminación del FIDEICOMISO FERROEQUIPOS YALE, y en caso tal, las causales por las cuáles se terminó el mismo y así como la terminación de los comodatos con las compañías leasing.
 - b) Certificara el valor y la fecha de todos y cada uno de los pagos que realizó Bavaria S.A. al fideicomiso FIDEICOMISO FERROEQUIPOS YALE desde el inicio del contrato fiduciario enviando copia de los extractos del fideicomiso mes a mes.
 - c) Remitiera copia de los siguientes documentos: (i) documento emitido por la doctora Sonia Abisambra de Sanín – Presidente – bajo referencia 02171 de fecha 12 de marzo de 2010 dirigida a Fernando Augusto Pinilla Rojas respecto a que declaraba terminados los comodatos y que por consiguiente autorizaba la liquidación del fideicomiso, (ii) documento emitido por la doctora Silvia María Bermúdez de fecha 10 de junio de 2010 dirigido a Fernando Augusto Pinilla Rojas y Nadeida Consuelo Rodríguez respecto a que el fideicomiso estaba terminado, (iii) documento emitido por el doctor **Faride Alfaro** bajo referencia DJ- 1252 y referencia 17527 de fecha 26 de septiembre de 2012 respecto a que el fideicomiso fue terminado, (iv) los extractos del fideicomiso mes a mes desde el inicio del fideicomiso hasta el mes en el que se recibió el último pago y, (v) comunicación de fecha 10 de junio de 2010 dirigida a Bavaria S.A. bajo número 004135, cuyo asunto fue “LIQUIDACIÓN FIDEICOMISO 090 de 2004 FERROEQUIPOS YALE”.

²¹ Folios 1 a 95 y 254 a 261 y 289 a 367 del C. de Pruebas No. 13.

La correspondiente respuesta obra a folios 151 a 214 del C. de Pruebas No. 2, folios 1 a 277 del C. de Pruebas No. 4, Cuadernos de pruebas Nos. 5 a 11, folios y 263 a 266 del C. de Pruebas No. 13.

- A **LIBERTY SEGUROS S.A.** en oficio dirigido a su representante legal, para que certificara si Bavaria S.A. con NIT 860.005.224-6 presentó durante el periodo del contrato No. 8000 15736, es decir desde mayo 1º de 2005 y abril 30 de 2010, alguna reclamación por incumplimiento en desarrollo del mismo y con base en las pólizas de cumplimiento emitidas por compañía de seguros, por orden de Ferroequipos Yale Ltda. y a favor de Bavaria S.A.

La correspondiente respuesta obra a folio 287 del C. Principal No. 2.

- A **DISTOYOTA S.A.** en oficio dirigido a su representante legal, para que remitiera al Tribunal copia de los contratos de alquiler y arriendo de montacargas celebrados con Bavaria S.A. desde enero del año 2007 hasta octubre de 2012.

La correspondiente respuesta obra a folios 1 a 150 del C. de Pruebas No. No. 2.

- A través de exhorto dirigido al Ministerio de Relaciones Exteriores, a la empresa **SABMiller Plc (Bavaria)**, a efecto de que por intermedio de la Embajada de Colombia en Londres – Inglaterra, se notificara y requiriera al señor Graham Mackay en la dirección: Church Street West Woking Surrey, GU21 6HS England, para que remitiera los documentos relativos a las instrucciones dadas al señor **KARL LIPPERT** para el cambio y estandarización de los envases de los productos en Colombia y la aprobación para la compra directa de montacargas LINDE representados por la empresa McAllister que se hizo entre el año 2007 y 2010. Este exhorto no tuvo respuesta.
- Al **Juzgado 33 Civil del Circuito de Bogotá**, para que remitiera copias auténticas de la totalidad del expediente del proceso ejecutivo instaurado por Ferroequipos Yale Ltda. contra Bavaria S.A. (radicado 2011 – 00584) y adicionalmente para que remitiera copia del proceso identificado con el radicado 2011-0039.

La correspondiente respuesta obra en el C. de Pruebas No. 14

- Al **Juzgado 13 Civil del Circuito de Bogotá**, para que remitiera copias auténticas de la demanda ejecutiva instaurada por Ferroequipos Yale Ltda. contra Bavaria S.A. (radicado 2010 – 0248), del recurso de reposición interpuesto contra el mandamiento de pago, y del escrito de excepciones, como también de las decisiones adoptadas frente al citado recurso en primera y segunda instancia, estas últimas con la constancia de notificación y ejecutoria, y también para que informara el estado del proceso.

La correspondiente respuesta obra a folios 96 al 226 del C. de Pruebas No. 13.

- Al **Juzgado 28 Civil del Circuito de Bogotá**, para que remitiera copias auténticas de la demanda ejecutiva instaurada por Ferroequipos Yale Ltda. contra Bavaria S.A. (radicado 2010 – 0684), del recurso de reposición interpuesto contra el mandamiento de pago y del escrito de excepciones, como también de las decisiones adoptadas frente al citado recurso y/o las excepciones en primera y segunda instancia, estas últimas con la constancia de notificación y ejecutoria. Asimismo para que informara el estado del proceso.

La correspondiente respuesta, obra a folios 215 a 273 del C. de Pruebas No. 2 y a folios 441 a 466 del C. de Pruebas No. 25.

- Al **Juzgado 17 Civil del Circuito de Bogotá**, para que remitiera copia del expediente contentivo del proceso de restitución de tenencia promovido por Ferroequipos Yale Ltda. contra Bavaria S.A. (radicado 2011 – 009).

La correspondiente respuesta obra en el C. de Pruebas No. 23.

- Al **Juzgado 17 Civil del Circuito de Bogotá**, para que remitiera copia del expediente contentivo del proceso de restitución de tenencia promovido por Ferroequipos Yale Ltda. contra Bavaria S.A. (radicado 2011 – 39)

La correspondiente respuesta obra en el C. de Pruebas No. 23.

- Al **Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá**, para que remitiera copias de las demandas arbitrales formuladas por Ferroequipos Yale Ltda. contra Bavaria S.A., y para que informara los nombres de los árbitros designados en cada uno de los procesos y en qué estado se encuentran.

La correspondiente respuesta obra a folios 307 a 309 del C. Principal No. 1.

- A los **Juzgados 2 y 3 Civil del Circuito de Bogotá**, para que informaran si en esos despachos fueron repartidas demandas ejecutivas de Ferroequipos Yale Ltda. contra Bavaria S.A. En caso positivo, para que remitieran las copias de las demandas remitidas para los archivos de los despachos, como también de las providencias que se hubieren proferido en esos asuntos.

La correspondiente respuesta obra a folios 222 y 291 del C. Principal No. 2.

4.2.5. Pruebas Trasladas

A efectos de la práctica de la prueba trasladada solicitada por la parte demandada, el Tribunal ordenó librar oficios a los siguientes Tribunales arbitrales que funcionan en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, para que remitieran copias de las demandas, las contestaciones, como también de las pruebas que se aportaren o fueren recaudadas.

- i) Al Tribunal Arbitral promovido por Ferroequipos Yale Ltda. contra Bavaria S.A., del que son árbitros los doctores Mario Gamboa Sepúlveda, Marcela Castro de Cifuentes y Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

La correspondiente respuesta obra a folios 300 a 547 del C. de Pruebas No. 1.

- ii) Al Tribunal Arbitral promovido por Ferroequipos Yale Ltda. contra Bavaria S.A., del que son árbitros los doctores Enrique Gaviria Liévano, Sergio Muñoz Laverde y Javier Bonivento Jiménez.

La correspondiente respuesta obra en el C. de Pruebas No. 12 y a folios 262 y 263 del C. Principal No. 2.

- iii) Al Tribunal Arbitral promovido por Ferroequipos Yale Ltda. contra Bavaria S.A., del que son árbitros los doctores Delio Gómez Leyva, José Vicente Guzmán Escobar y Héctor Romero Díaz.

La correspondiente respuesta obra a folios 310 y 311 del C. Principal No. 2.

- iv) Al Tribunal Arbitral promovido por Ferroequipos Yale Ltda. contra Bavaria S.A., del que son árbitros los doctores Jorge Santos Ballesteros, María Cristina Morales de Barrios y José Pablo Navas Prieto.

La correspondiente respuesta obra en los Cuaderno de Pruebas No. 17 a 22.

4.2.6. Inspecciones Judiciales con Exhibición de documentos

El Tribunal decretó tres inspecciones judiciales con exhibición de documentos a cargo de Ferroequipos Yale Ltda., Bavaria S.A. y Fiducoldex, esta última practicada el 11 de abril de 2013, en tanto que la de Bavaria tuvo lugar el 2 de agosto de 2013.

En cuanto a la inspección judicial a las oficinas de Ferroequipos Yale Ltda., el Tribunal por Auto No. 28 (Acta No. 24) consideró que la misma no resultaba viable, y en consecuencia denegó la práctica de la prueba.

4.3. Alegatos de conclusión

Por encontrar que todas las pruebas decretadas fueron practicadas en forma oportuna, mediante Auto No. 31 del 12 de agosto de 2013, el Tribunal decretó el cierre del periodo probatorio y señaló fecha y hora para la audiencia de alegaciones.

El 26 de agosto de 2013, las partes alegaron de conclusión de manera oral y los correspondientes resúmenes escritos fueron incorporados al expediente²². En esa misma oportunidad, el Tribunal fijó fecha para la audiencia de lectura del presente Laudo.

5. TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO

Como quiera que las Partes no pactaron nada distinto, al tenor de lo indicado en el Art. 19 del Decreto 2279 de 1989, según fue modificado por el Art. 103 de la Ley 23 de 1991²³, el término de duración del proceso es de seis (6) meses. Su cómputo se inició cuando finalizó la primera audiencia de trámite, es decir, el 8 de febrero de 2013, por lo cual el plazo previsto en la Ley habría vencido el 7 de agosto de 2013.

Sin embargo, en audiencia celebrada el 9 de mayo de 2013 (Acta No. 17)²⁴ los apoderados de las partes, en uso de las facultades conferidas en los poderes que obran en el expediente, solicitaron una prórroga del término del trámite arbitral por un plazo de dos meses, la cual fue decretada por el Tribunal.

Teniendo en cuenta lo anterior, el término vencería el 7 de octubre de 2013.

²² Folios 316 a 441 del C. Principal No. 2.

²³ El Art. 19 del Decreto 2279 de 1989, según fue modificado por el Art. 103 de la Ley 23 de 1991, dice:

“Si en el compromiso o en la cláusula compromisoria no se señalare el término para la duración del proceso, éste será de seis (6) meses, contados desde la primera audiencia de trámite.

El término podrá prorrogarse una o varias veces, sin que el total de las prórrogas exceda de seis (6) meses, a solicitud de las partes o de sus apoderados con facultad expresa para ello.

En todo caso se adicionarán al término los días en que por causas legales se interrumpa o suspenda el proceso.”

²⁴ Folios 165 a 167 del C. Principal No. 1.

No obstante, a dicho término, por mandato de la norma en mención, deben adicionarse los siguientes días durante los cuales el proceso estuvo suspendido por solicitud de las Partes:

Acta y Auto	Fecha suspensión	Hábiles
Acta 17 – Auto 25	Entre el 10 y 21 de mayo de 2013 (ambas fechas inclusive)	7

Sumados los siete (7) días hábiles durante los cuales el proceso estuvo suspendido, el término vence el 17 de octubre de 2013.

Por lo anterior, la expedición del presente laudo es oportuna y se hace dentro del término consagrado en la ley.

CAPITULO SEGUNDO

LA CONTROVERSIA

1. LA DEMANDA, SU CONTESTACIÓN Y EXCEPCIONES

1.1. Pretensiones

Con apoyo en los hechos que adelante se transcriben y en la normatividad invocada en la demanda, la parte demandante ha solicitado al Tribunal que en el Laudo se efectúen las siguientes declaraciones y condenas:

1. "Que se declare la existencia de la obligación por el ingreso no percibido por Ferroequipos Yale Ltda. referente al pago de los cánones de arrendamiento en su componente por el uso de los montacargas (variable), tal como fue pactado en el contrato, a cargo de la sociedad demandada Bavaria S.A. con NIT 830.005.224-6 representada legalmente por el señor Richard Mark Rushton mayor de edad, identificado con CE 353037 (o quien haga sus veces) y teniendo en cuenta el único documento emitido por Bavaria S.A. que señaló el uso de los mismos en 351 horas en virtud a que las actas no fueron levantadas en desarrollo del contrato."
2. "Que en virtud de lo anterior, se condene a la sociedad demandada Bavaria S.A. con NIT 830.005.224-6 representada legalmente por el señor Richard Mark Rushton mayor de edad, identificado con CE 353037 (o quien haga sus veces) a pagar a la sociedad demandante Ferroequipos Yale Ltda sociedad identificada con Nit No 890330393-4, domiciliada y residente en la Kilómetro 1.5 VÍA A LA MESA QUINTAS DE SERREZUELA B-120 MOSQUERA CUNDINAMARCA, representada legalmente por el señor FERNANDO

AUGUSTO PINILLA ROJAS mayor de edad identificado con la cédula de ciudadanía No. 19266156, domiciliado y residente en la Kilómetro 1.5 VÍA A LA MESA QUINTAS DE SERREZUELA B-120 MOSQUERA CUNDINAMARCA las siguientes sumas mensuales correspondientes al componente variable del canon de arrendamiento mensual desde el mes de abril de 2008 hasta la entrega de los montacargas en perfecto estado y funcionamiento a partir de las 351 horas de uso mensual determinadas por Bavaria S.A., en la licitación del contrato así:

CANON	AÑO	VALOR A PAGAR	VENCIMIENTO
Canon uso montacargas	Año 3	28.966.261	30-Apr-2008
Canon uso montacargas	Año 4	30.801.764	31-May-2008
Canon uso montacargas	Año 4	13.225.860	30-Jun-2008
Canon uso montacargas	Año 4	9.908.682	31-Jul-2008
Canon uso montacargas	Año 4	6.401.381	31-Aug-2008
Canon uso montacargas	Año 4	(2.343.432)	30-Sep-2008
Canon uso montacargas	Año 4	23.263.690	31-Oct-2008
Canon uso montacargas	Año 4	24.028.633	30-Nov-2008
Canon uso montacargas	Año 4	56.975.309	31-Dec-2008
Canon uso montacargas	Año 4	68.464.147	31-Jan-2009
Canon uso montacargas	Año 4	92.278.158	28-Feb-2009
Canon uso montacargas	Año 4	86.308.355	31-Mar2009
Canon uso montacargas	Año 4	106.561.356	30-Apr-2009
Canon uso montacargas	Año 5	135.075.679	31-May-2009
Canon uso montacargas	Año 5	136.453.272	30-Jun-2009
Canon uso montacargas	Año 5	179.382.998	31-Jul-2009
Canon uso montacargas	Año 5	179.382.998	31-Aug-2009
Canon uso montacargas	Año 5	179.382.998	30-Sep-2009
Canon uso montacargas	Año 5	179.382.998	31-Oct-2009
Canon uso montacargas	Año 5	179.382.998	30-Nov-2009
Canon uso montacargas	Año 5	179.382.998	31-Dec-2009
Canon uso montacargas	Año 5	179.382.998	31-Jan-2010
Canon uso montacargas	Año 5	179.382.998	28-Feb-2010
Canon uso montacargas	Año 5	179.382.998	31-Mar2010
Canon uso montacargas	Año 5	179.382.998	30-Apr-2010
Canon uso montacargas	Año 6	192.836.723	31-May-2010
Canon uso montacargas	Año 6	192.836.723	30-Jun-2010
Canon uso montacargas	Año 6	192.836.723	31-Jul-2010
Canon uso montacargas	Año 6	192.836.723	31-Aug-2010
Canon uso montacargas	Año 6	192.836.723	30-Sep-2010
Canon uso montacargas	Año 6	192.836.723	31-Oct-2010
Canon uso montacargas	Año 6	192.836.723	30-Nov-2010
Canon uso montacargas	Año 6	192.836.723	31-Dec-2010
Canon uso montacargas	Año 6	192.836.723	31-Jan-2011
Canon uso montacargas	Año 6	192.836.723	28-Feb-2011
Canon uso montacargas	Año 6	192.836.723	31-Mar-2011
Canon uso montacargas	Año 6	192.836.723	30-Apr-2011
Canon uso montacargas	Año 7	207.299.477	31-May-2011
Canon uso montacargas	Año 7	207.299.477	30-Jun-2011
Canon uso montacargas	Año 7	207.299.477	31-Jul-2011
Canon uso montacargas	Año 7	207.299.477	31-Aug-2011
Canon uso montacargas	Año 7	207.299.477	30-Sep-2011
Canon uso montacargas	Año 7	207.299.477	31-Oct-2011

Total: \$6.168.036.634

3. "Que se condene a la sociedad demandada Bavaria S.A. a pagar a la sociedad demandante Ferroequipos Yale Ltda. los cánones subsiguientes de Octubre de 2011 y que se causen hasta la entrega de los montacargas en perfecto estado y funcionamiento a partir de las 351 horas de uso mensual determinadas por Bavaria S.A. y al incremento anual estipulado del 7.5%."
4. "Que se declare la existencia de la obligación a cargo de la demandada Bavaria S.A. con NIT 830.005.224-6 a pagar a la sociedad demandante Ferroequipos Yale Ltda sociedad identificada con Nit No 890330393-4, los intereses moratorios comerciales a la tasa máxima legal permitida, liquidados sobre las sumas anteriores de dinero determinadas en el numeral 2 y 3 de estas pretensiones y desde el mes de abril de 2008 hasta que se verifique el pago total de la obligación en ejecución del contrato así:
 - A. "Por los intereses legales durante la mora causados a la tasa de mora máxima legal certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia sobre canon en su componente por el uso (variable) abr-2008 desde la fecha de vencimiento 30/04/2008, hasta el día de la solución pago total de la obligación y entrega de los montacargas a mi poderdante.
 - B. "Por los intereses legales durante la mora causados a la tasa de mora máxima legal certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia sobre canon en su componente por el uso (variable) may-2008 desde la fecha de vencimiento 31/05/2008, hasta el día de la solución pago total de la obligación y entrega de los montacargas a mi poderdante.
 - C. Por los intereses legales durante la mora causados a la tasa de mora máxima legal certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia sobre canon en su componente por el uso (variable) jun-2008 desde la fecha de vencimiento 30/06/2008, hasta el día de la solución pago total de la obligación y entrega de los montacargas a mi poderdante.
 - D. Por los intereses legales durante la mora causados a la tasa de mora máxima legal certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia sobre canon en su componente por el uso (variable) jul-2008 desde la fecha de vencimiento 31/07/2008, hasta el día de la solución pago total de la obligación y entrega de los montacargas a mi poderdante.
 - E. Por los intereses legales durante la mora causados a la tasa de mora máxima legal certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia sobre canon en su componente por el uso (variable) ago-2008 desde la fecha de vencimiento 31/08/2008, hasta el día de la solución pago total de la obligación y entrega de los montacargas a mi poderdante.
 - F. Por los intereses legales durante la mora causados a la tasa de mora máxima legal certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia sobre canon en su componente por el uso (variable) sep-2008 desde la fecha de vencimiento 30/09/2008, hasta el día de la solución pago total de la obligación y entrega de los montacargas a mi poderdante.
 - G. Por los intereses legales durante la mora causados a la tasa de mora máxima legal certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia sobre canon en su componente por el uso (variable) oct-2008 desde la fecha de vencimiento

31/10/2008, hasta el día de la solución pago total de la obligación y entrega de los montacargas a mi poderdante.

- H. Por los intereses legales durante la mora causados a la tasa de mora máxima legal certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia sobre canon en su componente por el uso (variable) nov-2008 desde la fecha de vencimiento 30/11/2008, hasta el día de la solución pago total de la obligación y entrega de los montacargas a mi poderdante.
- I. Por los intereses legales durante la mora causados a la tasa de mora máxima legal certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia sobre canon en su componente por el uso (variable) dic-2008 desde la fecha de vencimiento 31/12/2008, hasta el día de la solución pago total de la obligación y entrega de los montacargas a mi poderdante.
- J. Por los intereses legales durante la mora causados a la tasa de mora máxima legal certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia sobre canon en su componente por el uso (variable) ene-2009 desde la fecha de vencimiento 31/01/2009, hasta el día de la solución pago total de la obligación y entrega de los montacargas a mi poderdante.
- K. Por los intereses legales durante la mora causados a la tasa de mora máxima legal certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia sobre canon en su componente por el uso (variable) feb-2009 desde la fecha de vencimiento 23/02/2009, hasta el día de la solución pago total de la obligación y entrega de los montacargas a mi poderdante.
- L. Por los intereses legales durante la mora causados a la tasa de mora máxima legal certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia sobre canon en su componente por el uso (variable) mar-2009 desde la fecha de vencimiento 31/03/2009, hasta el día de la solución pago total de la obligación y entrega de los montacargas a mi poderdante.
- M. Por los intereses legales durante la mora causados a la tasa de mora máxima legal certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia sobre canon en su componente por el uso (variable) abr-2009 desde la fecha de vencimiento 30/04/2009, hasta el día de la solución pago total de la obligación y entrega de los montacargas a mi poderdante.
- N. Por los intereses legales durante la mora causados a la tasa de mora máxima legal certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia sobre canon en su componente por el uso (variable) may-2009 desde la fecha de vencimiento 31/05/2009, hasta el día de la solución pago total de la obligación y entrega de los montacargas a mi poderdante.
- O. Por los intereses legales durante la mora causados a la tasa de mora máxima legal certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia sobre canon en su componente por el uso (variable) jun-2009 desde la fecha de vencimiento 30/06/2009, hasta el día de la solución pago total de la obligación y entrega de los montacargas a mi poderdante.

- P. Por los intereses legales durante la mora causados a la tasa de mora máxima legal certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia sobre canon en su componente por el uso (variable) jul-2009 desde la fecha de vencimiento 31/07/2009, hasta el día de la solución pago total de la obligación y entrega de los montacargas a mi poderdante.
- Q. Por los intereses legales durante la mora causados a la tasa de mora máxima legal certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia sobre canon en su componente por el uso (variable) ago-2009 desde la fecha de vencimiento 31/08/2009, hasta el día de la solución pago total de la obligación y entrega de los montacargas a mi poderdante.
- R. Por los intereses legales durante la mora causados a la tasa de mora máxima legal certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia sobre canon en su componente por el uso (variable) sep-2009 desde la fecha de vencimiento 30/09/2009, hasta el día de la solución pago total de la obligación y entrega de los montacargas a mi poderdante.
- S. Por los intereses legales durante la mora causados a la tasa de mora máxima legal certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia sobre canon en su componente por el uso (variable) oct-2009 desde la fecha de vencimiento 30/10/2009, hasta el día de la solución pago total de la obligación y entrega de los montacargas a mi poderdante.
- T. Por los intereses legales durante la mora causados a la tasa de mora máxima legal certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia sobre canon en su componente por el uso (variable) nov-2009 desde la fecha de vencimiento 30/11/2009, hasta el día de la solución pago total de la obligación y entrega de los montacargas a mi poderdante.
- U. Por los intereses legales durante la mora causados a la tasa de mora máxima legal certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia sobre canon en su componente por el uso (variable) dic-2009 desde la fecha de vencimiento 31/12/2009, hasta el día de la solución pago total de la obligación y entrega de los montacargas a mi poderdante.
- V. Por los intereses legales durante la mora causados a la tasa de mora máxima legal certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia sobre canon en su componente por el uso (variable) ene-2010 desde la fecha de vencimiento 21/01/2010, hasta el día de la solución pago total de la obligación y entrega de los montacargas a mi poderdante.
- W. Por los intereses legales durante la mora causados a la tasa de mora máxima legal certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia sobre canon en su componente por el uso (variable) feb-2010 desde la fecha de vencimiento 28/02/2010, hasta el día de la solución pago total de la obligación y entrega de los montacargas a mi poderdante.
- X. Por los intereses legales durante la mora causados a la tasa de mora máxima legal certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia sobre canon en su componente por el uso (variable) mar-2010 desde la fecha de vencimiento

31/03/2010, hasta el día de la solución pago total de la obligación y entrega de los montacargas a mi poderdante.

- Y. Por los intereses legales durante la mora causados a la tasa de mora máxima legal certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia sobre canon en su componente por el uso (variable) abr-2010 desde la fecha de vencimiento 30/04/2010, hasta el día de la solución pago total de la obligación y entrega de los montacargas a mi poderdante.
- Z. Por los intereses legales durante la mora causados a la tasa de mora máxima legal certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia sobre canon en su componente por el uso (variable) may-2010 desde la fecha de vencimiento 31/05/2010, hasta el día de la solución pago total de la obligación y entrega de los montacargas a mi poderdante.
- AA. Por los intereses legales durante la mora causados a la tasa de mora máxima legal certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia sobre canon en su componente por el uso (variable) jun-2010 desde la fecha de vencimiento 30/06/2010, hasta el día de la solución pago total de la obligación y entrega de los montacargas a mi poderdante.
- BB. Por los intereses legales durante la mora causados a la tasa de mora máxima legal certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia sobre canon en su componente por el uso (variable) jul-2010 desde la fecha de vencimiento 31/07/2010, hasta el día de la solución pago total de la obligación y entrega de los montacargas a mi poderdante.
- CC. Por los intereses legales durante la mora causados a la tasa de mora máxima legal certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia sobre canon en su componente por el uso (variable) ago-2010 desde la fecha de vencimiento 31/08/2010, hasta el día de la solución pago total de la obligación y entrega de los montacargas a mi poderdante.
- DD. Por los intereses legales durante la mora causados a la tasa de mora máxima legal certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia sobre canon en su componente por el uso (variable) sep-2010 desde la fecha de vencimiento 30/09/2010, hasta el día de la solución pago total de la obligación y entrega de los montacargas a mi poderdante.
- EE. Por los intereses legales durante la mora causados a la tasa de mora máxima legal certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia sobre canon en su componente por el uso (variable) oct-2010 desde la fecha de vencimiento 31/10/2010, hasta el día de la solución pago total de la obligación y entrega de los montacargas a mi poderdante.
- FF. Por los intereses legales durante la mora causados a la tasa de mora máxima legal certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia sobre canon en su componente por el uso (variable) nov-2010 desde la fecha de vencimiento 30/11/2010, hasta el día de la solución pago total de la obligación y entrega de los montacargas a mi poderdante.

- GG. Por los intereses legales durante la mora causados a la tasa de mora máxima legal certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia sobre canon en su componente por el uso (variable) dic-2010 desde la fecha de vencimiento 31/12/2010, hasta el día de la solución pago total de la obligación y entrega de los montacargas a mi poderdante.
- HH. Por los intereses legales durante la mora causados a la tasa de mora máxima legal certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia sobre canon en su componente por el uso (variable) ene-2011 desde la fecha de vencimiento 31/01/2011, hasta el día de la solución pago total de la obligación y entrega de los montacargas a mi poderdante.
- II. Por los intereses legales durante la mora causados a la tasa de mora máxima legal certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia sobre canon en su componente por el uso (variable) feb-2011 desde la fecha de vencimiento 28/02/2011, hasta el día de la solución pago total de la obligación y entrega de los montacargas a mi poderdante.
- JJ. Por los intereses legales durante la mora causados a la tasa de mora máxima legal certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia sobre canon en su componente por el uso (variable) mar-2011 desde la fecha de vencimiento 31/03/2011, hasta el día de la solución pago total de la obligación y entrega de los montacargas a mi poderdante.
- KK. Por los intereses legales durante la mora causados a la tasa de mora máxima legal certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia sobre canon en su componente por el uso (variable) abr-2011 desde la fecha de vencimiento 30/04/2011, hasta el día de la solución pago total de la obligación y entrega de los montacargas a mi poderdante.
- LL. Por los intereses legales durante la mora causados a la tasa de mora máxima legal certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia sobre canon en su componente por el uso (variable) may-2011 desde la fecha de vencimiento 31/05/2011, hasta el día de la solución pago total de la obligación y entrega de los montacargas a mi poderdante.
- MM. Por los intereses legales durante la mora causados a la tasa de mora máxima legal certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia sobre canon en su componente por el uso (variable) jun-2011 desde la fecha de vencimiento 30/06/2011, hasta el día de la solución pago total de la obligación y entrega de los montacargas a mi poderdante.
- NN. Por los intereses legales durante la mora causados a la tasa de mora máxima legal certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia sobre canon en su componente por el uso (variable) jul-2011 desde la fecha de vencimiento 31/07/2011, hasta el día de la solución pago total de la obligación y entrega de los montacargas a mi poderdante.
- OO. Por los intereses legales durante la mora causados a la tasa de mora máxima legal certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia sobre canon en su componente por el uso (variable) ago-2011 desde la fecha de vencimiento

31/08/2011, hasta el día de la solución pago total de la obligación y entrega de los montacargas a mi poderdante.

PP. Por los intereses legales durante la mora causados a la tasa de mora máxima legal certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia sobre canon en su componente por el uso (variable) sep-2011 desde la fecha de vencimiento 30/09/2011, hasta el día de la solución pago total de la obligación y entrega de los montacargas a mi poderdante.

QQ. Por los intereses legales durante la mora causados a la tasa de mora máxima legal certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia sobre canon en su componente por el uso (variable) oct-2011 desde la fecha de vencimiento 31/10/2011, hasta el día de la solución pago total de la obligación y entrega de los montacargas a mi poderdante.

RR. Por los intereses legales durante la mora causados a la tasa de mora máxima legal certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia sobre canon en su componente por el uso (variable) subsiguientes causados con posterioridad al mes de Octubre de 2011, hasta el día de la solución pago total de la obligación y entrega de los montacargas a mi poderdante.

5. "Subsidiariamente, y en caso de no ser acogida (sic) las pretensiones a que alude el numeral 4, respetuosamente solicito se declare la existencia de una obligación, a cargo de los demandados, consistente en pagar a la sociedad demandante, la suma que resulte de la correspondiente corrección monetaria en razón al incremento del IPC que certifique el DANE, para cada anualidad causada al mes del respectivo canon en su componente por el uso (variable) y hasta que se verifique el pago total de la obligación."
6. "Que en virtud de ello se declare a cargo de la sociedad demandada al pago de los perjuicios por la mora en la entrega del bien arrendado, teniendo dentro de estos el daño emergente y el lucro cesante que por la no restitución de la maquinaria se hubieren causado."
7. "De manera subsidiaria y de no encontrarse probada la pretensión correspondiente al numeral 6 de estas pretensiones, que se DECLARE la existencia de la obligación a cargo de la demandada BAVARIA S.A. con NIT 830.005.224-6 de pagar a la sociedad demandante FERROEQUIPOS YALE LTDA sociedad identificada con Nit No 890330393-4, por las sumas mensuales que se sigan causando hasta la entrega de los montacargas en perfecto estado y funcionamiento."
8. "Que se declare la mora en la restitución del bien, una vez finalizado el contrato, por la parte demandada según lo estipula el artículo 2007 del Código Civil."
9. "CONDENAR por los costos del presente trámite arbitral así como por las agencias en derecho que se causen en el presente proceso a la demandada BAVARIA S.A. con NIT 830.005.224-6 representada legalmente por el señor Richar Mark Rushton mayor de edad, identificado con CE 353037 (o quien haga sus veces)."

1.2. Hechos

Las pretensiones formuladas por la Parte Demandante en la demanda arbitral, están fundamentadas en los siguientes hechos:

1. Afirma la demandante que el 1 de marzo de 2004 Ferroequipos celebró con Bavaria un contrato de arrendamiento de bienes muebles identificado con el No. 8000 15736, cuya fecha de inicio fue 1 de mayo de 2005, el cual incluye el anexo de 9 de septiembre de 2004, y que con motivo del mismo hizo entrega de cincuenta y tres (53) montacargas con cinco (5) de contingencia.
2. Agrega que Bavaria utiliza los equipos para su uso en el cargue y descargue y oficios propios en las plantas de producción y centros de distribución de la demandada, los cuales, afirma, quedaron siempre bajo la custodia y dominio de ésta, en sus propias instalaciones prestándole el servicio.
3. En cuanto al precio del canon mensual, agrega que en la cláusula segunda del contrato se acordó un pago fijo mensual y un componente variable por la utilización de los montacargas bajo su dominio y custodia y que al no permitirse por parte de la demandada el levantamiento de las actas acordadas en el contrato, el canon se determina en el componente de horas a partir del documento elaborado por Bavaria, en el que se señaló una utilización de 351 horas para el componente de uso de los montacargas en horas. A continuación especifica:
 - 15 montacargas de doble estiba horizontal SINGLE DOUBLE con tapa estabilizadora de carga gaso/GNC \$9.800 por cada hora trabajada. Precisa que desde marzo 2008 no se cobran 5 de estos montacargas de acuerdo con la posibilidad del contrato de retirar hasta 5 de estos.
 - 7 montacargas de doble estiba horizontal SINGLE DOUBLE con tapa estabilizadora de carga gaso/GNC \$7.500 por cada hora trabajada.
 - 10 montacargas de estiba sencilla torre alta con estabilizador de carga gaso/GNC y 5 montacargas de estiba sencilla torre baja con estabilizador de carga gaso/GNC \$6.900 por cada hora trabajada.

- 4 montacargas de estiba sencilla torre baja con estabilizador de carga gaso/GNC \$6.900 por cada hora trabajada.
- 4 montacargas de estiba sencilla torre baja con estabilizador de carga gaso/GNC \$6.900 por cada hora trabajada.
- montacargas de estiba sencilla torre baja con estabilizador de carga gaso/GNC \$6.900 por cada hora trabajada.
- 3 montacargas de estiba sencilla torre baja con estabilizador de carga gaso/GNC \$6.900 por cada hora trabajada.

Afirma que fueron 48 montacargas a los que se suman 5 GASO/GNC de contingencia para un total de 53 montacargas.

4. Agrega que en el contrato se estipuló un aumento anual del 7.5% sobre las tarifas para el pago del arrendamiento.
5. Señala que en la licitación para la adjudicación del contrato, Bavaria indicó que la utilización de equipos montacargas sería de 351 horas mensuales.
6. Añade que en cuanto al componente variable del canon de arrendamiento (uso de montacargas), en ejercicio de una posición dominante por ser dueña de los terrenos donde estaban los montacargas, la demandada no llevó ni permitió a Ferroequipos que llevara el control de las horas de servicio de los montacargas a través de la emisión de las actas de lectura de los horómetros instalados en los equipos. Argumenta que debido a que desde abril de 2008 Bavaria tampoco presentó las actas para la firma del demandante, la utilización de los equipos para el canon mensual en su componente de uso debe fijarse en 351 horas mensuales, utilización que determinó Bavaria.
7. Dado que los montacargas prestan el servicio a la demandada, se encuentran bajo su dominio y custodia y no han sido restituidos, la demandada debe pagar el canon por el componente de uso en la cantidad de 351 horas mensuales, ingresos que según manifiesta, no han sido percibidos por la demandante, en razón a que Bavaria no permitió el levantamiento de las actas para la presentación de las respectivas cuentas de cobro.

8. Agrega que Bavaria no ha pagado el valor del canon tanto variable como fijo y que este último componente se está demandando en un proceso ejecutivo.

Manifiesta que con dicha postura, la demandada “se ha venido enriqueciendo de forma indebida a costas del patrimonio de la actora y el demandante no ha percibido el ingreso esperado por el uso y utilización de los montacargas.”

9. Manifiesta que en el contrato se acordó que el pago de la renta mensual debía hacerse dentro de los cinco primeros días del mes y que como la demandante no ha percibido el ingreso acordado por el uso de los montacargas, tal ingreso en su componente por el uso de los mismos se calcula de acuerdo a la cláusula segunda del contrato y al documento emitido por la demandada respecto al uso determinado de los montacargas (351 horas), según los cálculos que se mencionan en la demanda.

10. Plantea que la vigencia del contrato pactada por cinco años desde el inicio del contrato en mayo de 2005, es decir con la entrega de los montacargas a Bavaria.

11. Indica que el 12 de marzo de 2010, Fiducoldex dio por terminado el fideicomiso Fiducoldex- Montacargas de Colombia, referido en el anexo del contrato.

12. Agrega que desde el inicio del contrato Bavaria pagó los cánones de arrendamiento en sus componentes variables hasta marzo de 2008 y que entre abril de 2008 y junio de 2009, solo ha cancelado en cuanto al componente del uso de los montacargas los siguientes valores, quedando un saldo por pagar de \$2.610.199.096. (Se insertan un cuadro con la información a que alude.)

13. Afirma que dado que Bavaria aun no ha restituido los montacargas al arrendador, los ingresos continúan causándose a partir de los cánones en su componente en horas teniendo en cuenta que dichos equipos generan tales ingresos como activos productivos. A continuación se inserta un cuadro a partir del cual se afirma que el total causado de mayo 2010 a

octubre 2011 es \$3.557.837.538. Y precisa que para los meses de abril de 2008 a octubre de 2011 registra pagos solo por la suma de \$1.700.037.699 de los \$7.868.074.333 causados en esos meses. Precia que en el mes de septiembre de 2008 quedó un saldo a favor de Bavaria por \$2.343.432 que se descontará del pago total por el uso en su componente variable.

14. Finalmente, agrega que Bavaria se obligó con el contrato al pago por el uso de los montacargas, y sin embargo, no presentó a Ferroequipos el acta por las horas de uso evitando la inspección de los equipos en las instalaciones de Bavaria.

Manifiesta que la demandada señaló el uso en 351 horas mensuales como las horas de uso esperadas en el contrato y por ello debe pagar la suma total del canon de arrendamiento en su componente variable descontando los pagos efectuados, suma que ascienda a \$6.168.036.634, según lo determina en el cuadro que se incluye en este hecho.

1.3. La contestación de la demanda por parte de Bavaria S.A., formulación de excepciones.

Frente a las pretensiones aducidas, la parte convocada se opuso a todas y cada una de ellas. Así mismo, rechazó los hechos de la demanda.

Adicionalmente, en su planteamiento defensivo formuló las siguientes excepciones, con el ánimo de enervar las pretensiones de la demanda:

1. Falta de legitimación en la causa por activa.
2. Excepción de contrato no cumplido.
3. Cumplimiento de las obligaciones por parte de Bavaria S.A.
4. La genérica que resulte probada y cuya declaración sea oficiosa.

CAPITULO TERCERO

PRESUPUESTOS PROCESALES

En forma previa a la decisión de fondo acerca de las controversias planteadas, se hace necesario establecer si en el presente proceso arbitral se encuentran satisfechos los presupuestos procesales, esto es, si se cuenta con los requisitos indispensables de validez del proceso que permitan proferir una decisión de fondo.

Al respecto el Tribunal encuentra que las Partes son plenamente capaces y están debidamente representadas. De conformidad con las certificaciones de existencia y representación legal que obran en el expediente, Ferroequipos Yale Ltda. y Bavaria S.A., son personas jurídicas cuyo domicilio fue acreditado ante el Tribunal siendo éste el municipio de Mosquera y la ciudad de Bogotá respectivamente. Igualmente, sus representantes legales son mayores de edad, como se acreditó con el reconocimiento de los respectivos poderes, y cada parte actuó por conducto de su apoderado reconocido en el proceso.

Mediante Autos No. 9 y 11, el Tribunal reiteró esa capacidad y la debida representación de las partes; advirtió que el Tribunal había sido debidamente integrado y que se encontraba instalado; que se habían consignado oportunamente la totalidad de los montos por concepto de gastos y honorarios; que las controversias planteadas eran susceptibles de transacción y se encontraban cobijadas por la Cláusula Compromisoria base de este trámite; que las partes tenían capacidad para transigir; que la Cláusula Compromisoria reunía los requisitos legales y concluyó que, en consecuencia, el Tribunal tiene competencia para tramitar y decidir el litigio.

De otro lado, la demanda satisface plenamente los requisitos formales previstos en los Arts. 75 y siguientes del C.P.C. y no existe una indebida acumulación de pretensiones que le impida al Tribunal de Arbitramento pronunciarse sobre ellas, cumpliéndose con ello el requisito de la demanda en forma.

Adicionalmente ha de señalarse que el proceso se adelantó con atención de las normas procesales pertinentes sin que se observe causal de nulidad que lo

afecte. Del recuento realizado en los apartes precedentes, se infiere que la relación procesal se constituyó regularmente y que en su desenvolvimiento no se configura defecto alguno que pueda tener la trascendencia de invalidar, en todo o en parte, la actuación surtida, o que no se hubiere saneado, o que imponga al Tribunal la necesidad de dar aplicación al Art. 145 del C.P.C.,²⁵ por lo cual resulta procedente decidir el mérito de la controversia sometida a arbitraje por las Partes.

Ahora bien la parte demandada ha argumentado que la demandante carece de legitimación en la causa, aspecto al que el Tribunal se refiere a continuación.

CAPITULO CUARTO

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA

Por su naturaleza condicionante de un presupuesto de la sentencia de mérito cuya ausencia acarrearía la imposibilidad de conocer el fondo de la materia litigiosa, la excepción de ausencia de legitimación por activa debe ser dilucidada como requisito de habilitación para el análisis de las pretensiones en sí mismas. El Tribunal pasa entonces a ocuparse de la interpuesta en este caso en los siguientes términos consignados en el escrito de contestación de la demanda:

"1.- La sociedad FERROEQUIPOS YALE LTDA., no está legitimada en la causa, porque cedió los derechos económicos derivados del contrato de arrendamiento No. 8000-15736 a favor del fideicomiso FIDUCOLDEX - FERROEQUIPOS YALE, como obra en uno de los anexos del contrato.

²⁵ El Art. 145 del Código de Procedimiento Civil dice:

"En cualquier estado del proceso antes de dictar sentencia, el juez deberá declarar de oficio las nulidades insaneables que observe. Si la nulidad fuere saneable ordenará ponerla en conocimiento de la parte afectada por auto que se le notificará como se indica en los numerales 1. y 2. del Art. 320. Si dentro de los tres días siguientes al de notificación dicha parte no alega la nulidad, ésta quedará saneada y el proceso continuará su curso; en caso contrario, el juez la declarará."

(...)

"4. Con base en lo anterior, es claro que la sociedad demandante no es la titular de los derechos económicos derivados del contrato No 8000-15736, porque los cedió a un tercero, cesión que fue aceptada expresamente por BAVARIA S.A., por lo cual es evidente que si el conjunto de pretensiones se encaminan a obtener precisamente declaraciones de índole económico (sic) derivados del contrato aportado como prueba, el pacto arbitral previsto en el contrato no es idóneo para que bajo su amparo se ventilen controversias de las que no es titular la convocante.

"5. En el sub lite, la convocante pretende la declaración de existencia de una obligación dineraria por un supuesto ingreso no percibido por ella relacionado con el pago de los cánones de arrendamiento; es decir, pretende que se le reconozcan, los derechos económicos derivados de un contrato de arrendamiento, que cedió a un tercero hace mucho tiempo, por lo que su falta de legitimación en la causa se traduce necesariamente en que no puede tampoco valerse del pacto arbitral que respecto de la convocante no puede tener efectos al menos en lo que tiene que ver con controversias de contenido económico derivadas del contrato No 8000-15736."

El fundamento de la excepción es, según se ve, el hecho de haberse desplazado la titularidad de "los derechos económicos" surgidos o destinados a surgir del contrato de arrendamiento de equipos industriales celebrado entre BAVARIA S.A. como arrendataria y FERROEQUIPOS YALE LTDA. como arrendador en favor de éste en su condición de tal parte contractual, al fideicomiso FIDUCOLDEX-FERROEQUIPOS YALE por obra de negocio jurídico de cesión válidamente celebrado entre las partes dichas y aceptado por el arrendatario cedido.

En efecto, en el numeral 2 del documento denominado por las partes "ANEXO AL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO SUSCRITO ENTRE FERROEQUIPOS YALE LTDA. y BAVARIA S.A." del contrato No. 8000-15736, consignaron el siguiente pacto:

"2. Los contratos de Leasing suscrito (sic) con LEASING BANCOLDEX y LEASING BOLIVAR, gozan a su favor de una fiducia de administración y pagos a cuyo cargo se encuentra la obligación de recaudar el respectivo canon del contrato de arrendamiento, suscrito entre FERROEQUIPOS YALE LTDA., y BAVARIA S.A., con el fin de trasladarlo como abono a los contratos de Leasing mencionados en el anterior numeral, en la proporción que corresponde a cada compañía participante en el mismo. Dicho contrato de fiducia Mercantil mencionado en el numeral 1., deberá permanecer vigente en tanto exista alguna obligación a cargo de FERROEQUIPOS YALE LTDA, FIDUCOLDEX-FERROEQUIPOS YALE y BAVARIA S.A., y a favor de las compañías de Leasing. En virtud de lo anterior, BAVARIA S.A., señala expresamente que acepta la cesión de los derechos económicos

derivados del contrato de arrendamiento que por este acto se modifica y se obliga a realizar los pagos de los cánones generados en moneda nacional en la cuenta del fideicomiso FIDUCOLDEX-FERROEQUIPOS YALE. Fiducoldex al momento de la apertura de la cuenta o cuentas notificará de tal hecho a BAVARIA S.A."

En un documento de la misma denominación y, *mutatis mutandi*, similar contenido, en anexo al contrato 8000-15745, FERROEQUIPOS YALE LTDA. Y CERVECERIA LEONA S.A., suscriptores a su vez de un contrato de arrendamiento de equipos industriales de la misma naturaleza, celebraron una convención complementaria de idéntico alcance jurídico.

En tal virtud no hay duda de que *"los derechos económicos derivados de los contratos de arrendamiento"* en ambos casos fueron cedidos por FERROEQUIPOS YALE LTDA. al fideicomiso ya mencionado, cuya vocera es FIDUCIARIA COLOMBIANA DE COMERCIO EXTERIOR S.A., FIDUCOLDEX.

Esta fiducia mercantil, constituida por la entidad dicha y por FERROEQUIPOS YALE LTDA. tuvo justamente por objeto, según el contrato respectivo (Cláusula PRIMERA) *"(...) la administración por parte de FIDUCOLDEX de los activos que conforman el fideicomiso, con el objeto de realizar los pagos establecidos en éste y en especial aquellos correspondientes a los cánones de arrendamiento y en general todos los pagos derivados de los contratos de leasing celebrados con LEASING BANCOLDEX y LEASING BOLIVAR en los que el patrimonio autónomo actúa como locatario."*

La Cláusula Cuarta del contrato de fiducia señala justamente a cargo del fideicomitente obligaciones especiales que reflejan claramente el objeto del fideicomiso. Dice su texto:

"CLÁUSULA CUARTA: OBLIGACIONES DEL FIDEICOMITENTE: *Además de las que por ley le corresponden y de las que puedan aparecer consignadas en otras cláusulas del presente contrato, el **FIDEICOMITENTE** adquiere las siguientes obligaciones:*

"1. Suscribir los contrato (sic) de cesión de derechos económicos derivados de los contratos de arrendamiento y prestación de servicios Nos. 8000-15736 y 8000-15745 suscritos con BAVARIA S.A. y CERVECERIA LEONA S.A.

*"2. Notificar a **FIDUCOLDEX** la cesión de la que trata el numeral 1 de la presente cláusula.*

"3. Celebrar con el fideicomiso el contrato de comodato en virtud del cual le serán entregados los equipos objeto de los contratos de leasing suscritos por el fideicomiso **FIDUCOLDEX-FERROEQUIPOS YALE**.

"4. Instruir irrevocablemente a BAVARIA S.A. y a CERVECERIA LEONA S.A. para que las consignaciones y pagos a que haya lugar, en virtud de los contratos suscritos, sean realizadas directamente a la cuenta o cuentas del fideicomiso que **FIDUCOLDEX** destine para el efecto.

"5. Facturar a BAVARIA S.A. y CERVECERIA LEONA S.A., el arrendamiento y los servicios prestados en desarrollo de los contratos de arrendamiento y prestación de servicios 8000-15736 y 8000-15745.

"6. Instruir irrevocablemente a **FIDUCOLDEX** para que atienda con los recursos del patrimonio autónomo las obligaciones derivadas de los contratos de leasing, celebrados con Leasing Bancoldex y Leasing Bolívar, en la cuantía y plazos estipulados de conformidad con la tabla de amortización."

En resumen: (i) BAVARIA y LEONA se constituyeron en arrendatarias de equipo industrial ofrecido por FERROEQUIPOS YALE LTDA.; (ii) el arrendador cedió "*los derechos económicos*" del contrato de arrendamiento a un fideicomiso constituido por él en virtud de contrato con FIDUCOLDEX, patrimonio autónomo que convinieron en llamar FIDUCOLDEX-FERROEQUIPOS YALE LTDA.; (iii) el patrimonio autónomo fue creado con el específico fin de administrar los cánones pagados por las entidades arrendatarias, y, en abono de las obligaciones del locatario FIDUCOLDEX – FERROEQUIPOS YALE LTDA., de enterar su importe a las compañías LEASING BANCOLDLEX y LEASING BOLIVAR, propietarias de los equipos industriales objeto de los contratos de arrendamiento, entregados por ellas al fideicomiso en condición de locatario; (iv) este locatario a su vez celebró con FERROEQUIPOS YALE LTDA. un contrato de comodato cuyo propósito fue el de entregarle la tenencia de los equipos arrendados a BAVARIA y a LEONA. En tal virtud FERROEQUIPOS asumió las obligaciones surgidas para el locatario en los contratos de leasing, "*... salvo la del pago de los cánones, la cual estará en cabeza de la Fiduciaria actuando como vocera del Patrimonio Autónomo, con los recursos con que cuente el mismo, provenientes de la cesión de derechos patrimoniales de los contratos de arrendamiento y prestación de servicios celebrados con Bavaria y Leona.*" (Cláusula Cuarta contrato del 30 de septiembre de 2004).

La espesa red de contratos relacionados, según el propósito de sus respectivos celebrantes, tiene entonces, como desenlace, el de convertir al fideicomiso en titular de los llamados derechos económicos de los contratos de arrendamiento,

desplazándolos de la órbita jurídica del arrendador y en convertir a éste en el deudor de las obligaciones del fideicomiso-cesionario con relación a las compañías de leasing propietarias de los equipos.

Descrita la situación como queda dicho, el análisis del Tribunal en torno a la excepción propuesta por BAVARIA S.A. exige la dilucidación de (i) la naturaleza de la cesión de derechos económicos del arrendador; (ii) de sus alcances y efectos y (iii) de la subsistencia de éstos a la sazón de la formulación de la demanda, temas que serán abordados en ese orden:

(i) La expresión y el concepto de "*derechos económicos*" derivados de un contrato de arrendamiento no tienen en la nomenclatura jurídica colombiana un sentido inequívoco dado que, como tales no son objeto de una definición normativa precisa. Su uso en el contrato de cesión autorizaría la interpretación de que con ellos se quiso señalar aquellas posiciones activas que a un sujeto de derecho le permiten reclamar de otro una conducta relativa a bienes o cosas aptas para formar parte de un haber patrimonial como ventajas a su favor susceptibles de ser apreciadas en dinero. Según predica el Código Civil, los bienes son corporales o incorporeales y muebles o inmuebles (artículos 653 y siguientes), y los incorporeales son créditos, facultades de reclamar una conducta a un tercero sobre alguna cosa (derechos *ad rem*), o reales, un señorío directo sobre las cosas del mundo físico (derecho *in re*). Existen otros derechos claro, de alcance personal o personalísimo, exentos de toda connotación relativa a los bienes, que por lo mismo deben considerarse ajenos a lo que fue materia de contratación.

Dejando de lado las acciones que amparan el cumplimiento de las convenciones y que también derivan de su celebración, es dable afirmar que de un contrato sólo pueden surgir obligaciones, es decir, facultades jurídicas de exigir a un tercero una conducta provechosa para el titular, a menos que se trate de mutuo o comodato, que tienen en nuestro derecho la condición excepcional de contratos "*reales*", que inmediatamente generan relación de un sujeto contratante con la cosa misma que es su objeto, y se radican "*in re*" sin que para ello sea preciso la intermediación del co-contratante, ya que materializan su condición de tales justamente con la entrega de la cosa al mutuario o al comodatario. Pero todos los contratos, obligacionales o reales, tienen contenido económico mediata o inmediatamente. En este sentido la expresión "*derechos económicos*", referida como lo hace el texto contractual a las relaciones obligacionales que un contrato genera, carece de toda eficacia significativa en orden a precisar un objeto

distinguiéndolo de otros. En otras palabras, "*derechos económicos*" es igual a "*derechos*" sin más cuando se alude a la virtualidad de los contratos, en cuanto fuentes de obligaciones que son, para operar la producción de bienes incorporeales en el mundo jurídico.

Por ello debe entenderse que la expresión utilizada por las partes abarca a todas las prestaciones que cualquiera de ellas asume en beneficio de la otra en un contrato de arrendamiento, y que, entonces, lo cedido por el arrendador FERROEQUIPOS YALE LTDA. al Patrimonio Autónomo FIDUCOLDEX-FERROEQUIPOS YALE fueron todas las posiciones activas suyas en las relaciones crediticias que el contrato tiene la vocación jurídica de generarle. Ellas, que son entonces las obligaciones que asume el arrendatario en un contrato de este tipo, según pone de presente el capítulo 3 del título XXVI del Código Civil, son la de exigir el uso de la cosa "*según los términos y espíritu del contrato*" (art. 1.996); la de exigir en la conservación de la cosa el empleo "*del cuidado de un buen padre de familia*" (art. 1.997); la de percibir "*el pago del precio o renta*" (art. 2.000), y, desde luego, la de obtener la "*restitución de la cosa*" al fin del arrendamiento (art. 2.005).

(ii) Para producir el desplazamiento de la titularidad de los que denominaron "*económicos*", las partes tenían a su alcance dos procedimientos jurídicos regulados en la legislación con las denominaciones de "*cesión de créditos*" (capítulo 1 del título XXV del Código Civil) y de "*cesión de contrato*" (capítulo VI del título I del libro Cuarto del Código de Comercio), entre las cuales median diferencias notables en cuanto a su modo de celebración y a su régimen, como previene el maestro Hinestroza Forero:

"Distinta de la cesión de crédito es la cesión de contrato (o asunción de contrato) y, por lo mismo que las dos figuras tienen una denominación común y dado que en la práctica es fácil confundirlas, su individualización y diferenciación han de practicarse y retenerse con la mayor claridad.

"Cuando se cede un crédito se transmite el derecho. El cedente es acreedor y obra como solo acreedor. Sus relaciones al respecto con el cesionario y el deudor son de la mayor sencillez. El transfiere su derecho al tercero, que ha de comunicarle su adquisición al obligado, para que este sepa que en lo sucesivo tiene que ver con otros terceros. El cesionario recibe un derecho a cargo del tercero deudor, pero no se obliga para con este: es una adquisición del solo crédito por acuerdo suyo con el acreedor, al que es extraño el deudor."²⁶

²⁶ TRATADO DE LAS OBLIGACIONES, Universidad Externado de Colombia, 1ª. Ed., 2002, pág. 519.

La institución del Código Civil es definida así por el mismo autor:

"La cesión es un instrumento social y legal para la disposición de derechos subjetivos, acá el de crédito. Más específicamente es un contrato por el cual el acreedor cedente, gratuita o retributivamente, transfiere a la otra parte, cesionario, el crédito, considerado como un bien incorporal." (art. 653 y 761 C.C. ibídem, pág. 421)

Por otro lado, de la institución mercantil de la cesión de contrato da cuenta el art. 887 del código respectivo:

"Artículo 887.- *En los contratos mercantiles de ejecución periódica o sucesiva cada una de las partes podrá hacerse sustituir por un tercero, en la totalidad o en parte de las relaciones derivadas del contrato, sin necesidad de aceptación expresa del contratante cedido, si por la ley o por estipulación de las mismas partes no se ha prohibido o limitado dicha sustitución.*

*"La misma sustitución podrá hacerse en los contratos mercantiles de ejecución instantánea que aún no hayan sido cumplidos en todo o en parte, y en los celebrados **intuitu personae**, pero en estos casos será necesaria la aceptación del contratante cedido."*

Tratándose de los créditos que para el arrendador surgen de un contrato que por su naturaleza es de ejecución periódica o sucesiva y de que la voluntad expresa de los contratantes fue la de cobijar en el objeto de la convención todos los derechos del arrendador, lo que pudieron plasmar como acuerdo de voluntades fue la intención de poner al fideicomiso en la posición de aquél, haciéndolo sustituir "(...) *en parte de las relaciones derivadas del contrato*", (art. 887 C. de Co.) y reduciendo éstas a las posiciones activas. Así se lo habría sugerido el hecho de estar motivada la operación en el propósito de garantizar por el medio que utilizaron la percepción por el fideicomiso de los cánones del arrendamiento, a medida que fueran produciéndose, para utilizar su importe como medio de pago de las obligaciones del fideicomiso mismo a favor de las compañías de leasing que dieron a éste como tomador de arrendamiento financiero, en condición de locatario, bienes y equipos industriales de su propiedad. La cesión parcial de contrato parecería adecuada al fin de atribuir a un tercero la titularidad de créditos futuros, como son las rentas periódicas que deberá pagar el arrendatario en determinados períodos a lo largo de la existencia del contrato. En contraste con ella, la institución del Código Civil parece concebida más a propósito para el desplazamiento de la titularidad de créditos individualizados y ya existentes, como sugiere el tratadista César Gómez Estrada:

"La cesión de créditos es institución prevista para la transferencia de relaciones de crédito individualizadas en derechos personales aislados. Con lo cual se quiere poner de presente que las relaciones jurídicas complejas, en que sus sujetos son recíprocamente acreedores y deudores, como son las que surgen de un contrato bilateral, no están comprendidas en aquéllas."²⁷

La intención de las partes, sin embargo, según los textos escritos por ellas, para cuya cabal comprensión es indispensable tener a la vista la compleja red de contratos en la que está inmerso el de arrendamiento al que se refiere directamente la cesión, indica otra cosa y hace ver que se trata en realidad de una cesión de créditos futuros. Sobre todo lo indica la voluntad contractual que se concretó en la creación del Patrimonio Autónomo beneficiario de la transferencia, como vehículo para derivar hacia las acreedoras en los contratos de leasing el provento de los contratos de arrendamiento de la maquinaria. El objeto del patrimonio fiduciario fue administrar esos recursos para aplicarlos al pago del precio de los contratos de leasing.

La forma observada en la celebración de la cesión confirma que su objeto fue el crédito y no el contrato o posición de parte contractual, toda vez que para formalizar aquélla se atendieron rigurosamente las solemnidades impuestas por el Código Civil para la enajenación de créditos y con particular rigor, la notificación al deudor cedido (art. 33 de la Ley 57 de 1887) tanto como la aceptación de éste, (art. 1960 C.C.), que se pone de presente en la suscripción por BAVARIA S.A. y LEONA S.A. de un lado, de LEASING BANCOLDEX y LEASING BOLIVAR de otro, así como del propio FERROEQUIPOS YALE LTDA., de los dos documentos en que se pactaron las cesiones, instrumentalmente concebidas como anexos a los contratos de arrendamiento, según atrás se puso de presente.

La especie contractual efectivamente escogida para operar el desplazamiento de los derechos se descubre también en la intención, manifiesta a lo largo de todo el entramado de contratos, de reducir al arrendador original FERROEQUIPOS YALE LTDA. a sujeto pasivo de obligaciones en favor de las compañías de leasing, acumulando en su cabeza las provenientes del arrendamiento financiero que no fue celebrado con él, si bien lo fue en su interés, y del comodato que suscribió con la entidad vocera del Patrimonio Autónomo, al tiempo que mediante la radicación de los créditos derivados de los arrendamientos en su destinatario

²⁷ DE LOS PRINCIPALES CONTRATOS CIVILES, Pama Editores Ltda., 2ª. Ed., 1987, Distribuidor Exclusivo Librería Temis.

final, las compañías de leasing, de los que se desposeyó voluntariamente mediante el procedimiento de la cesión.

Se hace evidente así que de lo que efectivamente se trató fue de una cesión de créditos vinculados a los cánones de arrendamiento que debía pagar BAVARIA, sin perjuicio de que los textos mismos alcancen a las demás posiciones activas en favor del arrendador en los contratos de arrendamiento llamándolos "*derechos económicos*" en general, sin individualización de alguno de los diversos que el contrato genera a favor de esa parte.

(iii) Insiste el Tribunal en la precisa identificación del tipo contractual celebrado porque de ella surge una consecuencia de la mayor importancia a la hora de tomar en consideración las vicisitudes de la cesión una vez celebrada, sobre todo, con ocasión del vencimiento del contrato de fiducia por cuyo rigor se creó el Patrimonio Autónomo que se convirtió en nuevo titular de los derechos económicos del contrato de arrendamiento. Es éste un elemento decisivo, a juicio del Tribunal, para saber si la cesión terminó ahí o si los créditos correspondientes, parte del patrimonio fiduciario, regresaron a la cabeza de su titular original, porque una es la solución en el caso de cesión del contrato y otra en la hipótesis de la cesión de crédito.

La cesión del crédito como tal constituye un acto de disposición que produce efectos definitivos e irreversibles de desplazamiento del derecho de la órbita jurídica de un sujeto a la de otro. El efecto traslativo es definitivo en el sentido de que radica el derecho en un titular nuevo, desvinculándolo del titular original. De allí que para que este primer titular volviera a serlo se necesitaría un acto de retrocesión, otro negocio jurídico traslativo del dominio que opere el mismo efecto de la primera operación de sucesión jurídica. El Tribunal debe por ello detenerse en este aspecto del problema, que es, lógicamente, el sustento de la excepción de falta de legitimación por activa, dado que no existe en el expediente ninguna evidencia de que un negocio jurídico de esta clase hubiera sido celebrado entre el fideicomiso FIDUCOLDEX – FERROEQUIPOS YALE LTDA. y FERROEQUIPOS YALE LTDA. con el efecto de producir la readquisición de los "*derechos económicos*" surgidos del contrato para el arrendador que nunca perdió su condición de tal.

Obsérvese que la extinción del fideicomiso tiene como efecto jurídico la restitución al fideicomitente de las cosas que integran el Patrimonio Autónomo, por mandato del art. 1.242 del C. de Co.:

"Salvo disposición en contrario del acto constitutivo del negocio fiduciario, a la terminación de éste por cualquier causa, los bienes fideicometidos pasarán nuevamente al dominio del fideicomitente o de sus herederos."

Lo cual en los negocios que se analizan significa que, terminado el fideicomiso, bien por la llegada del término pactado para su duración o bien por la realización plena de sus fines mediante el cumplimiento de las obligaciones del locatario en los contratos de leasing, o por la imposibilidad absoluta de realizar éstos, o por cualquier otra causa de las señaladas en el art. 1.240 C. de Co., los llamados "*derechos económicos*", comprendidos todos en la cesión al Patrimonio Autónomo, tanto aquél expresa y obsesivamente contemplado por las partes, consistente en la facultad de recaudo de las rentas de los contratos de arrendamiento, como los demás créditos que surgen de un contrato de esta clase, (la restitución de los equipos industriales y el derecho a reclamar las responsabilidades por la incuria, por ejemplo), están llamados a regresar al patrimonio del arrendador-cedente.

Prevé la ley que, en el evento de terminación del contrato de fiducia por cualquier causa, los elementos activos del patrimonio fiduciario "*pasarán nuevamente al dominio del fideicomitente*". Manda el C. de Co.:

"Artículo 1.242: *"Salvo disposición en contrario del acto constitutivo del negocio fiduciario, a la terminación de éste por cualquier causa, los bienes fideicometidos pasarán nuevamente al dominio del fideicomitente o de sus herederos."*

"Artículo 1.244.- *Será ineficaz toda estipulación que disponga que el fiduciario adquirirá definitivamente, por causa del negocio fiduciario, el dominio de los bienes fideicometidos."*

Obsérvese que tratándose de derechos disímiles, cada uno de ellos debe "*pasar*" al patrimonio del fideicomitente mediante el fenómeno jurídico apropiado a su naturaleza. Así, las cosas corporales, es decir los montacargas objeto del arrendamiento, mediante la restitución de su tenencia a través de la entrega material de ellos, al paso que los bienes incorporales lo serán mediante el modo traslativo que su condición de tales exija.

Enfocados los componentes del Patrimonio Autónomo consistentes en cosas incorpóreas de naturaleza crediticia, se echa de ver que algunos de ellos se traducen en pretensiones obligacionales, tal el caso de la exigencia de responsabilidad por el descuido en la conservación de la cosa que le haya causado daño, esto es, en el derecho a obtener indemnización por el defectuoso cumplimiento de las obligaciones contractuales. Estos "*derechos económicos*" derivados del contrato de arrendamiento se radican inmediatamente en cabeza del fideicomitente por el solo ministerio de la ley que constituye su título.

Otra cosa ocurre con la titularidad del derecho a percibir la renta, que en realidad no forma parte del Patrimonio Autónomo por cuanto la percepción de los cánones por la fiducia extingue cada uno de ellos a medida que van siendo pagados por los arrendatarios. Es decir, esta parte de los derechos económicos cedidos existe bajo la forma de derecho a reclamar el pago, de modo que una vez satisfecha la acreencia no subsiste como tal crédito al que pudiera reputársele la condición de componente del patrimonio que deba "*pasar*" al fideicomitente o a cualquier otra persona.

Esta última consideración justificaría la duda de si efectivamente el contrato celebrado entre FERROEQUIPOS YALE y FIDUCOLDEX constituyó un fideicomiso y suscitó la existencia de un Patrimonio Autónomo, es decir, si tipifica en la realidad jurídica un contrato de fiducia, o si más bien se habría generado con él un encargo fiduciario (EOSF, arts. 29.1 y 146) propiamente tal, a pesar del *nomen iuris* utilizado por las partes al celebrarlo y a pesar de la insistencia en el clausulado de identificarlo *stricto sensu* bajo la especie contractual regulada en el Código de Comercio a partir del art. 1.226. Nótese que la operación a través de la cual un sujeto (la entidad fiduciaria) asume la tarea de recaudar periódicamente unos créditos (los cánones de los arrendamientos) para destinarlos a la solución de una deuda de quien le confía tal misión, semejaría más un mandato que la expresión del propósito de formar un patrimonio. En el documento "*OTROSI No 093/2004 AL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL DE ADMINISTRACION Y PAGOS No. 090/2004 CELEBRADO ENTRE LA FIDUCIARIA COLOMBIANA DE COMERCIO EXTERIOR – FIDUCOLDEX S.A. y FERROEQUIPOS YALE LTDA.*" dijeron las partes que "*(...) es la administración por parte de FIDUCOLDEX de los activos que conforman el fideicomiso, con el objeto de realizar los pagos y giros establecidos en éste y en especial aquéllos correspondientes a los cánones de arrendamiento y en general todos los pagos derivados de los contratos de Leasing celebrados con Leasing Bancoldex y Leasing Bolívar en los que el Patrimonio Autónomo actúa como locatario.*"

Aunque se enfatice que se trata de una fiducia de administración, es claro que ella no administra, toda vez que su papel está circunscrito a actuar como *accipiens* de los cánones del arrendamiento en cuanto cesionario del acreedor y como *solvens* de los cánones del arrendamiento financiero, tal como haría un mandatario o el tomador de un encargo fiduciario para la doble función de diputado para el cobro y delegado para el pago. Cabría preguntarse si se configuran las operaciones administrativas que la denominación del contrato implica, en una fiducia en la que los créditos gestionados en sustitución del arrendador acreedor ni siquiera supone por parte del Patrimonio Autónomo la formulación de la factura del canon, tarea que el contrato de fiducia celebrado el 24 de octubre de 2005 atribuye al fideicomitente, o sea al arrendador cedente. (*Cláusula Cuarta. OBLIGACIONES DEL FIDEICOMITENTE num. 5 "(...) El fideicomitente adquiere las siguientes obligaciones: (...). 5. Facturar a BAVARIA S.A. y CERVECERIA LEONA S.A. el arrendamiento y los servicios prestados en desarrollo de los contratos de arrendamiento y prestación de servicios 8000-15736 y 8000-15745."*)

Ahora bien: la técnica escogida por las partes, de cesión de los "*derechos económicos*" derivados del contrato de arrendamiento, materializa la constitución de un patrimonio autónomo no obstante las sospechas que al respecto levantan las consideraciones que preceden, pues tal es el resultado propio del acto de enajenación de aquéllos créditos. Siempre que en el negocio fiduciario hay aporte -materializado en un acto de enajenación de un activo cualquiera-, debe entenderse que la especie contractual constituye fiducia mercantil y crea un patrimonio que será justamente el receptor del objeto transferido, tanto como su soporte a partir del perfeccionamiento del acto traslativo.

Los componentes del Patrimonio Autónomo según el contrato de fiducia fueron entonces todas las posiciones activas en las relaciones crediticias generadas por el arrendamiento, cuya enumeración se consignó atrás. Al vencimiento de la fiducia esas facultades de exigencia al arrendatario, distintas de los cánones ya percibidos, y consumidos por el hecho del pago, se restituyen al fideicomitente. Interesa particularmente precisar lo que ocurre con los cánones llamados a causarse después de la terminación del fideicomiso en el supuesto de que el arrendamiento se prolongue en el tiempo después de llegada la oportunidad de dicha extinción. En sentir del Tribunal, radicados esos créditos como todos los demás "*derechos económicos*" en cabeza del "*Patrimonio Autónomo*", su titularidad "*pasá*" *ope legis* al cedente – fideicomitente en virtud de lo previsto por el Código de Comercio cuando la fiducia se extingue o cuando, simplemente desaparecido

el mandato mediante cesión para el cobro que se celebró a través del anexo a los contratos de arrendamiento, el titular original recobra por sí mismo el derecho exclusivo de percibirlos. En el entender del Tribunal ésta sería la ocurrencia en este caso bajo la perspectiva de la "*cesión de derechos económicos*" considerada como "*cesión de crédito*".

Es más: la singularización de la operación celebrada entre el fideicomiso FIDUCOLDEX – FERROEQUIPOS YALE LTDA. con la aceptación del arrendatarios BAVARIA como perteneciente a la especie contractual de la cesión de créditos y no a la de cesión de contratos, tiene un efecto particularmente relevante en el asunto *sub-lite*. Ello porque, como se dijo atrás, la cesión de crédito en cuanto título traslativo de dominio sobre cada una de las acreencias desposee, en forma definitiva, al acreedor original. Ahora bien, en una relación contractual de ejecución continua o sucesiva, los créditos cedidos se extinguen a la medida de su percepción al paso que se radica en el cesionario la titularidad del derecho a exigir los que aún no se han causado; pero la condición de arrendador, es decir, la de parte contractual, permanece en el cedente, y, con ella, la vocación a la titularidad de las prestaciones a su favor que lleguen a deber los arrendatarios o que lleguen a surgir a cargo de éstos. Esa subsistencia de la condición de arrendador en cabeza del suscriptor original del contrato a despecho de las vicisitudes que padezcan los créditos concretos que el contrato origina, explica que mantenga la virtualidad de reasumir los créditos cedidos cuando son aportados a un fideicomiso o se les convierte en materias de un encargo fiduciario.

Ello es que, mirada la operación en su conjunto y tomados en consideración los efectos de cada uno de los negocios jurídicos celebrados alrededor del arrendamiento se destaca el hecho, -trascendental para la comprensión de las ocurrencias del caso-, consistente justamente en la transmisión de los derechos cedidos a una fiducia con el fin determinado de entregar las sumas recaudadas con cada canon del arrendamiento a los acreedores del fideicomiso como arrendadores financieros de los equipos y máquinas vinculados a uno y a otro contrato. La destinación de los créditos cedidos al pago de las obligaciones contraídas en virtud de las operaciones de leasing, imprime, implícita pero inequívocamente, un modo a la cesión de créditos. Esta resulta ser un activo *sub conditione*, es decir, sujeto a la supervivencia del contrato de fiducia, pues no podría entenderse que vaya más allá de la existencia de ella si el arrendamiento, para el momento en que la fiducia termina, no ha terminado a su vez. La

cesión, de naturaleza instrumental destinada a ser medio de satisfacción de un crédito derivado de otro contrato, no podría prolongarse en el tiempo después de satisfecha su finalidad o después de finalizada la existencia del "*Patrimonio Autónomo*" o del mandato fiduciario que motiva la cesión y le da razón de ser. La supervivencia del contrato de arrendamiento al de fiducia o al de leasing conduce a que su efecto propio, el derecho a la percepción de la renta, en el primer caso no pueda permanecer radicado en cabeza del fideicomiso porque carecería de causa, y en la segunda hipótesis, la del agotamiento del contrato de leasing, por carencia de objeto.

Ahora bien: advenida que sea la condición resolutoria implícita en cualquiera de las dos posibilidades, está claro que el crédito cedido, a saber, los "*derechos económicos*" del arrendador enajenados por éste, se consolidan con el contrato de arrendamiento mismo en el que, como se dijo, el arrendador original mantuvo siempre su vinculación en ese carácter, el de parte del contrato.

De todo esto se desprende que no obstante el carácter absoluto que la literalidad del contrato quiso darle a la cesión, por fuerza de la naturaleza de las cosas no revistió ese carácter, sino que necesariamente estuvo condicionada en su efecto de acto de disposición de los créditos singulares necesarios para la obtención de un fin, y que, por lo mismo, no alcanzó a todos los créditos futuros sino sólo a los necesarios para cumplir el propósito de la cesión. La cesión cobijó exclusivamente a aquellos créditos futuros susceptibles de ser incorporados al Patrimonio Autónomo para aplicarlos a solventar, parcialmente cada vez, las obligaciones del mismo patrimonio con las compañías de leasing. Esos créditos futuros en particular, y no todos los que llegara a producir el contrato de arrendamiento, fueron el objeto del negocio de cesión, de manera que los restantes, es decir, los producidos en período ulterior a la existencia del fideicomiso o al cumplimiento de su finalidad, son producidos propios del contrato de arrendamiento en beneficio del arrendador.

Venidos al terreno de los hechos de la controversia, se tiene que los términos de existencia de los distintos contratos no fueron coextensivos aunque hayan discurrido parcialmente en simultaneidad o en paralelo, y que el arrendamiento celebrado entre FERROEQUIPOS YALE, por un lado, y BAVARIA por el otro, de cuyo contenido fueron sustraídos, para cederlos al fideicomiso FIDUCOLDEX – FERROEQUIPOS YALE LTDA. unos créditos de futura percepción, tuvo una vida

más larga que el contrato de fiducia que dio lugar al surgimiento de un patrimonio autónomo, convertido en titular de los créditos cedidos.

Al respecto observa el Tribunal que independientemente de la discrepancia entre las partes del proceso arbitral acerca de si el arrendamiento o la fiducia o ambos terminaron por alguna causa legal, y sobre cuál de estas habría operado, o aún sobre si tal terminación pende todavía, es un hecho que el contrato de arrendamiento y el contrato de fiducia fueron pactados con términos de duración diferentes. El Tribunal consignará en el aparte pertinente de este laudo el análisis que lo guía en la precisión de la fecha en que comenzó la ejecución del contrato. Por ahora baste indicar que el vencimiento del contrato de arrendamiento al término de cinco años contados a partir de la entrega efectiva de los equipos a las empresas arrendatarias que se produjo, según las evidencias que reposan en el expediente, el día 24 de octubre de 2009 (*NUMERAL VIII de la Cláusula décima quinta: Causales de terminación de los contratos 8000-15745 y 8000-15736, en consonancia con la cláusula Cuarta: VIGENCIA DEL CONTRATO*) excede el señalado para la duración de la fiducia No. 090/2004 entre FIDUCIARIA COLOMBIANA DE COMERCIO EXTERIOR S.A. y FERROEQUIPOS YALE LTDA. cuyo término pactado de duración advino el 13 de septiembre de 2009 (*Cláusula décima tercera: Duración del contrato, en consonancia con el ordinal tercero del art. 1.240 del C. de Co.*)

Así pues, el arrendador FERROEQUIPOS YALE LTDA. fue, nuevamente, titular de los "*derechos económicos*" derivados del contrato de arrendamiento que celebró con BAVARIA S.A. entre las dos fechas indicadas, es decir, entre la terminación del contrato de fiducia y la del contrato de arrendamiento, lo cual indica que a la sazón de la presentación de la demanda gozaba de la legitimación para promover a su contraparte contractual controversias jurisdiccionales relativas a dicho contrato.

La excepción de falta de legitimación en la causa no prospera, por lo tanto.

Con motivo de la referencia que dentro del marco que a la excepción genérica hace la entidad convocada en el alegato de conclusiones, según la cual la excepción de legitimación en la causa por ella interpuesta oportunamente está provista del mérito de la cosa juzgada en virtud de haber sido declarada próspera en otros procesos, en los cuales fue interpuesta por BAVARIA en oposición a pretensiones de su actual contraparte, el Tribunal juzga oportuno decidir sobre esta postulación.

Se funda la convocada en pronunciamientos del Juzgado Veintitrés Civil de Circuito de Descongestión de Bogotá proferido el 30 de abril de 2012 (equivocadamente el memorialista la data el 13 de abril) dentro de proceso ejecutivo que "FERROEQUIPOS YALE LTDA. adelantó contra BAVARIA S.A. para reclamar los derechos económicos del contrato No. 8000-15736", como juez de primera instancia, y de la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, en segunda, que confirmó el proveído del a quo el 14 de marzo de 2012, en los cuales, mediante sentencia anticipada, se declaró que la entidad ejecutante carece de legitimación en la causa para proponer el proceso.

Dijo el primero de los despachos:

"De acuerdo con tal estipulación, los derechos económicos derivados del contrato de arrendamiento base de la acción, y en particular los cánones de arrendamiento, fueron cedidos a favor del fideicomiso FIDUCOLDEX-FERROEQUIPOS YALE, a favor de quien debía efectuarse el pago correspondiente.

"A pesar de lo anterior, se ha solicitado mandamiento de pago a favor de la sociedad FERROEQUIPOS YALE LTDA., sin advertir que aquella no se encuentra legitimada para ello, en virtud de la cesión arriba reseñada.

"Ahora bien, no son de recibo las manifestaciones efectuadas por el apoderado de la demandante en el hecho 8º del libelo y en el escrito por el cual descurre el traslado de la reposición presentada en contra del mandamiento de pago por la parte pasiva, en el sentido de indicar que el fideicomiso se encuentra terminado desde el 12 de marzo de 2010, ya que, prueba de dicha terminación, brilla por su ausencia.

"Si como se afirma, el fideicomiso ha terminado, de acuerdo con el anexo al contrato de arrendamiento base de la acción, ello, debió ocurrir, cumplida la condición de no existir obligaciones vigentes a favor de las compañías de leasing (cláusula 2ª.), luego, tanto la fiduciaria, como el actor, debieron notificar de tal hecho al extremo pasivo, o cuando menos comunicarle que el pago en el futuro debía realizarse en los términos inicialmente pactados, situación que al parecer no tuvo ocurrencia, a juzgar por la falta de sustento en este punto." (Subrayas del memorialista.)

Por su parte, en el fallo confirmatorio expresó el Tribunal:

"En las anteriores condiciones, si bien afirma el actor que BAVARIA continuó cancelando los cánones después de terminada la fiducia el "12 de marzo de 2010", según lo consignado en el hecho 8º de la demanda, esto es, al retornar la titularidad de los derechos a FERROEQUIPOS YALE; ésta no corrió con la carga de

demostrar que los derechos económicos del contrato de arrendamiento habían sido cedidos por el tercero beneficiario y que dicha cesión se hubiese notificado nuevamente a la demandada o que fuera aceptada por ella, verbi gratia, con algún pago que BAVARIA realizara directamente a FERROEQUIPOS YALE LTDA, por lo que en tales condiciones, lo que sigue es concluir que la legitimación la ostenta quien ejerce vocería de FIDUCOLDEX – FERROEQUIPOS YALE, y según lo discurre, la ejecutante no se ha avenido a tal carga, lo que conduce a admitir que no se encuentra facultada para perseguir el cobro compulsivo de los cánones de arrendamiento.

"Así las cosas, no se observa que la actora se encuentre efectivamente legitimada en la causa para impetrar esta demanda, lo que conduce a confirmar la decisión materia de alzada, con la consecuente condena en costas." (Subrayas del memorialista).

Por haber sido allegado oportunamente al expediente, respecto al tema el Tribunal toma en consideración también la sentencia anticipada que en otro proceso ejecutivo (00684-03) entre las mismas partes profirió el Tribunal Superior de Bogotá el 25 de abril, también de 2013, en la que, tras revocar auto proferido por el Juzgado 28 Civil de Circuito de Bogotá el 2 de noviembre de 2011 resolvió, "declarar probada la excepción de "falta de legitimación en la causa por activa" conforme lo expuesto en la parte motiva". En esta última, a vuelta de identificar la legitimación en la causa como un presupuesto de la acción y de invocar en apoyo de esta posición apartes de fallo proferido por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia el 23 de abril de 2007, así como de registrar el hecho, probado dentro del proceso, de la cesión de derechos del contrato de arrendamiento celebrado entre FIDUCOLDEX - FERROEQUIPOS YALE y BAVARIA origen de la pretensión ejecutiva, dice la corporación:

"En este orden de ideas, si bien la ejecutante cuando promueve su demanda, pretende el cobro de los cánones derivados del contrato de arrendamiento y de los intereses de los mismos por el hecho de no haber sido cancelados a tiempo; lo cierto, es que esta parte no demostró en esta actuación que tales derechos económicos del contrato de arrendamiento le habían sido cedidos nuevamente por el tercero beneficiario y que dicha cesión se hubiera notificado nuevamente a la demandada o que fuera aceptada por ella, en virtud de la terminación de la fiducia.

"Bajo este entendido, al no haberse avenido a tal carga el aquí demandante, no se encuentra facultado para perseguir el cobro ejecutivo de los cánones de arrendamiento, ni de sus intereses y en consecuencia no es el legitimado para invocar esta demanda, por todo lo cual considera la Sala que se abre paso la excepción alegada por la parte demandada en orden a declararse la falta de

legitimación en la causa por activa, motivo que conduce necesariamente a declarar terminado el presente asunto.”

Abocado el Tribunal a decidir si efectivamente estos pronunciamientos de la jurisdicción ordinaria constituyen cosa juzgada dentro del presente trámite arbitral, parte de la consideración de los elementos que debe reunir una decisión jurisdiccional para revestirse de los rasgos de definitividad e inmutabilidad que inhiben a cualquier otro juez para nuevos pronunciamientos sobre la misma materia. El artículo 332 del Código de Procedimiento Civil, en su primer inciso, los enuncia:

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

El instituto de la cosa juzgada opera, entonces cuando se está en presencia (i) de una sentencia que, además, esté ejecutoriada; (ii) que se trate de la misma materia (*eadem res*); (iii) que haya identidad de causa (*eadem causa petendi*) y (iv) que haya identidad de partes.

Siendo indiscutible que los procesos en los que fueron proferidos los pronunciamientos que la parte convocada considera inmutables y definitivos en forma de tener que ser intangibles para el Tribunal, ya que tanto los procesos ejecutivos como el actual trámite arbitral tienen como tales a FERROEQUIPOS YALE de una parte, y a BAVARIA de la otra, el Tribunal detiene su análisis sobre los otros tres fundamentos de la cosa juzgada:

(i) ambos pronunciamientos del Tribunal están contenidos en sentencias, que es el tipo de providencia en que debe estar consignado el pronunciamiento de que se trata para poder considerarlo revestido de la fuerza de cosa juzgada. Ello parecería satisfacer las exigencias del artículo.

No es ello así, sin embargo. Cuando el Código reduce la aptitud del pronunciamiento para alcanzar la fuerza de inmutable y definitivo al contenido en una sentencia, lo que indica es que sólo aquellas decisiones que proveen sobre el fondo de un litigio tienen tal vocación. De lo que se trata es de impedir que la resolución que el Estado formula a través del órgano judicial sobre una materia litigiosa imprimiéndole el vigor de constituir el ejercicio pleno de la función de

aplicar las leyes, pueda ser objeto de repetición de la misma operación jurídica. De allí que se aluda a la "sentencia" como un tipo específico de acto judicial, porque es en los pronunciamientos de esta categoría donde se decide realmente la controversia que el Estado desata. Ahora bien: por "sentencia" hay que entender, como lo ha hecho la jurisprudencia y lo autoriza la ley, la especie de actos que con propiedad recibe esta denominación en la regulación procesal y también las providencias que, aún teniendo formalmente la condición de autos, se asemejan a aquellas por su efecto de poner fin a un proceso. Pero lo esencial aquí es el contenido del pronunciamiento porque es a éste al que la ley atribuye la vocación de la cosa juzgada o lo priva de ella.

Puede por ello decirse que las sentencias y autos equivalentes que no deciden el fondo de una materia controvertida carecen intrínsecamente de la posibilidad de ser revestidos de la fuerza de cosa juzgada y así lo entiende la doctrina especializada. Al estudiar el tema de las "SENTENCIAS QUE NO PRODUCEN COSA JUZGADA: REVISABLES EN PROCESO POSTERIOR, INHIBITORIAS Y DE JURISDICCION VOLUNTARIA.", en su texto de Teoría General del Proceso el profesor HERNANDO DEVIS ECHANDIA dijo sobre una de dichas especies lo siguiente:

"b) Sentencias inhibitorias. Para que surta la cosa juzgada se necesita que la sentencia haya recaído sobre el fondo del litigio y por lo tanto, cuando en virtud de una excepción de mérito temporal (dilatatoria conforme a la doctrina), el juez se abstiene de fallar sobre la existencia del derecho o relación jurídica y no se pronuncia sobre el petitum, nada impide que se promueva nuevo proceso entre las mismas partes y por la misma causa y el mismo objeto. Así sucede cuando prospera la excepción de petición de antes de tiempo o de modo indebido, de falta de prueba de la existencia del demandado como persona jurídica, de condición no cumplida, de excusión, de falta de interés sustancial para obrar o de legitimación en la causa (como cuando falta la prueba de la calidad de los herederos de los demandados en los procesos de filiación natural después de muerto el padre). No se trata de excepciones a la cosa juzgada, sino de que ésta no existe (véanse num. 149; letra j; 154, letra d, y 164)".²⁸ (Subraya el Tribunal.)

La misma opinión, referida específicamente al pronunciamiento previo sobre excepciones frente a la posibilidad de rectificarlo en la sentencia definitiva, postula la Corte Suprema de Justicia cuando hace ver la mutabilidad de un pronunciamiento judicial no referido al fondo de la materia litigiosa, incluso dentro del mismo proceso:

²⁸ Compendio de Derecho Procesal Tomo I, Teoría General del Proceso, 4ª. Ed., Bogotá, 1974, pág. 444.

"El auto que resuelve las excepciones previas carece de fuerza vinculante respecto de la sentencia. (...) si las excepciones previas fracasan y el proceso continúa su trámite, nada obsta para el reexamen de la cuestión con ocasión de la sentencia, porque la providencia que resuelve negativamente las excepciones previas carece de fuerza vinculante con respecto a la sentencia que habrá de resolver el litigio, por cuanto el juez no puede soslayar el deber de examinar oficiosamente las condiciones de existencia y validez formal del proceso, es decir, los presupuestos procesales, que, como quedó expuesto, son los que en principio se procuran controlar con las excepciones procesales en comentario.

"Tratándose de la legitimación en la causa, cuando la ley permite su examen previo, porque se entronca con la integración del contradictorio o con la aptitud de la demanda, ya que en principio su detección no está consagrada como excepción previa, tampoco existe óbice alguno para su examen a posteriori con ocasión de la sentencia, no obstante su primitivo reconocimiento, muchas veces para rectificar la posición precedente, por referirse a un problema de orden público amparado por la mencionada oficiosidad." (CSJ, Cas. Civil, Sent. Oct. 26/2000. Exp. 5462, M.P. José Fernando Ramírez Gómez).

En el presente caso los pronunciamientos que la parte convocada alega ser intangibles carecen de tal vigor por tratarse de decisiones inhibitorias, como son las que se adoptan en las sentencias anticipadas, las cuales, por razón de su propia funcionalidad, no resuelven el fondo del asunto discutido en el presente trámite arbitral.

(ii) y (iii) Tampoco se trata en este proceso del mismo objeto decidido por la jurisdicción ordinaria en la forma dicha atrás, toda vez que ambos antecedentes fueron decisiones sobre pretensiones de ejecución de los cánones de arrendamiento, y en el proceso que este laudo está llamado a desatar se trata de pretensiones de naturaleza distinta aunque tengan el mismo origen de las ya resueltas, a saber, pretensiones declarativas y de condena, como fácilmente se advierte al repasar la formulación de las mismas en la demanda. La heterogeneidad de las pretensiones ejecutivas respecto de las pretensiones de conocimiento, pone de presente la disconformidad en la naturaleza del objeto de la litis que se tramita en los procesos de una y otra especie, así como la diversidad de la *causa petendi* que en cada caso respalda la pretensión propia de los procesos de ejecución, distinguiéndola de la que subyace a la pretensión declarativa.

"Como se ve, el límite objetivo lo forman, en conjunto, el objeto y la causa petendi; si aquel es el mismo (el mismo inmueble, por ejemplo), pero la causa varía (prescripción en vez de la adquisición por compra), ya no existirá identidad

*objetiva entre los dos litigios, ni tampoco cosa juzgada. Ni el objeto, ni la causa petendi, tomados en forma aislada, son suficientes.*²⁹

Por las anteriores razones el Tribunal desestima la postulación que la parte convocada incluyó en sus alegatos de conclusión encaminada a hacer reconocer como obligatoria dentro del trámite arbitral la decisión del juez ordinario en torno al tema de la falta de legitimación en la causa del actor en los procesos ejecutivos.

2. ANALISIS SOBRE TACHA DE SOSPECHA FORMULADA RESPECTO DEL TESTIGO HUGO PELÁEZ ARIAS

La convocada formuló la tacha de este testigo, en los siguientes términos:

"(...) debo tachar al testigo, presentar una tacha del testigo de conformidad con lo establecido en la ley civil, encuentro que el testigo no es la persona idónea para interrogar dentro de este proceso por cuanto no le constan los hechos acaecidos en el contrato de arrendamiento que se debate aquí, como él lo ha anunciado o lo ha dicho varias veces, le consta la operación de los montacargas en Tocancipá y la situación con los montacargas de Tocancipá no es la situación que se discute en este proceso arbitral." (Subrayado fuera de texto)

Observa el Tribunal que la convocada fundamentó la tacha de este testigo en el hecho de su desconocimiento de los hechos relacionados con el contrato de arrendamiento que es objeto del presente trámite arbitral.

Sobre la tacha de testigos el artículo 218 del Código de Procedimiento Civil, dispone:

"Cada parte podrá tachar los testigos citados por la otra parte o por el juez. La tacha deberá formularse por escrito antes de la audiencia señalada para la recepción del testimonio u oralmente dentro de ella, presentando documentos probatorios de los hechos alegados o la solicitud de pruebas relativas a éstos, que se practicarán en la misma audiencia. Si el testigo acepta los hechos, se prescindiera de toda otra prueba.

"Cuando se trate de testigos sospechosos, los motivos y pruebas de la tacha se apreciarán en la sentencia, o en el auto que falle el incidente dentro del cual se solicitó el testimonio; en los casos de inhabilidad, el juez resolverá sobre la tacha en la audiencia, y si encuentra probada la causal, se abstendrá de recibir la declaración.

²⁹ DEVIS ECHANDIA, ibídem, pág. 433

"El juez apreciará los testimonios sospechosos, de acuerdo con las circunstancias de cada caso."

Por su parte, el artículo 217 del mismo Código señala que:

"Son sospechosas para declarar las personas que en concepto del juez, se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés con relación a las partes o a sus apoderados, antecedentes personales u otras causas."

El Tribunal considera que el desconocimiento de los hechos que son objeto del proceso por parte de un testigo, fundamento de la tacha, no da lugar a motivo de sospecha, por lo cual se desestima la tacha de este testigo y procederá a valorar la prueba testimonial de acuerdo con los criterios de la sana crítica.

3. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS PRETENSIONES

Las solicitudes básicas que plantea la convocante son, en primer lugar, el reconocimiento de la obligación a cargo de la convocada de pagar el canon de arrendamiento variable pactado en el contrato, tomando en cuenta el documento de BAVARIA S.A. que indicó que los montacargas serían usados 351 horas, habida cuenta de que no se levantaron actas de medición de horas de trabajo de los montacargas. Como consecuencia de dicho reconocimiento solicita en las pretensiones segunda y tercera que se condene a la convocada a pagar la diferencia entre las 351 horas por el uso de los montacargas y las sumas efectivamente pagadas, a partir del mes de abril del año 2008 y hasta que se entreguen los montacargas en perfecto estado; así mismo, solicita en la pretensión cuarta, se declare la existencia de la obligación a cargo de la convocada de pagar los intereses moratorios comerciales sobre las sumas reconocidas en virtud de las pretensiones segunda y tercera, y en subsidio de esta pretensión, solicita en la pretensión quinta que se declare la existencia de la obligación de BAVARIA de pagar a la convocada la corrección monetaria.

En segundo lugar, en las pretensiones sexta, séptima y octava solicita declaraciones y condenas relacionadas con la mora en la restitución de los montacargas.

Procede el Tribunal a continuación a analizar las pretensiones relacionadas con la existencia de la obligación de pagar el canon variable.

3.1. La pretensión primera de la demanda

En concreto, en la **pretensión primera de la demanda** se solicita que se declare la existencia de la obligación por el ingreso no percibido por FERROEQUIPOS YALE referente al pago del canon de arrendamiento en su componente por el uso de montacargas (variable), tal como fue pactado en el contrato, a cargo de la sociedad convocada BAVARIA, y teniendo en cuenta el único documento emitido por BAVARIA que señaló el uso de las mismas en 351 horas, en virtud a que las actas no pudieron ser levantadas en desarrollo del contrato.

La convocante fundamenta su pretensión principalmente en los hechos que a continuación se resumen:

- Que en el contrato de arrendamiento de bienes muebles No. 8000 – 15736 se estableció un canon mensual con un cargo fijo y un componente variable por la utilización de cada uno de los montacargas entregados a BAVARIA.
- Que para el caso sub judice el componente variable se establece en 351 horas mensuales por cada montacarga, sin considerar 5 que podían ser retiradas en los términos contractuales, aclarando que desde el mes de abril de 2008 y hasta el mes de junio del 2009 se le adeuda por este concepto la diferencia entre las horas facturadas y las 351 horas, y a partir de dicha fecha las 351 horas hasta la restitución de las montacargas.
- Que esta obligación se genera en el hecho de no habersele permitido a FERROEQUIPOS YALE desde abril de 2008 la lectura de los horómetros de cada uno de los montacargas ubicados en las instalaciones de BAVARIA.

Por su parte, la convocada en la contestación de la demanda niega los hechos de la misma y los controvierte, en resumen así:

- Que el contrato celebrado no solo era de arrendamiento, sino también de mantenimiento de los montacargas y de compraventa.
- Que el canon de arrendamiento mensual establecido comprendía un canon fijo mensual y otro variable por cada hora de trabajo que registrara el horómetro instalado en cada uno de los montacargas.
- Que BAVARIA siempre cumplió con todas las obligaciones a su cargo, en especial la de permitir el levantamiento mensual del acta de lectura de cada horómetro y que en prueba de ello están las facturas canceladas a FIDUCOLDEX a las cuales se adjuntaban dichas actas, como requisito indispensable para el pago de las mismas.
- Que nunca se estableció que la utilización de cada uno de los 48 montacargas sería de 351 horas mensuales.

La convocada formula la excepción de contrato no cumplido, argumentando que FERROEQUIPOS se obligó no solamente a entregar unos equipos, sino a mantenerlos en perfecto estado de funcionamiento y que dicha empresa desatendió las obligaciones de mantenimiento, al punto de que los montacargas se volvieron inutilizables.

Formula además la convocada la excepción de cumplimiento de las obligaciones por parte de BAVARIA, señalando que dicha empresa cumplió todas las obligaciones a su cargo, en especial la referida al pago del canon de arrendamiento que se causó durante el período con el que contó con el servicio de los montacargas arrendados.

La convocante, en el escrito mediante el cual descurre el traslado de la contestación la contestación de la demanda, manifiesta que la imposibilidad de levantar las actas de lectura de los horómetros obedeció a que la arrendataria, incumpliendo el contrato, en el mes de marzo de 2008 retiró de la operación 10 montacargas, cuando solo se le permitía retirar 5, y continuó retirándolos paulatinamente para reemplazarlos por equipos más livianos.

En el mismo escrito señala, además, lo siguiente:

- El estado de los equipos fue óptimo hasta el día en que BAVARIA no permitió el ingreso del personal de FERROEQUIPOS a sus instalaciones.
- No hubo ningún incumplimiento en la operación, y prueba de ello es que BAVARIA no ha hecho efectivas las pólizas constituidas ni ha radicado ante la Cámara de Comercio alguna solicitud con relación al servicio y mantenimiento en virtud de la cláusula compromisoria.
- Que lo que se presentó fue un desmonte unilateral del contrato, persiguiendo la estabilidad financiera del mismo mediante la imposición de multas inexistentes, con lo que ya se compensó cualquier falla.
- Que el servicio fue tan bueno que en marzo de 2009 se felicitó a los centros de operación en que estaba radicado FERROEQUIPOS YALE.

En sus alegatos de conclusión la convocante, al referirse a la primera pretensión de la demanda, señala que BAVARIA está en la obligación de pagar el canon de arrendamiento en su componente variable por el periodo comprendido entre abril del 2008 y hasta la restitución de los montacargas al Arrendador, con base en los siguientes argumentos:

- Que el estimativo de las horas de uso de los montacargas determinado por BAVARIA en la Invitación y en toda la etapa precontractual, fue la determinante no solo para la presentación de la propuesta, sino también para la celebración del contrato No. 8000- 15736. Determinante que debe ser considerado como fundamento esencial de la negociación y vinculante para las Partes.
- Que desde abril del 2008 BAVARIA comenzó a sustituir los equipos entregados en arrendamiento, en razón al cambio logístico de sus centros de operaciones que empezó a implementar desde el año 2007.

- Que ante el incumplimiento de BAVARIA de usar las montacargas en las horas estimadas, dicha empresa debe reconocerle el canon variable pactado de 351 horas por cada uno de los montacargas entregados en arrendamiento.

Por su parte, BAVARIA en sus alegatos de conclusión afirma que la convocante no probó los fundamentos de las pretensiones, sino que, por el contrario, en el proceso se demostró:

- Que BAVARIA no ejerció una posición dominante durante la ejecución del contrato.
- Que lo que se presentó fue un incumplimiento de las obligaciones a cargo de FERROEQUIPOS, principalmente en relación con las obligaciones de:
 - Realizar mantenimiento preventivo y correctivo de los montacargas, a fin de que se encontraran en perfecto estado de funcionamiento.
 - Abstenerse de facturar por servicios no prestados.
 - Mantener su personal afiliado al sistema de seguridad social integral y a entregar a BAVARIA las correspondientes constancias.

Concluyó que este incumplimiento imposibilitó el desarrollo del contrato y desencadenó la imposición de diferentes multas que fueron aceptadas por FERROEQUIPOS al generar la correspondiente Nota Crédito.

Para proceder a resolver sobre la pretensión primera de la demanda resulta imperioso hacer referencia a las características del contrato de arrendamiento, así como a los elementos del mismo, y a las obligaciones que emergen para cada una de las partes.

El contrato de arrendamiento encuentra definición en el artículo 1973 del Código Civil, aplicable a los contratos mercantiles en virtud de lo dispuesto en el artículo 822 del Código de Comercio, en los siguientes términos: *"El arrendamiento es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de*

una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado”.

De la anterior definición se deduce que *"son elementos esenciales del contrato de arrendamiento de bienes los siguientes: (i) la concesión del goce o uso de un bien; (ii) el precio que se paga por el uso o goce del bien y (iii) el consentimiento de las partes"*.³⁰

El profesor César Gómez Estrada, concluye que de la definición del arrendamiento, contenida en el artículo 1973 C.C., *"(...) resulta evidenciado que, a más de los elementos esenciales a todo contrato exigidos por la ley, como por ejemplo el consentimiento, en el de arrendamiento de cosas son esenciales también dos en torno a los cuales giran, respectivamente, las obligaciones del arrendador y del arrendatario, y que constituyen correlativamente el objeto y la causa de las prestaciones a cargo de cada uno. Esos otros dos elementos son: a) la cosa arrendada, y b) el precio o renta"*.³¹

Del contrato de arrendamiento surge para el arrendador la obligación de entregar el bien y permitir el uso y goce del mismo al arrendatario. Para el arrendatario surgen las obligaciones de pagar el precio correspondiente al canon por la tenencia del bien, conservarlo conforme al destino del mismo y restituirlo en la oportunidad convenida (arts. 1982 ss y 1996 ss C.C.).

De la definición legal del contrato de arrendamiento y de las obligaciones que emanan del mismo para las partes, puede afirmarse que son características del contrato de arrendamiento ser un negocio jurídico bilateral, habida cuenta de que los contratantes se obligan recíprocamente (art. 1496 C.C.); oneroso, porque el precio es uno de sus elementos esenciales en cuya ausencia el contrato se tornaría en un comodato (art. 2200 C.C.); conmutativo, porque es fuente de obligaciones recíprocas y equivalentes a cargo de los sujetos contractuales, y de tracto sucesivo, porque es de ejecución periódica, continuada, distribuida en el tiempo, *"El contrato se realiza periódicamente, y consiguientemente, las obligaciones se cumplen de manera sucesiva y pesan durante todo el transcurso del arrendamiento."*³²

³⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de abril 30 de 1970

³¹ De los Principales Contratos Civiles, 2ª edición, pág. 210, No. 163, Edit. Temis, Bogotá, 1987

³² De los Principales Contratos Civiles, 14ª edición, pág. 347, No. 203, Librería del Profesional, Bogotá, 2000

Para determinar la existencia de la obligación a cargo de la convocada referente al pago del componente variable en los términos planteados en la pretensión primera, deben analizarse las estipulaciones contractuales.

Se encuentra probado en el presente proceso que entre las partes procesales FERROEQUIPOS YALE LTDA. y BAVARIA S.A., se celebró el día 27 de febrero de 2.004, un contrato de arrendamiento de montacargas, contrato que fue documentado en escrito cuyo contenido fue reconocido como cierto ante Notario y las respectivas firmas de las partes fueron objeto de autenticación ante el mismo funcionario y cuya copia obra a folios No. 4 al 18 del cuaderno de pruebas No. 4.

El objeto del contrato, al tenor de lo señalado en la cláusula primera, consiste en que, "(...) *EL ARRENDADOR obrando por su cuenta y riesgo, con libertad y autonomía técnica y directiva, se obliga a entregar a LA EMPRESA y LA EMPRESA por el presente Contrato acepta del ARRENDADOR a título de arrendamiento, los montacargas nuevos de las características, número, período de tiempo y para la operación en las dependencias (...). LA EMPRESA deberá utilizar los montacargas entregados en sus funciones normales de cargue y descargue, recibo y alimentación de producción y oficios propios de la operación en las Plantas de Producción y Centros de Distribución, tales como, el movimiento de bebidas, cervezas (...).*" Según lo indicado en la misma cláusula, los montacargas que se entregarían en arrendamiento por FERROEQUIPOS serían cuarenta y ocho (48) más cinco (5) de "Stand by".

En el párrafo primero de la cláusula segunda, en los términos señalados en el Anexo al Contrato, las partes pactaron que "*En caso de que se presente una disminución en la necesidad de montacargas recibidos por BAVARIA S.A., debido a decisiones administrativas de la empresa, esta deberá informar de este hecho por escrito al ARRENDADOR por lo menos con treinta (30) días calendario de anticipación. En ningún caso, podrá exceder de cinco (5), el número de montacargas que podrá devolver BAVARIA S.A. al arrendador, durante todo el término del contrato.*"

En la cláusula segunda del contrato, el canon de arrendamiento se pactó en los siguientes términos:

"CLAUSULA SEGUNDA: CANON DE ARRENDAMIENTO Y FORMA DE PAGO: *Por concepto de pago de arrendamiento LA EMPRESA efectuará al ARRENDADOR los siguientes pagos:*

A) *Por el uso de cada uno de los quince (15) montacargas (Doble Estiba Horizontal SINGLE – DOUBLE CON TAPA ESTABILIZADORA DE CARGA Gaso/GNC en la ciudad de Bogotá D.C., la suma de **UN MILLON NOVECIENTOS MIL PESOS (\$1.900.000.00) MONEDA CORRIENTE** por mes, más **NUEVE MIL OCHOCIENTOS PESOS (\$9.800.00) MONEDA CORRIENTE** por cada hora trabajada, según el horómetro instalado en cada máquina.*

B) *Por el uso de cada uno de los siete (7) montacargas (Doble Estiba Horizontal SINGLE – DOUBLE CON TAPA STABILIZADORA DE CARGA Gaso/GNC en la Cervecería Águila de la ciudad de Barranquilla, la suma de **UN MILLON SEISCIENTOS MIL PESOS (\$1.600.000.00) MONEDA CORRIENTE** por mes, más **SIETE MIL QUINIENTOS PESOS (\$7.500.00) MONEDA CORRIENTE** por cada hora trabajada, según el horómetro instalado en cada máquina.*

C) *Por el uso de cada uno de los diez (10) montacargas Estiba Sencilla Torre Alta con Estabilizador de Carga Gaso/GNC y cinco (5) montacargas Estiba Sencilla Torre Baja con Estabilizador de Carga Gaso/GNC de la ciudad de Barranquilla, la suma de **UN MILLON CUATROCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS (\$1.450.000.00) MONEDA CORRIENTE** por mes, más **SEIS MIL NOVECIENTOS PESOS (\$6.900.00) MONEDA CORRIENTE** por cada hora trabajada, según el horómetro instalado en cada máquina.*

D) *Por el uso de cada uno de los cuatro (4) montacargas Estiba Sencilla Torre Baja con Estabilizador de Carga Gaso/GNC de la ciudad de Cartagena, la suma de **UN MILLON CUATROCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS (\$1.450.000.00) MONEDA CORRIENTE** por mes, más **SEIS MIL NOVECIENTOS PESOS (\$6.900.00) MONEDA CORRIENTE** por cada hora trabajada, según el horómetro instalado en cada máquina.*

E) *Por el uso de cada uno de los cuatro (4) montacargas Estiba Sencilla Torre Baja con Estabilizador de Carga Gaso/GNC de la ciudad de Santa Marta, la suma de **UN MILLON CUATROCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS (\$1.450.000.00) MONEDA CORRIENTE** por mes, más **SEIS MIL NOVECIENTOS PESOS (\$6.900.00) MONEDA CORRIENTE** por cada hora trabajada, según el horómetro instalado en cada máquina.*

F) *Por el uso de cada uno de los tres (3) montacargas Estiba Sencilla Torre Baja con Estabilizador de Carga Gaso/GNC de la ciudad de Valledupar, la suma de **UN MILLON CUATROCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS (\$1.450.000.00) MONEDA CORRIENTE** por mes, más **SEIS MIL NOVECIENTOS PESOS (\$6.900.00) MONEDA CORRIENTE** por cada hora trabajada, según el horómetro instalado en cada máquina.*

"La fecha de corte para calcular los valores resultantes para cada uno de los montos arriba indicados se hará el último día hábil del mes. En el lugar de

*operación de los montacargas se levantará mensualmente un Acta en donde se indicará la lectura de cada horómetro, la cual servirá para que **EL ARRENDADOR** elabore la respectiva cuenta de cobro que deberá ser presentada en la Cervecería en donde **LA EMPRESA** tenga a su servicio los montacargas con el fin de proceder al trámite de pago.*

La lectura final en cada mes se tomará como lectura inicial en el mes que le siga.

(...)

"El valor del canon de arrendamiento aquí establecido y el valor de la hora trabajada, según lo indicado en el horómetro instalado en cada máquina se revisará anualmente, incrementándose en un porcentaje igual al 7.5 % anual."

El plazo del contrato fue pactado, de acuerdo con lo señalado en la cláusula cuarta del mismo, en 5 años que se contarían a partir "de la fecha de la firma de cada una de las actas de recibo" de los montacargas objeto del contrato.

No se aportaron al proceso todas las actas de recibo de los montacargas a partir de las cuales comenzaría a contarse en plazo del contrato; sin embargo, encuentra el Tribunal que mediante modificación al contrato suscrita el 17 de febrero de 2005³³, mediante el cual se modificó la cláusula segunda del Contrato de arrendamiento No.8000-15736, y se incorporó el uso de los montacargas adquiridos de BAVARIA S.A., con el fin de dar cumplimiento al contrato, con lo cual se ratificó tácitamente el inicio del mismo, habida cuenta de que se refirió al mismo contrato de arrendamiento celebrado entre las partes, y se estableció aceptar su ejecución con los equipos adquiridos de la convocada, causándose el canon variable sobre estos montacargas, únicamente mientras se entregaban para su uso los equipos nuevos objeto del contrato. Así las cosas, y tal como lo ratifica el informe pericial de la Doctora Gómez (página 7 cuadro 2), los pagos por concepto de este componente variable de la etapa inicial del contrato de arriendo, se iniciaron en diciembre de 2004, mediante factura #2458, según relaciona la perito en su cuadro 25 como la primera factura emitida por FERROEQUIPOS, correspondiente al período octubre 25 a noviembre 24 de 2004. En consecuencia, forzoso es concluir para el Tribunal, que el contrato se inicia a partir del 25 de octubre de 2004 y no el 1 de mayo de 2005 como afirma la convocante. De lo anterior también se concluye que si su plazo era de 5 años, y dado que en parte alguna del expediente aparece prueba de renovación del

³³ Folios 215 y 216 del C. de Pruebas No. 1.

plazo, su término venció el 24 de octubre de 2009. Por lo tanto, se reitera que no es de recibo para el Tribunal, el considerar la fecha de iniciación del contrato la señalada por la convocante, es decir el 1 de mayo de 2005, (que ella hace coincidir con la de la entrega de los nuevos equipos objeto del arriendo), merced a que el contrato por acuerdo de las partes, se inició con los equipos denominados de retoma, a partir del 25 de octubre de 2004, tal como lo confirma el peritazgo y la modificación del 17 de febrero de 2005 suscrita por las partes y referida al Contrato 8000-15736.

En cuanto concierne con las obligaciones adquiridas por FERROEQUIPOS, se encuentra que al tenor de lo previsto en la cláusula quinta del contrato,

"A fin de facilitar el adecuado uso por parte de LA EMPRESA de los montacargas que se arriendan en los términos de este contrato el ARRENDADOR se obliga a proveer a LA EMPRESA los siguientes servicios: "(i) mantenimiento periódico, preventivo y correctivo de los equipos; (ii) el suministro de repuestos originales; (iii) suministro de filtros y lubricantes adecuados a las especificaciones del fabricante de los montacargas; (iv) capacitación de los operadores de los montacargas (...); (v) asesoría inicial (...) en el manejo y almacenamiento del producto, distribución de bodegas, circulación, tiempos y movimientos; (vi) lavado de equipos; (vii) creación dentro de la organización del ARRENDADOR de una infraestructura especial para el manejo de los servicios requeridos por la EMPRESA bajo este contrato, que operará con un director de proyecto; (viii) entrega de información que se posea, con relación a la entidad financiera que entrará a administrar los flujos de fondos del proyecto; (ix) montaje de infraestructura tanto en vehículos como comunicaciones para atender los montacargas; (x) capacitación y actualización técnica a los mecánicos responsables del mantenimiento; (xi) suministro de tapas estabilizadoras de reconocida durabilidad (...); (xii) realizar un manejo adecuado de los lubricantes residuales (...)."

"Los servicios aquí indicados no tendrán para LA EMPRESA ningún valor adicional al canon pactado con excepción del costo que tenga para el ARRENDADOR el reemplazo de los repuestos que sea necesario adquirir para el adecuado funcionamiento de los montacargas cuando su cambio se requiera debido a daños causados a la misma por negligencia o dolo de terceros o empleados, agentes, subcontratistas o cualquier persona vinculada laboralmente o contractualmente con LA EMPRESA (...)."

Adicionalmente, en virtud de lo señalado en la cláusula décima segunda, FERROEQUIPOS YALE, se comprometió a afiliar a los trabajadores que ocupe en la ejecución del contrato, al sistema de seguridad social, hecho que debía comprobar con las respectivas constancias.

De conformidad con las cláusulas contractuales transcritas, el Tribunal encuentra que FERROEQUIPOS, además de adquirir las obligaciones propias de un contrato de arrendamiento, en virtud del contrato se obligó a prestar una serie de servicios, tales como, capacitación, reparación y mantenimiento preventivo y correctivo de los montacargas, con el fin de permitir a BAVARIA el adecuado uso de los mismos, y que como contraprestación por el arrendamiento y los servicios prestados se pactó una remuneración fija por el uso de los montacargas y una variable por hora trabajada por cada uno de ellos, las cuales se establecerían con base en la lectura del horómetro instalado en cada equipo. Así mismo, ha concluido el Tribunal que el contrato de arrendamiento se extinguió por expiración del plazo previsto para su duración el 24 de octubre de 2009.

Ahora bien, habida consideración de que la convocante pretende el reconocimiento del canon variable en 351 horas de trabajo de los montacargas, se hace necesario establecer si en el contrato las partes pactaron un número mínimo de horas de trabajo de los montacargas o si se garantizó el pago de un número mínimo de dichas horas.

Revisadas las cláusulas contractuales el Tribunal encuentra que BAVARIA S.A. no garantizó un pago mínimo de horas de trabajo de los montacargas ni se comprometió a utilizarlos en un número determinado de horas; sin embargo, en la "INVITACION A COTIZAR No. GA 016-03" de BAVARIA, en el numeral 24.2.³⁴, documento que forma parte integral del Contrato, según se indica en la cláusula primera del mismo, dicha empresa señaló:

"24.2 ESPECIFICACIONES TECNICAS

*"Los montacargas están destinados a prestar funciones tales como cargue y descargue de vehículos, recibo y alimentación de producción y oficios propios de la operación de BAVARIA S.A. **El estándar promedio de operación por montacargas se ha calculado para 13.5 horas/ día**" (Resaltado fuera de texto)*

Considera necesario el Tribunal analizar el alcance de este documento frente a la obligación de BAVARIA S.A. de pagar un canon variable por la utilización de los montacargas arrendados calculado con base en 351 horas mensuales de operación, según lo ha solicitado la convocante.

³⁴ Folio No. 219 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

En el dictamen pericial rendido por la doctora Marcela Gómez, en respuesta a la pregunta No. 3 formulada por la convocante, según la cual debía determinar "*El valor del canon mensual en su componente fijo y variable a partir de lo estipulado en el contrato y deberá calcular el canon mensual en su componente variable mensual utilizando el número de horas determinado por Bavaria S.A. en la licitación del año 2003 bajo referencia GA 016 03 y que resultó en la selección y contratación de Ferroequipos Yale Ltda.*", señaló:

"(...) De otra parte de acuerdo con la INVITACION A COTIZAR GA 01603 numeral 24.2 "Especificaciones Técnicas" "Los montacargas están destinados a prestar funciones tales como cargue y descargue de vehículos, recibo y alimentación de producción y oficios propios de la operación de BAVARIA S.A. El estándar promedio de operación por montacargas se ha calculado para 13.5 horas/ día" (subrayado fuera de texto).

"Teniendo en cuenta las 13.5 horas/día promedio, y asumiendo que un mes tiene 26 días laborales, el promedio mensual de horas trabajadas por montacarga es de 351 horas."

Y en respuesta a la pregunta No. 4 de la convocante, sobre "*Si los siguientes valores para el cálculo del canon mensual en su componente variable son o no establecidos en el mismo contrato y en la invitación a cotizar GA 016 03: (i) número exacto de montacargas del contrato de arriendo, (ii) incremento anual del contrato, (iii) si el valor del IVA está incluido en la cláusula segunda o se debe adicionar como lo indica la cláusula tercera, (iv) tarifa y valor de la hora por uso de cada montacarga y, (v) si Bavaria S.A. determinó un número de horas mensuales para los montacargas en la invitación a cotizar GA 016 03*", expresó:

"(...) de acuerdo con la INVITACION A COTIZAR GA 01603 numeral 24.2 "Especificaciones Técnicas" "Los montacargas están destinados a prestar funciones tales como cargue y descargue de vehículos, recibo y alimentación de producción y oficios propios de la operación de BAVARIA S.A. El estándar promedio de operación por montacargas se ha calculado para 13.5 horas/ día." (subrayado fuera de texto).

En las aclaraciones al dictamen pericial del doctor Jaime Enrique Varela, en respuesta a la pregunta No. 2 de la convocada, señaló:

"...En la invitación a cotizar, numeral 24.2 se indica que "el estándar promedio de operación por montacargas se ha calculado para 13.5 horas/ día.

"Un año tiene 17 días festivos (año 2013) que unidos a los 52 domingos, deja 296 días laborables para un promedio de 24.66 días laborables por mes. Por lo tanto, la exigencia es de por lo menos $13.5 \times 24.66 = 332.91$ horas mensuales.

"Al multiplicar esta cantidad de horas por las tarifas de 2008 y 2009 y la cantidad de montacargas retirados se obtiene la cantidad de dinero no facturado por concepto de montacargas retirados....".

En relación con este tema, el señor Oscar Eduardo Mateus Duarte, representante legal de BAVARIA S.A., al absolver la pregunta de la convocante, sobre si en el pliego de la invitación a cotizar GA 016/2003 se indicó que el componente variable para estimar el valor del contrato sería calculado sobre la utilización de los montacargas por 351 horas al mes, respondió:

"A su pregunta, no es cierto y le aclaro. En el numeral 24.2 de especificaciones técnicas del documento que usted menciona o al que usted se refiere dice: "los montacargas están destinados a prestar funciones tales como cargue y descargue de vehículos, recibo y alimentación de producción de oficios propios de la operación de Bavaria S.A., el estándar promedio de operación por montacargas se ha calculado para 13.5 horas/días." Cuando se dice el estándar promedio es lo mínimo que uno podría esperar que pudieran estar en utilización dichos montacargas, se establece más o menos que nuestra operación tiene en un mes promedio, que son 30 días, 26 días de operación porque no laboramos los domingos, lo que nos daría algo así como 351 horas si hace los cálculos matemáticos, pero es muy diferente a lo que usted está diciendo"

Sobre este particular, el señor Peter Levinson Muñoz, quien laboró en FERROEQUIPOS entre octubre de 2000 y mayo de 2009 y quien en su testimonio afirmó haber preparado, junto con el Ingeniero Fernando Pinilla, la propuesta presentada por FERROEQUIPOS a BAVARIA, en su testimonio, manifestó:

"Las 13.5 horas diarias de trabajo que daban un promedio de 351 horas mensuales de trabajo fue el aproximado o el dato que suministró BAVARIA S.A. para poder realizar la propuesta."

Además, este testigo, al dar respuesta a la pregunta sobre bajo qué circunstancia se causaba el canon variable, expresó:

" El costo variable era un valor que teníamos nosotros determinado por las horas que trabajaban los equipos."

De acuerdo con lo anterior, el Tribunal no encuentra demostrado que BAVARIA, en su invitación a Cotizar ni en el Contrato se hubiere comprometido a que los montacargas serían operados 351 horas mensuales, ni que el pago mínimo por concepto de canon variable sería el equivalente a dicho número de horas. Para el Tribunal, las pruebas practicadas en el proceso demuestran que las 351 horas fue un número estimado de horas mensuales durante las cuales estarían en operación los montacargas, cuyo total en la ejecución del contrato podría ser superior o inferior, dependiendo el estado de los equipos, circunstancia esta directamente ligada al cumplimiento de las obligaciones de mantenimiento preventivo y correctivo por parte de FERROEQUIPOS, y de dicha utilización se derivaba el pago del canon variable.

Ahora bien, el hecho de que el alcance de lo indicado por BAVARIA en su Invitación a Cotizar no sea el de garantizar un pago de un número mínimo de horas trabajadas, no significa que el cálculo del estándar promedio de operación indicado por BAVARIA en su Invitación a Cotizar no comporte consecuencia alguna frente al contrato, más aun cuando las partes pactaron que el mencionado documento formaría parte del mismo. En efecto, considera el Tribunal que con base en la información contenida en la invitación, los oferentes podrían calcular la remuneración que obtendrían de llegar a celebrarse el contrato, máxime que según la misma invitación los proponentes debían indicar cuál sería el precio del contrato, que, según la misma invitación, cubriría los trabajos a contratar y todos los costos, gastos generales, gastos imprevistos, trabajos en talleres de terceros, garantías etc. Luego, al celebrarse el contrato pactando un canon variable por hora trabajada por cada montacarga, y siendo claro contractualmente que BAVARIA solamente podría retirar 5 montacargas de la operación, es apenas lógico concluir que BAVARIA en la ejecución del contrato no podría sustraerse arbitrariamente de su propio estimativo ni de pagar el consecuente canon variable, siempre y cuando que los equipos estuvieran en condiciones de ser usados para su operación. Sin embargo, dicha conclusión no conduce a afirmar que BAVARIA estaba obligada a pagar como canon variable el equivalente a 13.5 horas diarias ni a 351 horas mensuales por cada montacarga, no solamente porque se trató de un estimado, sino por cuanto el canon variable está referido expresamente a la hora efectiva de trabajo de los montacargas y forzoso es concluir que en aquellos períodos en que las mismas se encontraban en mantenimiento preventivo o correctivo no podrían ser operadas, así como tampoco podrían ser usadas aquellas que no se encontraban en condiciones adecuadas para su uso.

Corroborar lo anterior el dictamen pericial de la doctora Gómez, en el cual se evidencia³⁵ que durante todo el término de ejecución del contrato las sumas pagadas por concepto de canon variable difieren mes a mes, y en ninguno de ellos se paga el equivalente a 351 horas mensuales.

Ahora bien, el Tribunal debe tomar en cuenta que en la pretensión objeto de estudio se solicita expresamente que se declare la existencia de la obligación a cargo de BAVARIA de pagar 351 horas mensuales por cada máquina, habida cuenta de que dicha empresa, según afirma el convocante, impidió la elaboración de las actas con base en la lectura de los horómetros.

Sobre este particular, el Tribunal encuentra que no se demostró en el proceso que BAVARIA hubiere impedido la lectura de los horómetros para el cálculo de horas de trabajo de los montacargas; no existe prueba documental ni testimonial alguna que demuestre que FERROEQUIPOS hubiere informado o reclamado a BAVARIA sobre la imposibilidad de leer los horómetros o de levantar las respectivas actas; por el contrario, en la misma demanda y en otras pruebas que más adelante se analizan, se controvierte dicha afirmación, al expresar en el hecho 11 de la misma que se recibieron sumas de dinero por concepto del canon variable entre los meses de abril de 2008 y junio de 2009, pretendiendo obtener el reconocimiento de la diferencia con la suma que arroja 351 horas de trabajo de los montacargas. Cabe preguntarse, si no le fue posible levantar actas cómo calculó el número de horas trabajadas, cobradas y pagadas durante el período señalado, cuando para el pago de dichas horas era necesario adjuntar la relación de horas de trabajo de cada montacarga?

Así mismo, en el dictamen pericial de la doctora Gómez se evidencia que la Convocante recibió sumas de dinero por concepto de canon variable hasta junio de 2009 (cuadros 1 y 2, página 7 del dictamen, folio 287 del cuaderno de pruebas No. 4.)

Igualmente, el dictamen pericial (página 49, folio 329 del cuaderno de pruebas No. 4), expresamente señala:

*"Los soportes que uso Ferroequipos para facturar a Bavaria fueron los **controles de las horas trabajadas**, las facturas y las notas crédito cuando aplicaban."*
(Resaltado fuera de texto)

³⁵ Folio 313 del C. de Pruebas No. 4.

Adicionalmente, el señor Peter Levinson Muñoz, quien informó haber trabajado en FERROEQUIPOS desde octubre de 2000 hasta mayo de 2009, a la pregunta sobre "(...) de dónde salían esas horas trabajadas para la facturación, dónde aparecían, cómo le llegaba a Bavaria la formulación de cuántas eran las obras mensuales trabajadas?" respondió: "En cada planta teníamos unos equipos que estaban numerados y al inicio de cada mes se tomaba el horómetro inicial, al final se tomaba, valga la redundancia, el horómetro final, se hacía la resta y con eso se determinaba cuántas horas habían trabajado los equipos."

En consecuencia, el Tribunal concluye que se demostró en el proceso que si hubo lectura de horómetros y que dichos controles de horas trabajadas soportaron las respectivas facturas.

Si bien es cierto que se probó en el proceso que FERROEQUIPOS soportó sus facturas en la relación de horas efectivamente trabajadas, principalmente con el dictamen pericial, el Tribunal considera necesario ampliar el análisis sobre el tema, habida consideración de que la convocante también afirmó que la imposibilidad de la elaboración de actas de lectura de los horómetros, obedeció al incumplimiento del contrato por parte de BAVARIA, en razón del retiro de montacargas de la operación, en forma unilateral, comenzando con el retiro de 10 de ellos en el mes de marzo de 2008 y así paulatinamente hasta retirar de la operación la totalidad de los equipos.

Sobre este particular, el Tribunal encuentra que no se demostró en el proceso que BAVARIA, en forma unilateral, hubiere retirado de la operación 10 montacargas en el mes de marzo de 2008 y que paulatinamente hubiere continuado retirándolos, incumpliendo con ello el contrato.

Es de anotar que, en el dictamen de la doctora Gómez (página 51, folio 331 del cuaderno de pruebas No. 4), a la pregunta 11 de la convocada en la que se solicita "*Determinar si el cese de los pagos de los cánones causados tiene alguna relación con las circunstancias de que los montacargas hubiesen dejado de operar; en tal caso, identificará las causas por las cuales tales equipos dejaron de prestar sus servicios*", respondió:

"(...) se observa que las horas trabajadas empiezan a disminuir a partir de enero de 2009, hasta llegar a cero en los meses de julio y agosto de este año".

Así mismo, se observa en el Dictamen pericial de la doctora Gómez, pg. 11, cuadro No. 6 que las horas de trabajo de los montacargas en el mes de marzo de 2008 son superiores a las laboradas durante el mes inmediatamente anterior.

Deberá entonces, analizar el Tribunal las razones por las cuales se disminuyeron las horas de trabajo de los montacargas y el consecuente número de horas facturadas y pagadas por concepto de canon variable, para establecer si dicha disminución en efecto obedeció al retiro injustificado de montacargas por parte de BAVARIA como lo afirma la convocante.

A la luz de lo estipulado en la cláusula quinta del contrato, la obligación de efectuar el mantenimiento periódico preventivo y correctivo estaba a cargo de FERROEQUIPOS, y como lo indica la misma cláusula, dicho mantenimiento debía efectuarse en forma tal que permitiera a BAVARIA darles un uso adecuado a los montacargas.

El Tribunal encuentra que dentro del acervo probatorio no se demostró que la disminución del canon variable hasta llegar a cero haya obedecido al incumplimiento del contrato por parte de BAVARIA, por el contrario, se ha evidenciado que los montacargas no laboraron por la falta de realización de mantenimiento preventivo y correctivo a los equipos por parte de FERROEQUIPOS, lo cual venía evidenciándose desde antes del 2008, situación que acarreó que en el mes de junio de 2009 que los montacargas no estuvieran en condiciones de ser usados, aunándose al hecho de que FERROEQUIPOS ya no tenía trabajadores de mantenimiento en las instalaciones de BAVARIA.

En efecto, entre las pruebas practicadas se encuentran las siguientes:

- Testimonio del señor HUGO PELÁEZ ARIAS, empleado directo de Bavaria desde hace 40 años, quien desde el 2007, trabaja en la cervecería de Tocancipá, encargado de tiempos y movimientos de la operación de cargue, según informó el testigo, quien al ser preguntado sobre las razones por las cuales fue llamado a declarar, manifestó:

"(...) Cuando llegué ya a Tocancipá en el 2008 ya empezaba a notarse cierto trauma en la operación por la no disponibilidad inmediata de montacargas (...) había un requerimiento muy permanente hacia el contratista por deficiencia en el servicio en cuanto a cantidad y calidad, el problema en un principio era

soportable, pero cada vez tuvo una curva de impacto mayor, al punto tal que ya 2008 fue muy traumático en la medida que avanzaba o finalizaba 2008.

"La situación estaba llegando a unos extremos de estrés que ya estaba originando mucho conflicto con el mismo operador o suministrados de los montacargas porque había de manifiesto un poco disponibilidad de equipos por cuanto no tenía los 21 ni los 2 de stand by, sino que muy frecuente tenía 15, 16, 4 o 5 en un momento tuvimos hasta 6, 7 equipos parados, eso fue como el desenlace de la operación, correo va, correo viene, muchas reuniones permanentes, diarias, con información de cómo estaba la operación, qué se necesitaba, qué trauma había en la operación, qué impacto teníamos, siempre ellos prometían, digamos que estaban presentes en el desenvolvimiento de los hechos.

"Ahí ellos tenían mecánicos permanentes, un ingeniero de planta permanente en las instalaciones que nosotros les suministramos y la promesa era que sí, ya le arreglamos y efectivamente la arreglaban, pero duraba muy poco, mientras arreglaban esa se dañaba otra, el problema era que no teníamos a lo último ni equipos de stand by ni los requeridos para la operación, en lo que me tocó eso es lo que les cuento traumático en todo momento de año y medio que estuve ahí viendo ese desarrollo hasta que ellos ya definitivamente por las circunstancias de los equipos y por no cumplir con la operación, por nuestros requerimientos y por nuestros cuestionamiento también hubo un momento donde ya la operación colapsa y se suspende la operación con ellos."

Al ser preguntado el testigo sobre quien suspende la operación, respondió:

"Automáticamente los equipos dejan de funcionar entonces se suspende la operación por parte de ellos porque hubo un momento donde ya no volvieron a mandar operarios, mecánicos, ya no ingresaron, no sé las circunstancias de por qué no ingresaron, pero ya no hubo asistencia mecánica, el parque era un porcentaje muy alto de equipos fuera de servicio, la operación con ellos había un momento donde no era posible continuar."

- TESTIMONIO DEL SEÑOR ANDRÉS ROBERTO SÁNCHEZ CASTRO, quien manifestó ser empleado de BAVARIA desde el 2004 y en relación con la operación del contrato más o menos en agosto-septiembre/07, según informó el testigo, al ser preguntado sobre las fallas que se presentaron en el contrato y a causa de quien, respondió:

"(...) las fallas que ya se estaban presentando en el 2007 era que los equipos estaban inoperativos, no habían repuestos en los centros de distribución para repararlos, no había suministro, ni siquiera de aceites o cosas que son demasiado básicas para operar y finalmente la cantidad de máquinas requeridas para

soportar las operaciones no se estaban dando porque siempre había un número menor de máquinas para soportar la operación."

- TESTIMONIO DEL SEÑOR HENRY JAVIER ARENAS BELTRÁN, quien informó ser empleado de BAVARIA, encargado del contrato de 2004 al 2007, cuyas principales preguntas y respuestas se transcriben a continuación:

"DR. BEJARANO: ¿Qué recuerda en ese período acerca de cómo se cumplían o no se cumplían las obligaciones por parte de Ferroequipos?"

"Sr. ARENAS "Nosotros comenzamos a tener desde el inicio, desde que llegaron los equipos, unas debilidades de mantenimiento y les voy a leer un poco, Ferroequipos colocaba los equipos, las máquinas, pero las máquinas necesitan un sistema que nosotros llamamos aditamento, qué es el aditamento para nosotros, son las uñas con las cuales yo agarro los pales y unas tapas esterilizadoras para sostener los pales, entonces ese aditamento no viene con el equipo, Ferroequipos lo contrató, lo pagó a una empresa en Estados Unidos y lo puso como parte completa del equipo.

"Esos aditamentos necesitan una manguera porque trabajan por sistemas hidráulicos, esas mangueras comenzaron a reventarse, esos fueron los primeros síntomas que comenzamos a sufrir recién comenzamos la operación con Ferroequipos, las mangueras eran nacionales, comenzaron a reventarse, no teníamos el stop en inventario, tocaba ir y sacarlas para poderlas re vulcanizar y volverlas a meter, así fue sucesivamente llevando la operación, la operación yo la asemejo como a un carro, uno lo va a andando y necesita un mantenimiento, uno tiene que cambiarle aceite, el liquido, los fluidos, a uno le dicen que a los 10 kilómetros, a los 87 mil.

"Así se pasó el cronograma de Ferroequipos, cómo iba a ser programa de mantenimiento, más sin embrago ese cronograma de mantenimiento no se cumplió a cabalidad porque faltaban repuestos o faltaban lubricantes en ese momento, entonces se fueron sacando equipos, en su operación se podían varar, se paraban por algo, al principio tenían unos mecánicos, los mecánicos estaban en dos turnos, después ya no estaba el mecánico, después ya no iban el domingo y así sucesivamente se fue generando, pero desde el principio con el tema de los aditamentos se colocaron observaciones de falta del mantenimiento, de la complejidad que teníamos que tener con eso y falta de responder por ese mantenimiento.

"DR. BEJARANO: ¿En qué se traducía ese deficiente mantenimiento, se paraban las máquinas o qué, cuál era la consecuencia de eso?"

"Sr. ARENAS "Las máquinas se reparaban, dependiendo del daño, habían daños que eran muy leves, como habían daños que eran graves, por decir algo, un arranque, que se dañó el arranque del montacarga, el arranque lo sacan, lo

llevan y al cabo de 8 horas puede estar reparado, embobinado y lo que haya pasado, pero por ejemplo, una bomba, la bomba la traían importada, podía durar 15, 20 días el montacarga sin operar, salía otro montacarga de operación por otra bomba, entonces qué hacían, si estaba buena la bomba se la sacaban y se la ponían al otro para ponerlo a funcionar y a este lo iban desmantelando y así fue el proceso que llevó Ferroequipos en su operación de mantenimiento."

(...)

"Quiere decir que los stand by, como su mismo nombre, la figura lo dice, deben ser equipos que no deben ser de mucha operatividad, pero como muchas veces se varaban 2, 3, 4 equipos, entonces estos pasaban a su operación, comenzaban el desgaste de estos también, habían ocasiones en las cuales no teníamos ni siquiera equipos de la operación y tampoco teníamos los equipos de stand by, en el taller aparecían, 2, 4, 5 6 equipos parados y habían reportes de correos donde nos mandan a nosotros diciendo: mire tenemos esta situación.

"Por decir algo, Valledupar 3 equipos, de 3 equipos 2 por fuera de operación, eso es una operación inservible, en una operación de reparto nuestra que arranca a las 4 de la mañana que a las 6 tiene que estar ya disponibles los carros cargados para poder salir al reparto, volver otra vez a la planta 8 carros, un montacarga, no da, colapsaba la operación, siempre se vio esa situación de colapso en nuestra operación y de impacto también en el servicio.

"DR. BEJARANO: De acuerdo con su conocimiento dígame al Tribunal qué recuerda usted de cómo cumplía o no se cumplía esa obligación por parte de Ferroequipos?"

"SR. ARENAS: En ocasiones se cumplía porque tenían algunos repuestos, pero en las otras cosas tampoco se cumplía, nosotros llamábamos y le decíamos: Fernando; Fernando Pinilla es el gerente de Ferroequipos, se reunía conmigo, mire Fernando esta es la situación en que está Tocancipa, hoy amanecemos con menos 3, 4 máquinas por fuera, sí, estamos trabajando para eso, estamos consiguiendo los repuesto, nos mandaba inclusive relaciones, esto llega pasado mañana, esto llega mañana, estamos haciendo esto, pero la operación seguía crítica, tanto así que el resultado es que al final del 2008 ya no estaba ahí directo en eso, la operación colapsa y ya no da mayor resultado.

"DR. BEJARANO: ¿En el sitio había suficientes repuestos, allá en los talleres, en las plantas de Bavaria, en el sitio destinado para que ellos tuvieran los montacargas, habían suficientes repuestos para las máquinas?"

"SR. ARENAS: No habían suficientes repuestos, por decir algo, llantas, las llantas se rompían, se sacaban, había que esperar que trajeran un lote de afuera de llantas para poder tener, permanecían los equipos ahí parados 15 días mientras llegaban las llantas, los aceites, no habían aceites, no habían lubricantes, no

había filtro, no estaba el stop que supuestamente debe estar mínimo para mantener una operación, (...).

"DR. MOSQUERA: ¿Ustedes dejaban constancias escritas o de alguna forma de esas irregularidades que estaba usted manifestando?"

"SR. ARENAS: Si, nosotros mandábamos correos, tenemos infinidad de correos, tenemos inclusive un compendio de fotos de cómo era la situación de los montacargas, nosotros somos una empresa que producimos alimentos, nosotros estamos calificando en el rango de alimentos, nuestra autenticidad de conservación ambiental es complicadísima, los regueros de aceite, de lubricantes por el piso de los centros de distribución para nosotros es un impacto negativo, en cuatro ocasiones se incendiaron equipos dentro del mismo centro de distribución, en Tocancipá se incendió un equipo en la estación del servicio, en donde queda el dispensador de combustible."

"DR. YEPÉS: ¿De qué equipo habla ahí, de un montacarga?"

"SR. ARENAS: De montacargas, sí, de montacargas, sufrían cortos circuitos y se incendiaban, por ejemplo, el techo cargando había una fuga en el tanque cuando uno inyectaba gasolina había fuga y estaba el motor caliente y se prendió, en el centro de distribución, si no estoy mal, en Valledupar en pleno centro de distribución se incendió un equipo y hay fotos con el apagado, con el agravante que es que nuestro material, nuestra caja es plástica, imagínese un conato de incendio en un área que es muy fértil para una conflagración mayor, el calor por reacción en cadena cuando uno siente el calor, cuando se viene caliente la caja plástica y puede ser muy fácil que se prenda, eso es muy complicado."

"DR. BEJARANO: ¿Cuál era la consecuencia o el malestar para Bavaria que estuviesen tan mal presentados y mal tenidos esos sitios?"

"SR. ARENAS: Es sustancialmente fuerte porque nuestra operatividad es constante, nuestra planta trabaja 24 horas, 360 días al año, nuestra operación es robusta, como les decía, los que hicieron el análisis de la licitación calculan, dicen: nosotros vamos a hacer cierto tipo de movimientos con un cierto tipo de distancia, con unos tiempos de carga y con unos tiempos de máquina para entregar al depósito; entonces uno calcula y dice: para la operación necesitamos 10 equipos; eso le da el cálculo, no puede uno sobredimensionarse porque entonces va a tener equipos sobrando ahí parados pagando sin necesidad."

"Si uno calcula 23 equipos, por ejemplo, para Tocancipa, una operación robusta, dos de stand by o tres, si no estoy mal y salen 5 equipos de operación, quiere decir que está trabajando con 18 y si los 2 de stand by no están, entonces proporcionemos cuánto puede estar afectando la operación nuestra, si tengo que meterla cien por ciento con 21 equipos, si saco 5, ya mi productividad se fue sin el 25% y tengo varios frentes de trabajo, tengo que recibir la líneas productivas para llevarlas a almacenamiento, tengo que recibir el embase que llega de afuera"

para llevarlo a almacenamiento, tengo que sacar del depósito para llevarlo a los carros de reparto, entonces imagínese los frentes.

"Tengo que atender el almacén como en Barranquilla que es una parte externa, tengo que hacer otro equipo para hacer las mezclas, cada quien tiene su frente de trabajo, si saco 5 equipos, tengo que duplicarlo, no puedo, tengo que atender operaciones acá o parar operaciones para decir, démosle prioridad al cargue y la otra operación parada, quiere decir que en el tiempo se va corriendo y eso lleva pérdidas, productivamente eso es pérdidas, es como cuando uno trabaja, yo trabajo 8 horas y tengo que tratar de producir en 8 horas, pero tengo que tratar de producir en 12, 24 porque no soy efectivo en el tema."

- TESTIMONIO DEL SEÑOR PETER LEVISON MUÑOZ BARRIOS, ingeniero vinculado con Ferroequipos desde octubre de 2000 hasta mayo de 2009, al dar respuesta sobre los tiempos de atención de requerimientos sobre los repuestos, respondió:

"Es relativo, pues sería a la menor brevedad posible dado que había algunos repuestos que se tenían que importar y pues ellos sí necesitaban más o menos 12 a 15 días cuando no los teníamos, algunos cuando no teníamos de pronto, no sé, llantas y si teníamos que importarlas serían 6 meses, de 4 a 6 meses más o menos pero si era urgente se hacía la compra aquí en Colombia, en tal caso la respuesta era un día, uno o dos días máximo."

Y, al ser preguntado sobre si el mantenimiento incluía los repuestos y de cargo de quién era el valor de los repuestos, respondió:

"Claro, sí señor, el valor estaba a costo de Ferroequipos, dentro de la propuesta estaba incluido y dentro de mis labores estaba procurar que los repuesto e insumos llegaran a la mayor brevedad de tiempo posible en las plantas y/o antes de que se adquirieran. Con los mantenimientos preventivos no había problema porque sabíamos más o menos cuándo se necesitaba de tal forma que podían llegar antes, el problema eran los mantenimientos correctivos que esos mantenimientos correctivos generalmente se producían o generaban por una mala operación, entonces lo que incluía era que el equipo se estrellaba entonces incurriamos en reparaciones, básicamente lo que tocaba hacer en ese momento."

"Entonces ahí en las reparaciones digamos que la respuesta no era tan ágil, no lo teníamos tan rápido, no estaba el repuesto ahí para cambiarlo porque muchas veces lo que tocaba hacer era cambiar el repuesto por uno nuevo, me explico, una llanta estallada, un aditamento golpeado, que ya no cerraba bien entonces tocaba dejarlo para llevarlo a soldadura y repararlo."

- TESTIGO ENRIQUE GONZALEZ TECNICO MECANICO DE FERROEQUIPOS, quien informó haber sido contratado por FERROEQUIPOS para atender el CONTRATO BAVARIA del 24 de septiembre de 2004 hasta mayo de 2009.

"Dr. BEJARANO: ¿Cuándo usted llega a Bavaria y no lo dejan entrar, dígame al Tribunal si sabe si para ese momento las maquinas estaban funcionando o si estaban paralizadas o arrumadas" responde:

"Sr. González: Las maquinas estaban arrumadas"

"Dr. BEJARANO : ¿Desde cuanto tiempo estaban arrumadas?"

"Sr. González: Eso duraron, en total, en total duraron por ahí un mes y medio, dos meses, pero antes trabajaban dos maquinas las volvían y las dejaban allá, no era continuo el trabajo tampoco para las máquinas."

- DICTAMEN PERICIAL del ingeniero Jaime Enrique Varela.

En las aclaraciones al dictamen, se señala:

"No existe evidencia escrita que indique " se atendió de manera defectuosa tal mantenimiento y se omitió reemplazar en forma oportuna los repuestos necesarios para los mismos". La evidencia es indirecta por la situación de los equipos en el 2008 y 2009, pero la interventoría o sus delegados no dejaron evidencia escrita al respecto (...).

"En septiembre de 2008 se solicitó un concepto a la empresa UNIMAC, especialista en venta y reparación de montacargas que se anexa, donde se hace un diagnóstico de la situación mecánica de los equipos y se cotiza su reparación y puesta en punto."

En la citada comunicación de UNIMAC de fecha 29 de septiembre de 2008, se indica:

"(...) Se percibe que el mantenimiento que les han practicado no ha sido el adecuado para el trabajo a que están expuestas estos equipos (...).

"Vemos que por el estado de los equipos hay que hacerles unas intervenciones muy complejas y completas, lo que conlleva a una inversiones muy altas, que a nuestro juicio no son económicamente viables (...)."

- CORREOS ELECTRÓNICOS.

- Correo electrónico de Ricardo Villamil a Fernando Pinilla, de fecha 26 de noviembre de 2008, ASUNTO: Máquina Yale No. 71-57³⁶, en el cual se lee:

"...Usted entregó la máquina número 71 (Repotenciada), esta semana y tan solo lleva 30 horas de operación y ya se presentó un incidente bastante grave (perdió una de sus llantas en plena operación, " se descachó")....."

- Correo electrónico de Ciro Ancízar Sánchez Bejarano a Fernando Pinilla, de fecha 3 de abril de 2009, ASUNTO: Multas y Fotos montacargas³⁷, en el cual se expresa:

"(...) Adjunto informe muy completo de la situación de montacargas de Santa Marta, el cual muestra el deterioro progresivo de los equipos y la falta de mantenimiento. Adjunto también el cuadro de multas pendientes por cancelar.

"En diciembre nos tocó contratar máquinas de apoyo, las cuales retiramos, ya que usted argumentó que no estábamos utilizando las máquinas de Ferroequipos y que si se sostenía la facturación usted daría el servicio adecuado. Pues bien, el servicio y disponibilidad de los equipos sigue en detrimento y ya llegamos a la etapa crítica de parar la operación ya que ahora tenemos dos máquinas funcionando a medias, 1 varada desde hace días en el taller y una de stand by deshuesada en el taller (...)"

- Correo electrónico de Germán Niño Ortega a mcortes@leasingbolivar de fecha 12 de junio de 2008, Asunto: "CONTRATO ARRENDAMIENTO MONTACARGAS BAVARIA FERROEQUIPOS"³⁸, en el cual se expresa:

"De acuerdo con nuestra conversación del día de hoy, junio 12 de 2008, adjunto le envío archivos que evidencian el mal estado en que se encuentran los montacargas (FLT) arrendados por Ferroequipos Yale a Bavaria S.A.

"La situación no solo genera problemas en nuestra operación, sino que ya está causando incendios (...).

"El 14 de mayo de 2008, a las 8.40 p.m el montacargas No. 45 se incendió mientras se encontraba aprovisionándose de gasolina en la estación de servicios ubicada al interior (...) en Tocancipá (...). La estación de servicio se incendió totalmente (...) las llamas las cuales alcanzaron el canopy de la estación y quemaron por completo los surtidores de gasolina.

³⁶ Folio 85 del C. de Pruebas No. 1.

³⁷ Folio 86 del C. de Pruebas No. 1.

³⁸ Folio 114 del C. de Pruebas No. 4.

"Dado que Ferroequipos no ha solucionado los problemas de mal funcionamiento, pese a nuestros constantes requerimientos, le solicito que nos reunamos, en el menor tiempo posible, todas las partes a quienes interesa este asunto, es decir, ustedes, nosotros, Ferroequipos Yale y Leasing Bancoldex, para tratar de encontrar una solución real e inmediata a este asunto."

- De William Alfonso Santamaría Pinzón a Adriana García Restrepo, 8 de noviembre de 2011, Asunto: CD Barranquilla sin equipos FERROEQUIPOS YALE³⁹, en el cual se lee:

*"(...) Adjunto evidencias de lo que se presentó en Barranquilla sobre el caso Ferroequipos, (...) * Falta de pago de Parafiscales de sus funcionarios (...) * Repuestos que le hacían falta para reparar los equipos (...) * Problemas de dinero para arreglos y salida de montacargas en mal estado (...).*

- De Álvaro E. Álvarez García a Fernando Pinilla. Junio 26- 2009 Asunto: CD Barranquilla sin equipos FERROEQUIPOS YALE⁴⁰, en el cual se lee:

"Fernando el día de ayer se paró la última montacargas que teníamos en operación en el CD Barranquilla.

"De esta forma el OL en Barranquilla se quedo sin equipos por parte de Ferroequipos Yale."

- De Alvaro E. Álvarez García a William Alfonso Santamaría Pinzón, Ismael Martínez Gutiérrez, de fecha 17 de junio de 2009, Asunto: Pago Parafiscales sin pagar aún⁴¹, en el cual se lee:

"William, he estado consultando con Bogotá sobre los pagos de parafiscales y no me han dado respuesta positiva (...). Si no les van a pagar que desvinculen al personal para que estos realicen sus aportes en forma individual (...) me respondieron que van a hacer la desvinculación del personal (...)."

- De Andrés Roberto Sánchez Castro a Fernando Pinilla, 17 de junio 2009 Asunto: Traslado de Montacargas de Tocancipá a sus instalaciones⁴², en el cual se lee:

"(...) Le reitero por este medio la necesidad de trasladar todos los montacargas que se encuentran en Tocancipá para sus instalaciones (...).

³⁹ Folio 122 del C. de Pruebas No. 25.

⁴⁰ Folios 122 y 123 del C. de Pruebas No. 25.

⁴¹ Folio 124 del C. de Pruebas No. 25.

⁴² Folio 125 del C. de Pruebas No. 25.

"Esa medida es conveniente para ustedes porque les permite realizar labor de mantenimiento en sitio e ir entregando cada montacargas a medida que los vayan reparando."

- De Andrés Roberto Sánchez Castro a Marco Antonio Galvis Gómez y Fernando Pinilla, 15 de mayo 2009, Asunto: Ingreso Taller Montacargas equipos FERROEQUIPOS YALE⁴³, en el cual se lee:

"He intentado comunicarme con usted en repetidas oportunidades vía celular (...) le solicito formalmente, haciendo énfasis en la solicitud de Marco Galvis, retirar todos los montacargas que se encuentran en Tocancipá para que puedan repararlos en forma efectiva (...)."

- De Marco Antonio Galvis Gómez a Fernando Pinilla, 15 de mayo 2009 Asunto: Ingreso Taller Montacargas equipos FERROEQUIPOS YALE⁴⁴, en el cual se lee:

"(...) Fernando (...) Nuevamente le solicito su intervención para el retiro de los equipos que requieren intervenciones mayores pues están ubicadas en una vía de la planta y generando contaminación con las fugas de aceite que presentan."

- De Marco Antonio Galvis Gómez a FERROEQUIPOS y Fernando Pinilla de mayo 4 de 2009 Asunto: Ingreso Taller Montacargas equipos FERROEQUIPOS YALE⁴⁵, en el cual se lee:

"Peter no tengo inconveniente alguno en autorizar el ingreso de la persona que usted menciona pero en realidad no veo objeto de tal ingreso si la totalidad de las maquinas llevan muchos días paradas y a la intemperie por falta de mecánico. Adicionalmente revisando el estado de las mismas consideramos que para que puedan operar en nuestro CD estas deben ser retiradas de la planta para una intervención a fondo que garantice su funcionamiento y el normal desarrollo de nuestra operación (...)."

Adicionalmente, analiza el Tribunal la respuesta a la pregunta 8 del interrogatorio de parte del Representante Legal de la convocante, que a la sazón dice:

"DR. BEJARANO: Pregunta No. 8. Le pongo de presente el documento fechado 9 de enero de 2008 que lleva su antefirma, dirigido a Bavaria (...) Company ingeniero Andrés Roberto Sánchez Castro, en el que se hace la manifestación de tres alternativas para solucionar algunas dificultades. Quiero que le señale al Tribunal si usted reconoce haber enviado este documento."

⁴³ Folio 127 del C. de Pruebas No. 25.

⁴⁴ Folio 127 del C. de Pruebas No. 25.

⁴⁵ Folio 128 del C. de Pruebas No. 25.

"SR. PINILLA: Sí y le explico. Mire señores árbitros, este documento sí, yo lo envié, claro, yo lo envié por qué, y se lo voy a decir de dónde se generó este documento. Yo voy a la Costa Atlántica le digo a Andrés, Andrés Sánchez para que ustedes sepan el que aparece aquí es el interventor en ese momento que estaba del contrato, yo me voy para Barranquilla le digo a Álvaro: Álvaro mire, Álvaro es un empleado mío, le digo Álvaro vamos a hacer una cosa, vamos a empezar a darle oxigenación a la operación yo ya tengo aprobado 10 montacargas.

"Doctores, miren, si yo tuviera problemas financieros en una operación a mí si no me hubieran aprobado 10 montacargas más, entonces yo me voy para la Costa y le digo a Álvaro: Álvaro vamos a hacer esto, esto nos ayudaría un poco para oxigenar, aquí no quiere decir que no hagamos mantenimiento ni nada, quería oxigenar la operación. ¿Qué pasa?, me reúno en ese momento con Andrés y con otros ingenieros que no me acuerdo el nombre que era el gerente de zona y entonces le digo: -Andrés, voy a cambiar de montacargas, ¿le parece bien?; y me dice: -buenísimo, bueno, muy bueno; y entonces me dice: -oiga Fernando, por qué no piensa y cambiamos 50 montacargas; dije: -listo, hagamos eso.

"Entonces qué hacemos, qué hago yo, y por eso esto me lo sé de memoria, yo me voy a la leasing, ni siquiera hablo con los empleados, me reúno con cada presidente de las leasing, les digo: mire, vamos a hacer cada cosa con Bavaria, me parece que en este momento queremos hacer, hay que hacer una proyección de traer otros montacargas para darle oxigenación a la operación; ¿qué hago yo?, me reúno con ellos, les planteo, les hago, yo mismo les proyecto cómo cambiar los 50 montacargas, cito una reunión.

"Póngale cuidado señores árbitros, cito una reunión yo después de haber hecho esto, que se cita en la leasing Bolívar, yo en alguna parte en un escrito del doctor Ramiro dicen que ellos hacen el llamado, que mentira más grande, es una citación que yo hice para aclarar eso donde fueron sus abogados, yo nunca iba con nadie, ellos iban siempre en patota, yo hago la reunión y expongo así como estamos acá, les digo: señores vengo a exponer la posibilidad de poner unas máquinas y darle oxigenación a esto y para eso planteo algo; lo planteé en esa reunión.

"Después me dijeron: no, listo, no pasó nada; pero es una reunión que yo hice y yo sí hice esa reunión y no que fue que Bavaria me citó a mí, imagínese la mentira más grande, como siempre quieren hacer ver las cosas, Bavaria citó, es una mentira muy grande."

En el escrito del 9 de enero a que alude la pregunta de la convocada, se establece en forma clara y evidente que los equipos ya estaban presentando problemas de mantenimiento y que por parte de la convocante se ofrecen alternativas de nuevos equipos con el propósito de "oxigenar la operación". Para el Tribunal las afirmaciones contenidas en el documento, dan una clara indicación

de la existencia de problemas serios en el mantenimiento pues el ofrecimiento de nuevos equipos y en una cantidad de 50 es prácticamente el remplazo de la flotilla de los ya destinados por el contrato. Si ello se tratara de una mejora para pasar a unos equipos más modernos porque el arrendatario se encontraba satisfecho con lo que se había hasta esa fecha prestado como servicio y arriendo, no estarían de por medio los correos en que se da cuenta de los problemas de los equipos y, o del mantenimiento. Estos correos y comunicaciones son aquellos que se relacionan en la declaración del testigo Raúl Obando y que obran como prueba trasladada en el presente, provenientes del Tribunal Arbitral integrado por los doctores Dr. Mario Gamboa Morales, Marcela Castro de Cifuentes y Carlos Ignacio Jaramillo. A ellos deben agregarse los correos obrantes en los folios 47 a 93 del cuaderno de pruebas 1, en los que se reclama de la convocada el cumplimiento por el defectuoso mantenimiento.

Además de lo anterior, a folios 41 y 44 del cuaderno de pruebas No. 1 obran comunicaciones de BAVARIA dirigidas a FERROEQUIPOS, de fechas 21 y 25 de agosto de 2009, mediante las cuales rechaza las facturas presentadas por FERROEQUIPOS, aduciendo el incumplimiento de dicha empresa con sus obligaciones previstas en el contrato.

En sus alegatos de conclusión la convocante afirma que el contrato se desarrollaba normalmente hasta el mes de abril de 2008, y que BAVARIA dejó de usar progresivamente los equipos para sustituirlos por equipos marca LINDE, TOYOTA y otros, en razón del cambio logístico de SabMiller, lo que comportó que FERROEQUIPOS dejara de percibir el canon de arrendamiento.

Sobre este particular, en el dictamen pericial de la doctora Gómez (Pg.20), se estableció que de acuerdo con comunicación suscrita por el Dr. Oscar E. Mateus, representante legal de BAVARIA, dicha empresa,

"(...) en el año 2007 con ocasión a los cambios que se venían introduciendo en el esquema de distribución nacional, identificó la necesidad de usar más montacargas."

"Lo anterior no conllevó una correlativa marginación del uso u operación de los montacargas ya arrendados a Ferroequipos Yale, tal y como se evidencia en las hojas Excel denominadas "Contrato 8000-15736 Y "TD Pagos x Receptro" en donde se puede verificar que los períodos en que Ferroequipos Yale percibió mayores ingresos a causa de los contratos 8000-15736 y 8000-15745 es

precisamente en los años 2007 y 2008 y que la puesta en operación de los montacargas adicionales se hizo a partir del mes de febrero de 2007."

En efecto, encuentra el Tribunal que, de acuerdo con el Cuadro 2 contenido en el dictamen de la doctora Gómez (Pg. 7), los años de mayor facturación por concepto de canon variable fueron 2007 y 2008.

Analizado y valorado el acervo probatorio al que se ha hecho mención en el presente acápite, el Tribunal encuentra que hay suficiente evidencia de que la disminución de los ingresos de FERROEQUIPOS correspondientes al canon variable obedeció a que no cumplió con la obligación contractual de efectuar el mantenimiento preventivo y correctivo a los montacargas, lo que conllevó a que dichos equipos no pudieran ser operados por BAVARIA, y como consecuencia de ello la facturación del canon variable disminuyó hasta llegar a cero a partir del mes de julio de 2009; no existe duda de que la obligación de efectuar el mantenimiento preventivo y correctivo a los equipos estaba a cargo de FERROEQUIPOS, y que el cumplimiento de estas obligaciones estaba estrechamente ligado con la suma a percibir por concepto de canon variable.

En consecuencia, no puede concluirse que la ausencia de actas de lectura de horómetros haya obedecido a la imposibilidad de dar lectura a los mismos por el retiro unilateral de montacargas por parte de BAVARIA, como lo ha afirmado la convocante.

De conformidad con lo expuesto, el Tribunal concluye que no existe obligación a cargo de BAVARIA por el ingreso no percibido por FERROEQUIPOS, referente al canon variable de arrendamiento por el uso de los montacargas, por cuanto ha quedado demostrado que BAVARIA no impidió la lectura de los horómetros, así como también se demostró que la disminución del canon variable no obedeció al retiro unilateral de montacargas de la operación por parte de BAVARIA, sino a que dichos equipos no se encontraban en condiciones para que esta última pudiera darles uso adecuado, por lo cual la pretensión primera de la demanda no prospera.

Las consideraciones anteriores llevan también a declarar la prosperidad de la excepción de contrato no cumplido formulada en la contestación de la demanda.

3.2. La pretensión segunda de la demanda

En cuanto concierne con la **pretensión segunda de la demanda**, en la cual la convocante solicita que en virtud de la declaración de la pretensión primera, se condene a las sumas mensuales correspondientes al componente variable del canon de arrendamiento mensual desde el mes de abril del 2008 a partir de las 351 horas de uso de los montacargas determinados por BAVARIA en la licitación, y hasta la entrega de los montacargas en perfecto estado y funcionamiento, considera el Tribunal que esta pretensión no está llamada a prosperar, por ser consecuencial de la pretensión primera que no prospera.

No obstante lo dicho, la solicitud de condena por concepto del canon variable desde la fecha en que terminó el contrato y hasta el 31 de octubre de 2011, planteada en esta pretensión segunda, carece de fundamento contractual y legal, por cuanto, de una parte, el contrato fuente de la obligación de pago se ha extinguido y, de otra parte, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2003 del Código Civil, el arrendatario está obligado a pagar el canon con posterioridad a la terminación del contrato, cuando éste ha expirado por su culpa.

En efecto, el artículo 2003, dispone:

"Cuando por culpa del arrendatario se pone término al arrendamiento, será el arrendatario obligado a la indemnización de perjuicios, y especialmente al pago de la renta por el tiempo que falte hasta el día en que desahuciando hubiera podido hacer cesar el arriendo, o en que el arriendo hubiera terminado sin desahucio.

"Podrá, con todo, eximirse de este pago proponiendo, bajo su responsabilidad, persona idónea que le sustituya por el tiempo que falte, y prestando, al efecto, fianza u otra seguridad competente."

En el presente caso, el contrato terminó por vencimiento del plazo previsto para su duración y no por culpa del arrendatario.

3.3. Las pretensiones tercera, cuarta y quinta de la demanda

En cuanto se refiere a la **tercera pretensión**, en la cual la convocante solicita que se condene a BAVARIA a pagar a FERROEQUIPOS los cánones subsiguientes al mes de octubre del 2011 y aquellos que se causen hasta la entrega de los

montacargas, igualmente no prospera por ser consecuencial de la primera pretensión que se niega; sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal reitera que habiendo terminado el contrato de arrendamiento desde octubre 24 de 2009, no existe causa contractual ni legal para que se genere la obligación a cargo de BAVARIA de pagar canon de arrendamiento.

Por ser consecuenciales de la segunda y tercera pretensiones, tampoco prosperan las **pretensiones cuarta y quinta** de la demanda, en las que la convocada solicita, respectivamente, que se declare la existencia de la obligación a cargo de BAVARIA de pagar a FERROEQUIPOS los intereses moratorios comerciales a la tasa máxima legal permitida, liquidados sobre las condenas de las pretensiones segunda y tercera y, subsidiariamente, que se declare la existencia de una obligación a cargo de la convocada de pagar a la convocante la suma que resulte de la correspondiente corrección monetaria en razón al incremento del IPC, para cada anualidad causada al mes del respectivo canon variable y hasta que se verifique el pago.

3.4. Las pretensiones sexta, séptima y octava de la demanda

En la pretensión sexta solicita la demanda: "*6. Que en virtud de ello se declare a cargo de la sociedad demandada al pago de los perjuicios por la mora en la entrega del bien arrendado, teniendo dentro de estos el daño emergente y lucro cesante que por la no restitución de la maquinaria hubieren causado.*" (Subraya el Tribunal)

La presentación de la pretensión expuesta bajo el numeral 6 del capítulo VIII de la demanda no ofrece *prima facie* un sentido inequívoco. Oscurece el que brota del texto el encabezamiento de su formulación ("*que en virtud de ello...*") y el enunciado "*se declare a cargo de la sociedad demandada al pago de los perjuicios (...)*". Lo primero porque la pretensión en virtud de la expresión introductoria pareciera vincularse como consecuencial a las formulaciones principales precedentes (pretensiones 1 a 4), y lo segundo porque la solicitud de declarar a cargo de la convocada "*al pago*" genera la confusión de si se trata de una pretensión declarativa o una de condena. En este último caso, tal vez si se lee la petición como la de declarar a cargo del sujeto pasivo "*el pago*", la pretensión podría ser considerada una de condena mal formulada pero con pleno sentido. De este modo, hay que entender que la declaración que se imprecisa es la de una obligación al pago y que simplemente el interrogante apunta a un yerro

sintáctico, y que lo que se solicita es, efectivamente, declarar a la convocada responsable de una obligación de pagar perjuicios en conexión con otra pretensión declarativa que estaría formulada en las solicitudes de los 4 numerales precedentes, desestimando el 5º que contiene una petición subsidiaria carente, por su naturaleza de tal, de la virtualidad de enlazarse con la pretensión que inmediatamente la sigue.

Vista así, se repite, como una solicitud de condena al pago de indemnización de perjuicios, *"en virtud de ello"*, se echa de ver que las pretensiones antecesoras no son susceptibles de vinculación a la pretensión 6ª, dada la autonomía y singularidad que cada una de ellas tiene con respecto al contenido de la solicitud en estudio, pues la enunciada bajo el No. 1 se refiere a la declaración de *"(... = la existencia de la obligación por el ingreso no percibido por FERROEQUIPOS YALE LTDA referente al pago de los cánones de arrendamiento en su componente por el uso de los montacargas (variable) ..."*, al paso que la No. 2, relacionada con la anterior, solicita la condena al pago de dichos cánones y la 3ª se contrae también a deprecar la condena al pago de cánones, esta vez los subsiguientes al mes de octubre de 2011 y los que se causen hasta la entrega de los montacargas. La número 4 es irrelevante para la inteligencia de la pretensión que se estudia porque su objeto es la condena a intereses moratorios por las sumas que se decreten a favor de la convocante y la 5ª, es una subsidiaria suya.

¿Cómo entender entonces la formulación de la petición que se presenta a sí misma como consecencial si lo que pide es una declaración? Y ¿cómo entenderla de condena si esta no guarda relación con las declaraciones y condenas a la que el texto parece vincularla?

El Tribunal no encuentra otra solución plausible que la de relacionar esta pretensión con la 8, aparentemente aislada de conexiones con el contexto deprecatorio, cuyo texto dice:

"Que se declare la mora en la restitución del bien, una vez finalizado el contrato, por la parte demandada según lo estipula el artículo 2007 del Código Civil."

Leídas así, en el orden inverso al de su formulación, la familiaridad que se descubre entre la 6 y la 8 por razón de la materia a que ambas apuntan, permitirían entender que esta última es una pretensión declarativa para constituir en mora al arrendatario y que la 6ª es una de condena, como consecencial, al

pago de los perjuicios por la mora en la restitución de los bienes materia del contrato que origina el litigio. Bajo este esquema interpretativo las estudiará el Tribunal.

La pretensión 8, como de su enunciado salta a la vista, se refiere a la constitución del arrendatario en mora para la restitución de los bienes objeto del contrato. Como ya se expuso en este laudo, el arrendamiento terminó por la llegada del plazo pactado por las partes para su duración. Esta causal opera para extinguir el vínculo obligacional en cuya virtud se obtiene la tenencia de bienes de la parte llamada arrendadora, como lo indica nítidamente el artículo 2.008 del Código Civil en su ordinal 2º. Las partes consignaron ese mismo evento con el efecto extintivo en el contrato que celebraron, al tiempo que precavieron la imposibilidad de que a su propósito operara la reconducción tácita que el mismo Código prevé para el caso de aquellos contratos a cuya terminación las partes mantienen la ejecución de sus prestaciones, pues en este caso dejaron estipulado que tal hipótesis no derogaría la voluntad expresa consignada por ellos en el instrumento contractual en el sentido de que sólo la celebración de un nuevo pacto renovarían el contrato. Dijeron al respecto en la Cláusula Cuarta llamada VIGENCIA DEL CONTRATO:

"Para la prórroga de vigencia del contrato, será necesario la suscripción por las partes de un documento escrito en tal sentido. La realización de actividades por parte del ARRENDADOR al vencimiento del plazo del contrato inicial, o de sus prórrogas escritas, no se entenderá, en ningún caso, como prórroga automática de este contrato, si las partes no han suscrito un nuevo documento extendiendo la vigencia del contrato."

Así pues, el contrato terminó a la llegada del plazo de los 5 años convenidos en la misma cláusula, y la fecha cierta del advenimiento del término la estableció el Tribunal en un aparte anterior del laudo, como desenlace de razonamientos que lo persuaden de que ese evento se produjo el día 24 de octubre de 2009.

Efecto directo de la terminación del contrato es el surgimiento a cargo del arrendatario de la obligación de devolver los bienes recibidos por él en virtud del mismo. Tal es el mandato del artículo 2.005 del Código Civil en su primer inciso:

"El arrendatario es obligado a restituir la cosa al fin del arrendamiento."

Entre sus estipulaciones los contratantes BAVARIA difirieron por quince (15) días el surgimiento de la obligación de restituir, considerando ese lapso como útil a

efectos de verificar el estado de los bienes, tal como lo prevé la cláusula Décima Séptima, RESTITUCION DE LOS MONTACARGAS, cuya literalidad es la siguiente:

"CLAUSULA DECIMA SEPTIMA: RESTITUCION DE LOS MONTACARGAS:
Terminado el contrato por expiración de su vigencia o por mutuo acuerdo entre las partes, LA EMPRESA pondrá a disposición del ARRENDADOR los montacargas en el lugar y en el estado en que fueron entregados, salvo el deterioro causado por su uso normal o natural o por la acción del tiempo, dentro de los quince (15) días siguientes a la terminación del contrato. Este período de tiempo se utilizará exclusivamente para hacerle revisiones a los montacargas y verificar su estado de funcionamiento antes de proceder a su devolución."

Así pues, en la especie litigiosa que contempla este Tribunal, la obligación de restitución a cargo de la Arrendataria surgió el 8 de noviembre de 2009, y a partir de esa fecha debe entenderse que el retraso de BAVARIA en la devolución constituye incumplimiento del contrato con las consecuencias que la ley anexa a esta eventualidad. Distinto de este incumplimiento es la mora en la restitución cuyos efectos están también señalados en la ley. Como es sabido, el incumplimiento de una obligación por retraso en la prestación que es su objeto es un fenómeno jurídicamente distinto del de la mora, disimilitud que no se aprecia en todos los contratos pero sí en el del arrendamiento, respecto del cual el régimen de la mora se enmarca en la tercera de las hipótesis previstas en el artículo 1.608 del Código Civil:

"ART. 1.608: El deudor está en mora:

1º Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora;

2º Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado sin darla o ejecutarla;

3º En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor."

Con respecto al arrendamiento, según la norma transcrita, no opera la regla "*dies interpellant pro homine*" sino la contraria según la cual la mora sólo subsigue a la interpelación específica que el arrendador dirija al arrendatario. Tal es el mandato del artículo 2.007 que cita en su apoyo la entidad convocante de este trámite arbitral:

"Artículo 2.007: Para que el arrendatario sea constituido en mora de restituir la cosa arrendada, será necesario requerimiento del arrendador, aun cuando haya precedido desahucio; y si requerido no la restituye, será condenado al pleno resarcimiento de todos los perjuicios de la mora, y a lo demás que contra él completa como injusto detentador."

La institución jurídica en juego está explicada así por el profesor Gómez Estrada:

"199. Constitución del arrendatario en mora de restituir. Terminado el contrato de arrendamiento por cualquier causa, inmediatamente queda el arrendatario obligado a restituir la cosa arrendada, obligación cuyo cumplimiento puede exigírsele judicialmente por los trámites del proceso de lanzamiento. Pero la terminación del contrato no genera automáticamente la mora del arrendatario. Conforme al art. 1608, es regla general que el deudor está en mora cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado (se aplica el principio *dies interpellant pro homine*); lo excepcional es, como lo reza el mismo artículo, que, debiendo el deudor cumplir la obligación en día cierto, la mera llegada de éste no lo constituye en mora, sino que sea necesario un requerimiento judicial.

"Pues bien, uno de los casos de excepción a que acaba de aludirse, en materia de constitución en mora, ocurre precisamente en relación con la obligación de restituir la cosa arrendada por parte del arrendatario. Para que el arrendatario sea constituido en mora de restituir la cosa, no basta que haya terminado el contrato, sino que es necesariamente el art. 200. Sólo constituido en mora en la forma dicha, viene a hacerse el arrendatario responsable de los perjuicios moratorios; antes de ese momento no es responsable de éstos, ni en general puede considerársele en mora para ningún efecto, aunque de otro lado, como ya se dijo, esté obligado a restituir y pueda imponérsele judicialmente la restitución. Lo dicho sirve para poner de manifiesto cómo son cosas distintas la mora y la exigibilidad de una obligación: siempre que hay mora hay exigibilidad, puede haber exigibilidad sin mora."

Justamente esa constitución en mora con base en la norma citada y para producir los efectos en ella previstos es lo que constituye la materia de esta pretensión declarativa. Ahora bien: ¿cuál es el alcance de la obligación que se pretende incumplida?

La pretensión tan deficientemente formulada como atrás tuvo que poner de presente el Tribunal calla al respecto.

También en este caso es preciso acudir a otros apartes de la demanda para integrar el contenido del pedimento. Lo que el texto de la demanda revela a estos efectos en el capítulo HECHOS es una referencia somera en el numeral 1 donde

se afirma que las partes celebraron un "contrato de arrendamiento de bienes muebles entregando 53 (CINCUENTA Y TRES) montacargas con CINCO (5) de contingencia (...)": en el numeral 3, relativo al precio del arrendamiento, se dice lo siguiente:

"A) 15 montacargas de doble estiba horizontal SINGLE DOUBLE con tapa estabilizadora DE CARGA FASO/gnc, \$9.800.000 POR CADA HORA TRABAJADA. Desde marzo de 2008 no se cobran 5 de estos montacargas de acuerdo a la posibilidad del contrato de retirar hasta 5 de estos montacargas.

"B) 7 montacargas de doble estiba horizontal SINGLE DOUBLE con tapa estabilizadora de carga gaso/GNC \$7.500.000 por cada hora trabajada.

"C) 10 montacargas de estiba sencilla torre alta con estabilizador de carga gaso/GNC y 5 montacargas de estiba sencilla libre torre baja con estabilizador de carga gaso/GNC \$6.900.000 por cada hora trabajada.

"D) 4 montacargas de estiba sencilla torre baja con estabilizador de carga gaso/GLP \$6.900.000 por cada hora trabajada.

"E) 4 montacargas de estiba sencilla torre baja con estabilizador gaso/GNC \$6.900.000 por cada hora trabajada.

"F) 3 montacargas de estiba sencilla torre baja con estabilizador de carga gaso/GLP. \$6.900.000 por cada hora trabajada."

"Lo anterior para un total de 48 montacargas Gaso/GNC como Stand-by. A esto se suman 5 montacargas, es decir contingencia para un total de 53 montacargas.

El numeral 6 afirma: "dado que los montacargas prestan el servicio a BAVARIA los cuales están bajo su dominio y custodia y los mismos no han sido restituidos (...)".

Nuevamente el hecho numerado como 9, a propósito del plazo, hace referencia al inicio de la vigencia del contrato para indicar que esa fecha es un día no precisado de mayo de 2005, "(...) es decir con la entrega de los montacargas a BAVARIA S.A."

De estas informaciones y de la forma indeterminada como se pide la declaración de mora es dable desprender que el convocante abarca con su pretensión los 53 montacargas que dice haber entregado a BAVARIA.

El alcance de la petición fue precisado en los alegatos de conclusión, una de cuyas afirmaciones es la de que el número de montacargas cuya restitución ha demorado BAVARIA no coincide con el número de recibidos, como parece

deducirse de la demanda, sino de 43 que restan después de la devolución anticipada de 10 de ellos. El memorialista precisó los cuerpos ciertos reclamados mediante su identificación a través del señalamiento del modelo del montacargas y de su número serial.

¿De dónde surge esta disimilitud? Para esclarecerla y al mismo tiempo despejar los interrogantes sobre el alcance de la declaración del estado de mora que se solicita, el Tribunal ha tenido que recurrir a las postulaciones de las mismas partes de este proceso en otro que se adelanta, también a instancias de FERROEQUIPOS YALE y también contra BAVARIA, ante Tribunal de Arbitramento constituido por los profesionales ENRIQUE GAVIRIA LIEVANO, quien lo preside, y JAVIER BONIVENTO JIMENEZ y SERGIO MUÑOZ LAVERDE. El objeto de este litigio es la restitución de los equipos vinculados al contrato de arrendamiento No. 8000-15736, el mismo que originó la controversia que este laudo estudia.

En el proceso arbitral a que se alude, la convocante FERROEQUIPOS YALE pone de manifiesto la entrega de 53 montacargas a BAVARIA (hechos 1, 2 y segundo párrafo del 3), informando luego en la primera pretensión (capítulo V del libelo) que ya le fueron restituidos "*10 de los 53 equipos*". Así la demanda de restitución versa sobre cuarenta y tres equipos, cuyas características se describen en la misma pretensión y cuya identificación, uno a uno por modelo y por número de serial, el convocante indica el listado que forma parte del acápite VI, "DERECHO DE RETENCION". Al final del cuadro que singulariza los montacargas materia de la demanda se repite la razón de la exclusión de los otros diez necesarios para completar el número de los que fueron entregados a BAVARIA en razón del arrendamiento: "*los demás montacargas fueron recibidos por mi poderdante FERROEQUIPOS YALE LTDA.*"

De modo que para precisar el objeto de la pretensión de constitución en mora en la litis que nos ocupa, es preciso atender las afirmaciones de las partes en el establecimiento de la litispendencia en el proceso de restitución.

Acerca de los cuarenta y tres montacargas debidamente individualizados que constituyen la pretensión en este último pleito, la convocada contradujo la afirmación indeterminada de FERROEQUIPOS en cuanto al número de montacargas pendientes de reingreso a la tenencia del arrendador. Al respecto dijo:

"Al noveno: No es cierto. Mi mandante ha procedido a entregar tales bienes a LEASING BOLIVAR S.A. y LEASING BANCOLDEX S.A., porque así se lo ordenó los juzgados 36 y 37 civiles del circuito de Bogotá en los procesos de restitución de tenencia promovidos por estas compañías en contra de FIDUCOLDEX S.A. vocera del fideicomiso FIDUCOLDEX – FERROEQUIPOS YALE. En estos procesos la sociedad FERROEQUIPOS YALE LTDA ha intentado ser reconocida como tercero ad excludendum, sin haberlo conseguido. En efecto, a pesar de que el contrato se suscribió en febrero 27 de 2004 el mismo se empezó a ejecutar en diferentes fechas, dado que inicialmente Bavaria tomó en arriendo los montacargas que le enajenó a la convocante. En consecuencia, las fechas de iniciación real del contrato en los diferentes lugares fueron las siguientes:

- a. "En Bogotá 15 montacargas, la ejecución del contrato se inició el 10 de mayo de 2005 y se ejecutó hasta el 23 de agosto de 2009, fecha esta última en la que FERROEQUIPOS los dejó abandonados e inservibles.
- b. "En Valledupar 3 montacargas, la ejecución del contrato se inició el 21 de junio de 2007 y se ejecutó hasta el 21 de mayo de 2009, fecha esta última en la que FERROEQUIPOS los dejó abandonados e inservibles.
- c. "En Cartagena 4 montacargas, la ejecución del contrato se inició el 21 de junio de 2007 y se ejecutó hasta el 21 de junio de 2009, fecha esta última en la que FERROEQUIPOS los dejó abandonados e inservibles.
- d. "En Santa Marta 4 montacargas, la ejecución del contrato se inició el 21 de junio de 2007 y se ejecutó hasta el 21 de junio de 2009, fecha esta última en la que FERROEQUIPOS los dejó abandonados e inservibles.
- e. "En Barranquilla 22 montacargas, la ejecución del contrato se inició el 21 de junio de 2009, no obstante entre el 25 de octubre de 2004 y marzo de 2005, se causaron cánones respecto de los equipos viejos que fueron enajenados por Bavaria a Ferro equipos (sic) y que esta le entregó en arrendamiento."

(...)

"De otro lado, de los 43 montacargas que la convocante dice no haber sido restituidos la verdad es que ello no corresponde a la realidad por lo siguiente:

- a) "Bavaria ha restituido 24 de estos montacargas atendiendo las órdenes judiciales que le fueron comunicadas en los procesos de restitución de tenencia de Leasing Bolívar S.A. y Leasing Bancoldex S.A. contra Fiducoldex, que cursan en los juzgados 36 y 37 civiles del circuito de Bogotá, hoy sustituidos temporalmente por los juzgados 13 y 14 de descongestión, respectivamente.
- b) "Adicionalmente, FERROEQUIPOS recibió seis montacargas en marzo 10 y abril 13 de 2009 como consta en las actas de entrega respectivas.

- c) *"Cuatro de esos montacargas, han sido abandonados por FERROEQUIPOS y se encuentran en las instalaciones de la convocada en Barranquilla y no pudieron ser entregados a los juzgados que así lo solicitaron porque existía un error en la numeración e identificación de los mismos.*
- d) *"En declaración rendida por el representante legal de la convocante señor Fernando Pinilla, en el proceso de restitución que se adelanta por Leasing Bolívar S.A. en el juzgado 36 civil del circuito de Bogotá, este manifestó que entre diciembre de 2008 y los primeros meses de 2009 Bavaria le entregó 7 montacargas y que los mismos le fueron robados en el parqueadero donde él los había dejado; asimismo, en la citada declaración señaló que también tiene en su poder otros 10 u 11 montacargas que BAVARIA le entregó. Si bien este aparte de la declaración fue invalidado por un defecto de procedimiento, el dicho real del compareciente se produjo y de ello quedó registro en el acta correspondiente."*

De acuerdo con la transcripción de los párrafos destinados en la contestación de la demanda a rebatir los reclamos, no todos los cuarenta y tres montacargas estarían en su poder, pues por distintas causas, según opinión de BAVARIA, salieron de su tenencia todos ellos.

"En conclusión, sumando todos los montacargas que Bavaria debió entregar por orden judicial, mas los pocos que están abandonados por FERROEQUIPOS en Barranquilla, y adicionalmente los que la entidad convocante confiesa haber recibido, es evidente que Bavaria S.A. ha cumplido satisfacción todas las obligaciones derivadas del contrato 8000-15736", concluye la respuesta de la convocada al hecho noveno de la demanda en que se solicita la restitución.

Llegado a este punto el Tribunal se ve obligado a determinar, explorando en el vasto complejo probatorio arrimado al proceso, cuál es la verdad fáctica al respecto, pues no todas las exclusiones que alega la convocada en el proceso de restitución están probadas en el expediente. Así por ejemplo, los seis montacargas aludidos en la letra b. de su respuesta al hecho noveno, fueron restados por la convocante en el memorial de alegaciones cuando redujo de cincuenta y tres a cuarenta y tres los equipos que reclama. Por su parte, el Tribunal tiene que añadir uno más a esta justificada exclusión, porque el acta de entrega a FERROEQUIPOS en las instalaciones de Barranquilla del día 13 de abril de 2009⁴⁶ así lo indica.

⁴⁶ Folio 437 del C. de Pruebas No. 12.

De la misma manera no es dable aceptar como descargo por restitución los siete supuestamente devueltos entre diciembre de 2008 y los primeros meses del 2009 a que aludió el señor Pinilla en declaración que rindió en proceso ante el Juzgado 36 del Circuito de Bogotá, según la cuenta consignada por el representante de BAVARIA en el literal d. de su respuesta al punto noveno de la demanda, por cuanto es lícito asumir que este número de montacargas es el mismo a cuya devolución se aludió en el párrafo que antecede. Tampoco es de recibo la afirmación de la arrendataria, consignada en el punto c. del párrafo de la contestación de la demanda a que se viene aludiendo, según la cual del conjunto en litigio habría que restar cuatro que *"... han sido abandonados por FERROEQUIPOS y se encuentran en las instalaciones de la convocada en Barranquilla y no pudieron ser entregados a los juzgados que así lo solicitaron porque existía un error en la identificación y numeración de los mismos."* Los montacargas que permanezcan en las instalaciones de BAVARIA no han sido, para ningún efecto jurídico relevante, restituidos en cumplimiento de la obligación del arrendatario. En otras palabras, aquello que sigue en poder del tenedor a título del arrendamiento extinguido, no puede considerarse *"abandonado"*.

Lo que sí resulta en respaldo parcial de las exclusiones alegadas por BAVARIA dentro del recaudo probatorio producido en el proceso de restitución (en trámite ante Tribunal Arbitral que preside el Dr. Enrique Gaviria Liévano) cuyas piezas postulatorias están siendo examinadas por este Tribunal, es el hecho de la aprehensión de veintitrés máquinas por parte de los Juzgados 36 y 37 Civiles del Circuito de Bogotá. Así lo prueban las actas de las diligencias respectivas.⁴⁷

Para determinar la posible permanencia en poder de BAVARIA de componentes del objeto del contrato de arrendamiento, el Tribunal debe contrastar la lista de los cuarenta y tres equipos que el convocante reclama según el listado que incluyó en la parte final de su alegato de conclusión, -además, la misma que individualiza los equipos reclamados en restitución mediante el trámite arbitral que se adelanta ante el Tribunal que preside el doctor Enrique Gaviria Liévano-, sustrayéndole los montacargas, también individualizados, que fueron objeto de aprehensión por parte de los juzgados de Circuito de Bogotá No. 36 y 37. El número resultante es de veinte.

El cotejo entre el conjunto listado por la parte convocante en el alegato de conclusión en el presente trámite y en la demanda del proceso de restitución ante

⁴⁷ Folios 564 a 601 del C. de Pruebas No. 12.

el Tribunal Arbitral tantas veces aludido, documento al que este fallador le confiere el mérito probatorio que le corresponde, de un lado, y las actas de aprehensión del otro, arroja la siguiente lista de montacargas:

ITEM	MODELO	SERIAL	CLASE
Montacarga	GP060TGNUAE097	A875B20046Z	ESTIBA SENCILLA TORRE BAJA
Montacarga	GP060ZGNGAE087	A875B20272Z	ESTIBA SENCILLA TORRE BAJA
Montacarga	GP060TGEUAV120	A875B32307C	ESTIBA SENCILLA TORRE ALTA
Montacarga	GP060TGNUAE097	A875B19888Z	ESTIBA SENCILLA TORRE BAJA
Montacarga	GP060ZGNGAE087	A875B20355Z	ESTIBA SENCILLA TORRE BAJA
Montacarga	GP060ZGNGAE087	A875B21619A	ESTIBA SENCILLA TORRE BAJA
Montacarga	GP060ZGNGAE087	A875B21641A	ESTIBA SENCILLA TORRE BAJA
Montacarga	GP090LJNGBE089	E813V02713C	DOBLE ESTIBA HORIZONTAL
Montacarga	GP090LJNGBE089	E813V02722C	DOBLE ESTIBA HORIZONTAL
Montacarga	GP060TGNUAE097	A875B19889Z	ESTIBA SENCILLA TORRE BAJA
Montacarga	GP060ZGNGAE087	A875B20363Z	ESTIBA SENCILLA TORRE BAJA
Montacarga	GP060ZGNGAE087	A875B21640A	ESTIBA SENCILLA TORRE BAJA
Montacarga	GP060ZGNGAE087	A875B20280Z	ESTIBA SENCILLA TORRE BAJA
Montacarga	GP060ZGNGAE087	A875B21686A	ESTIBA SENCILLA TORRE BAJA
Montacarga	GP060ZGNGAE087	A875B21663A	ESTIBA SENCILLA TORRE BAJA
Montacarga	GP090LJNGBE089	E813V02697C	DOBLE ESTIBA HORIZONTAL
Montacarga	GP25RHJUAV2770	A871R07535C	ESTIBA SENCILLA TORRE ALTA
Montacarga	GP060TFE84,4	E177B17376U	ESTIBA SENCILLA TORRE ALTA
Montacarga	GP25RHJUAV2770	A871R05463A	ESTIBA SENCILLA TORRE ALTA
Montacarga	GP060 GN AE000	GASO/GNC	ESTIBA SENCILLA TORRE BAJA

Está claro también que la tenencia de BAVARIA sobre los veintitrés equipos aprehendidos fue interrumpida por una causa legal exoneratoria del deber de restituir por imposibilidad sobreviniente, o, para utilizar la terminología del Código Civil, por pérdida de la cosa que se debe. El Tribunal no puede ir más allá del registro de esta circunstancia pues la adjudicación del riesgo de la cosa y de la responsabilidad consiguiente a uno de los dos contratantes del arrendamiento, es materia que escapa a este proceso, en el que todas las disquisiciones y análisis que ha debido hacer el Tribunal no tienen otro propósito y rigor que el de esclarecer cuál es el objeto de la pretensión declarativa de estar el arrendatario en mora de restitución. Como se dijo atrás, la restitución misma es perseguida en otro proceso y toda controversia sobre el alcance en el caso concreto en cuanto a las eventuales responsabilidades derivadas de su retraso y a las vicisitudes del objeto del arrendamiento es igualmente ajena a la que este laudo desata.

Ahora bien: una de las pruebas practicadas en otro proceso y trasladadas a este, la pericia producida por Selfinver⁴⁸ para el trámite que se surte ante el citado Tribunal para controvertir pretensiones relacionadas con el contrato 8000-15736,

⁴⁸ Folio 263 del C. Principal No. 2.

incluye la lista completa de los montacargas que fueron arrendados mediante el mismo, es decir de los cincuenta y tres recibidos por BAVARIA, cuya identidad el convocante no reveló a este Tribunal en su demanda ni a través de la pericia practicada en él. Realizado un nuevo cotejo, esta vez, entre la lista de los veinte deducidos según el cuadro anterior y el universo de los que fueron materia de arrendamiento, este fallador encuentra que cinco de los montacargas incluidos en aquella, no forman parte de la lista de Selfinver. Siendo ésta la prueba que identifica los equipos entregados en virtud del contrato 8000-15736, es forzoso concluir que el conjunto remanente se reduce a quince máquinas. Los cinco a que se alude son los siguientes:

ITEM	MODELO	SERIAL	CLASE
Montacarga	GP060ZGNGAE087	A875B20272Z	ESTIBA SENCILLA TORRE BAJA
Montacarga	GP25RHJUAUV2770	A871R07535C	ESTIBA SENCILLA TORRE ALTA
Montacarga	GP060TFE84,4	E177B17376U	ESTIBA SENCILLA TORRE ALTA
Montacarga	GP25RHJUAUV2770	A871R05463A	ESTIBA SENCILLA TORRE ALTA
Montacarga	GP060 GN AE000	GASO/GNC	ESTIBA SENCILLA TORRE BAJA

A los quince restantes se contrae entonces, en mérito de la ardua exploración del material probatorio de diverso origen presente en el proceso, el objeto de la pretensión que este Tribunal está obligado a despachar.

En resumen: la afirmación indefinida de continuar en poder de BAVARIA cuarenta y tres montacargas ha sido eficazmente contradicha por el material probatorio recaudado en el proceso en términos de reducir tal conjunto a quince máquinas. Así lo encuentra demostrado el Tribunal.

ITEM	MODELO	SERIAL	CLASE
Montacarga	GP060TGNUAE097	A875B20046Z	ESTIBA SENCILLA TORRE BAJA
Montacarga	GP060TGEUAV120	A875B32307C	ESTIBA SENCILLA TORRE ALTA
Montacarga	GP060TGNUAE097	A875B19888Z	ESTIBA SENCILLA TORRE BAJA
Montacarga	GP060ZGNGAE087	A875B20355Z	ESTIBA SENCILLA TORRE BAJA
Montacarga	GP060ZGNGAE087	A875B21619A	ESTIBA SENCILLA TORRE BAJA
Montacarga	GP060ZGNGAE087	A875B21641A	ESTIBA SENCILLA TORRE BAJA
Montacarga	GP090LJNGBE089	E813V02713C	DOBLE ESTIBA HORIZONTAL
Montacarga	GP090LJNGBE089	E813V02722C	DOBLE ESTIBA HORIZONTAL
Montacarga	GP060TGNUAE097	A875B19889Z	ESTIBA SENCILLA TORRE BAJA
Montacarga	GP060ZGNGAE087	A875B20363Z	ESTIBA SENCILLA TORRE BAJA
Montacarga	GP060ZGNGAE087	A875B21640A	ESTIBA SENCILLA TORRE BAJA
Montacarga	GP060ZGNGAE087	A875B20280Z	ESTIBA SENCILLA TORRE BAJA
Montacarga	GP060ZGNGAE087	A875B21686A	ESTIBA SENCILLA TORRE BAJA
Montacarga	GP060ZGNGAE087	A875B21663A	ESTIBA SENCILLA TORRE BAJA
Montacarga	GP090LJNGBE089	E813V02697C	DOBLE ESTIBA HORIZONTAL

Sabiendo ya cuál es el objeto de la pretensión declarativa de mora, sólo resta al Tribunal indicar que la constitución en mora del arrendador, necesaria para los efectos del art. 2007 como lo señala el propio actor, no es, en rigor, una declaración que deba hacer el juez, pues deriva del propio mérito de la presentación de la demanda que ha sido debidamente notificada, según dispone el art. 90 del Código de Procedimiento Civil (art. 10 de la Ley 794 de 2013), cuyo inciso 2º. previene:

"La notificación del auto admisorio de la demanda en procesos contenciosos de conocimiento produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor, cuando la ley lo exija para tal fin, si no se hubiere efectuado antes."

El Tribunal entonces no tiene otro papel que el de constatar que la arrendataria BAVARIA S.A. fue constituida en mora de restituir las cosas corporales atrás indicadas por el hecho de la notificación de la demanda propia de este proceso, practicada el día 7 de septiembre de 2012. Así lo declarará el Tribunal.

Entendida la pretensión sexta de la demanda como una solicitud de condena al pago de los perjuicios por la mora en la restitución de los bienes materia del contrato que origina el litigio, consecuencial de la octava pretensión, y habiendo constatado el Tribunal que a partir del 7 de septiembre de 2012 la arrendataria BAVARIA S.A. fue constituida en mora de restituir las cosas corporales atrás indicadas, procede el Tribunal a analizar si como consecuencia de dicha mora debe BAVARIA indemnizar los daños causados a FERROEQUIPOS.

En primer lugar deberá verificarse si la convocada probó que de la mora en la restitución se derivaron daños y en qué habrían consistido éstos, así como su cuantificación. El Tribunal debe recordar a este propósito que distinto es el daño que puede derivar del retraso de la obligación de restituir la cosa arrendada o del incumplimiento de esa obligación y el daño que genera la mora en la restitución, pues se trata de fenómenos que tienen distinta significación jurídica. La mora a la que se contrae la pretensión, según sus propias palabras, existe desde el momento de la interpelación al deudor que, como ya se dijo, se perfeccionó en este caso con la notificación del auto admisorio de la demanda, y tiene efectos hacia el futuro. Otra premisa que debe ser tomada en consideración es la de que la producción de los perjuicios –dígase también de su cuantificación-, es fenómeno que debe ser demostrado, y sobre ello no hay practicado en el proceso ningún medio que lo acredite. La demanda indica en el numeral sexto de los "hechos" el que podría ser tomado como fundamento de la petición pertinente al

lucro cesante. En cuanto al daño emergente, no consigna el libelo ningún planteamiento similar, pero la deficiencia parece subsanada en el alegato de conclusión donde FERROEQUIPOS expuso su visión de en qué habría consistido el que alega:

*"6.1. Daño emergente: Probado que las multas pagadas fueron arbitrarias, subjetivas y presionadas verbalmente y, lo peor, que BAVARIA S.A. bloqueaba el pago de las facturas del contrato de arriendo con el fin de que mi cliente les emitiera notas crédito por multas como una clara medida de abuso de su posición dominante, BAVARIA S.A. debe pagar como daño emergente el valor económico recibido por estos conceptos pero a precios de octubre 31 de 2011, tal y como lo dictaminó f^o 9 a doctora Marcela Gómez Clark en su peritaje de fecha 15 de abril de 2013 en la suma de **\$635.811.798** (página 31)*

"El Tribunal deberá condenar al pago de los subsiguientes intereses desde noviembre de 2011 hasta la fecha del laudo arbitral."

Debe entenderse entonces que al referirse concretamente a la pretensión sexta de la demanda, el alegato de conclusión señala que el daño emergente que se le ha causado corresponde a las multas que durante la ejecución del contrato le fueron impuestas por BAVARIA en cuantía de \$635.811.798, tal como según afirma, se demostró con el dictamen pericial de la doctora Gómez.

Sobre este particular debe señalar el Tribunal que la imposición de multas durante la ejecución del contrato no tiene relación de causalidad con la mora en la restitución de los montacargas; en efecto, un eventual daño que hubiere podido ocasionarse con la imposición de multas arbitrarias, como lo señala la convocada, no podría predicarse como proveniente de la mora en el cumplimiento de la obligación de restitución, toda vez que durante la ejecución del contrato no existe esta obligación que nace solamente a la terminación del mismo. El daño emergente que debió demostrar la convocada es aquel que se le causó con posterioridad a la terminación del contrato originado en el incumplimiento de BAVARIA en su obligación de restitución y no aquellos que en su sentir se le causaron durante la ejecución del mismo.

Sentado lo anterior, el Tribunal encuentra pertinente indicar que no es de recibo plantear como fuente de daño la supuesta injusticia en la imposición de las multas, merced a que ellas no fueron disputadas y por el contrario fueron aceptadas de hecho en todas las facturas como notas crédito a favor de la arrendataria. No es admisible el que ahora se argumente que la razón de su

⁴⁹ Folio 322, Cuaderno Principal No. 2.

aceptación frente a las horas reportadas como de omisión de la labor de los equipos, sea el que se ejercía una presión para su aceptación. Si se hacían reuniones, como en el caso de Barranquilla, y allí se acordaba lo trabajado, lo de reparar y lo no trabajado, qué justifica que en esas reuniones no se disputara dicha situación? De la misma manera el Tribunal piensa que no está exento de consecuencias en su contra el silencio documental del sedicente constreñido en todas las oportunidades en que le fueron impuestas las multas.

El Tribunal concluye entonces que no se demostró en el proceso el daño emergente que sufrió FERROEQUIPOS por la mora de BAVARIA en el cumplimiento de la obligación de restitución de los equipos.

En cuanto concierne al lucro cesante, señala la actora en sus alegaciones⁵⁰ que éste corresponde a la renta que a precios de mercado debió percibir el arrendador por concepto de cuarenta y tres equipos desde el mes de abril de 2008, fecha en que BAVARIA dejó de usarlos, y hasta el mes de abril de 2010, fecha en que, a juicio suyo, terminó el contrato, los cuales evalúa en un total de \$18.323.358.394., suma de la que pide deducir los montos a que sea condenada la convocada en razón de las pretensiones 2 a 5 de la demanda.

No existe duda de que la obligación de restitución existe a partir de la terminación del contrato de arrendamiento y no durante su ejecución; en consecuencia, nada tiene que ver la demostración de un posible lucro cesante durante la ejecución del contrato, con la mora en el cumplimiento de la obligación de restitución que nace con la terminación del mismo contrato.

La convocada afirma que el contrato se terminó en abril de 2010, fecha hasta la cual ha calculado el lucro cesante; sin embargo, el Tribunal estableció que el contrato terminó el 24 de octubre de 2009 y que BAVARIA debió restituir los montacargas transcurridos los 15 días siguientes.

Ahora bien, en cuanto al daño que por el lucro cesante se hubiere podido causar al arrendador por el incumplimiento de la obligación de entregar a partir de la fecha en que contractualmente estaba obligado, debe advertir el Tribunal que en la demanda expresamente se solicita una prestación distinta, la indemnización por la mora en la restitución ("*..pago de perjuicios **por la mora** en la entrega del bien arrendado, teniendo en cuenta dentro de estos el daño emergente y el lucro*

⁵⁰ Folios 322 a 324 del C. Principal No.2.

cesante que por la no restitución de la maquinaria se hubieren causado.”) la cual, como ya lo ha expuesto el Tribunal se dio a partir de la constitución en mora con la admisión de la demanda, es decir, el 7 de septiembre de 2012.

Luego, el Tribunal no puede acceder a condenar por perjuicios que se hubieren podido causar con anterioridad a la fecha de constitución en mora de entregar, pues ello no ha sido solicitado por la convocante. Sea de ello lo que fuere, la razón definitiva por la que no es dable proferir la condena solicitada respecto de ningún periodo (tanto el del retardo en el cumplimiento de la obligación de restituir, como el de mora propiamente dicha) es que el lucro cesante no puede, según las evidencias recaudadas, hacerse consistir en el valor de las rentas pactadas, dada la ineptitud de los equipos para generarlas en el momento en que se produjo la terminación del contrato. Ello es que en la apreciación que hace la convocante subyace el presupuesto de que todas y cada una de las máquinas objeto del arrendamiento conservaban a la sazón su idoneidad para el servicio que motivó contractualmente su entrega a BAVARIA, y ese supuesto está plenamente contradicho en el expediente. Sin que pueda atribuirse un estado determinado a cada uno de los equipos individualmente considerado, está claro para el Tribunal que el conjunto de ellos padecía deterioro, por falta de mantenimiento, que lo inutilizaba para el cumplimiento de su tarea. Las pruebas analizadas por el Tribunal a propósito de la primera pretensión son determinantes al respecto.

Interesa al proceso tomar en consideración las referencias al tema dentro del peritazgo al dictaminar acerca de lo que cuesta hoy el arriendo de equipos *nuevos* iguales o similares a los montacargas objeto del contrato de arrendamiento 8000-15736, toda vez que nada se indicó sobre cuánto sería el precio del arriendo de equipos en el estado en que se encontraban los que fueron objeto del contrato de arrendamiento a la fecha de terminación del contrato ni a la de constitución en mora. Igualmente el Tribunal debe rechazar el supuesto de que sea válido considerar como lucro cesante la renta que, según las determinaciones el contrato, podían generar las máquinas arrendadas en razón de ser la restitución en el estado en que fueron recibidas el objeto de la obligación de devolverlas. Ello porque en este caso particular la obligación de conservación de la cosa, que corre a cargo del arrendatario según la ley, estuvo sujeta a las prestaciones que en materia de mantenimiento asumió el arrendador. Vale decir que la conservación de los equipos en el estado en que fueron recibidos, de la que depende su idoneidad para prestar al arrendatario el servicio

a que están destinados, causa a su vez de la de generar renta al arrendador, en la especie contractual sub lite, dependía del cumplimiento puntual y exacto de las obligaciones de éste como prestador del servicio de mantenimiento. Por lo anteriormente expuesto, la pretensión sexta de la demanda no prospera.

El Tribunal debe pronunciarse sobre la pretensión séptima ya que fue planteada como subsidiaria de la sexta, desestimada según quedó ya dicho. Al respecto el Tribunal advierte que su entendimiento requiere un esfuerzo de interpretación, habida cuenta de que adolece de falta de claridad. En efecto, solicita la convocante que "*se DECLARE la existencia de la obligación a cargo de la demandada (...) de pagar a la sociedad demandante (...) por las sumas mensuales que se sigan causando hasta la entrega de los montacargas en perfecto estado y funcionamiento*". No indica el texto de cuáles sumas mensuales se trata, ni a partir de qué fecha se deberían. Sin embargo, habida cuenta de que hace referencia a mensualidades, el Tribunal la interpreta en el sentido de que lo que solicita la convocante es la condena al pago de la renta desde que se causó la obligación de restitución de los montacargas y hasta que la misma se cumpla. Si así fuera, y el Tribunal no imagina otra opción, debe reiterar la consideración expuesta anteriormente en el sentido de que, una vez finalizado el contrato desaparece la obligación de pagar canon de arrendamiento, por cuanto la fuente de dicha obligación expira, y, de conformidad con la ley, el arrendatario solamente está obligado al pago de la renta en el evento en que la terminación del contrato se haya originado en su culpa. Esta hipótesis no ocurrió en este caso según se ha dicho.

El Tribunal encuentra que contra esta pretensión también militan las razones que determinaron la improcedencia de la anterior. El petitum de "declarar" que la arrendataria está obligada a pagar "*por las sumas mensuales que se sigan causando*", está vinculado a la devolución de los bienes "*en perfecto estado y funcionamiento*". Ya se dijo cómo la consideración del "*perfecto estado y funcionamiento*" de las máquinas no es un supuesto válido para una decisión, pues es justamente su inexistencia lo que determinó la prosperidad de la excepción de incumplimiento del contrato por parte del arrendador. En diversos apartes de este fallo el Tribunal ha puesto de presente las pruebas relevantes al respecto, lo que lo releva de la necesidad de un nuevo análisis acerca del mismo tema.

Por lo anterior no prospera esta pretensión.

3.5 La excepción de cumplimiento de obligaciones por parte de Bavaria.

Es innecesario, a la luz de la doctrina constante y pacífica, estudiar en su esencia las excepciones que dirige la convocada contra las pretensiones imprósperas (Véase por ejemplo la sentencia de la Corte Suprema de Justicia⁵¹, de fecha junio 11 de 2001). Sin embargo, dado que la solicitud de constituir en mora para la restitución fue despachada favorablemente, respecto a ella el Tribunal debe señalar que los fundamentos de la excepción de cumplimiento del contrato la desestima por las razones consignadas en el aparte pertinente de este fallo, pero además, porque los cimientos de la excepción expuestos por el memorialista están todos enderezados a oponerse a las peticiones de la demanda relacionadas con el pago de cánones, de manera que no es dable considerarlas igualmente pertinentes en relación con la de establecer si la obligación de restituir fue cumplida o no. De allí que el Tribunal no declare probada esa excepción.

CAPITULO QUINTO

REEMBOLSO DE GASTOS DEL PROCESO, COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

1. REEMBOLSO DE GASTOS DEL PROCESO

En el presente trámite arbitral, fijada la suma correspondiente a los gastos del proceso detallados en el auto número 7 del 30 de noviembre de 2012, la parte convocante no sufragó el cincuenta por ciento (50%) que de acuerdo con lo prescrito por el artículo 22 del decreto 2279 de 1989, a ella correspondía, en tanto que la convocada, en ejercicio del derecho que le otorga la misma disposición, canceló por cuenta de aquella dicho valor.

De otro lado, la citada norma dispone en el inciso tercero que:

"De no mediar ejecución, las expensas por gastos y honorarios pendientes de reembolso se tendrán en cuenta en el laudo para liquidar costas. A cargo de la parte incumplida se causarán intereses de mora a la tasa más alta autorizada desde el vencimiento del plazo para consignar y hasta el momento en que

⁵¹ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 11 de junio de 2001, Exp. No. 6343. M.P. Dr. Manuel Ardila Velásquez.

efectivamente cancela la totalidad de las sumas liquidadas a su cargo. El Tribunal podrá en el laudo ordenar compensaciones."

La convocada ha informado al Tribunal que ya dio inicio a la ejecución para el cobro de las sumas adeudadas por este concepto, por lo que ni éstas ni los intereses moratorios a los que se refiere la norma en mención, serán tenidos en cuenta para el pronunciamiento sobre costas y agencias en derecho que adelante se emite.

2. COSTAS DEL PROCESO

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"*⁵².

Entendido lo anterior, teniendo en cuenta que en el presente caso solo prospera una de las pretensiones objeto de la demanda, y a la vez no prosperan tres de las excepciones formuladas por la parte convocada, cotejando el importe de los beneficios procesales obtenidos por cada una de las partes, al igual que el sentido general de la decisión del litigio contenida en el presente Laudo, de conformidad con el artículo 392 numeral sexto del C. de P.C. es del caso condenar a FERROEQUIPOS YALE LTDA. a reembolsarle a BAVARIA S.A., por concepto de costas, el setenta por ciento (70%) de las expensas procesales en que ésta última incurrió, incluyendo la suma de \$193.700.000 por concepto de agencias en derecho, (estas últimas determinadas de acuerdo con los parámetros establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos 1887 y 2222 de 2003).

Sin embargo teniendo en cuenta que como ha quedado dicho el cincuenta por ciento (50%) de la suma de gastos y honorarios del Tribunal fijada mediante Auto No. número 7 del 30 de noviembre de 2012 está siendo objeto de cobro mediante proceso ejecutivo instaurado por la parte convocada, para efectos de la condena en costas que ha dispuesto el Tribunal se ordenará a la parte convocante pagarle a BAVARIA S.A. el 20% de tales gastos y honorarios, de acuerdo con la siguiente liquidación:

⁵² Acuerdo 1887 de 2003 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

2.1. Honorarios de los Árbitros, la Secretaria y Gastos del Trámite arbitral⁵³.

Honorarios de los tres Árbitros	\$581.100.000
IVA 16%	\$ 92.976.000
Honorarios de la Secretaria	\$ 96.850.000
IVA 16%	\$ 15.496.000
Gastos de Funcionamiento y Administración	
Cámara de Comercio de Bogotá	\$ 96.850.000
IVA 16%	\$ 15.496.000
Otros gastos	<u>\$ 34.900.000</u>
TOTAL	\$933.668.000

Veinte por ciento (20%) a cargo de Ferroequipos Yale Ltda. y a favor de Bavaria S.A.: ciento ochenta y seis millones setecientos treinta y tres mil seiscientos pesos (\$186.733.600).

2.2 Honorarios fijados a favor de los peritos.

En cuanto a los honorarios fijados en favor de los peritos, para atender la condena en costas dispuesta por el Tribunal, deberá la parte convocante pagar a Bavaria el 70 por ciento de las sumas fijadas, de acuerdo con la siguiente liquidación:

a. Honorarios fijados en favor de la perito Marcela Gómez Clark.

Honorarios	\$ 30.000.000
IVA 16 %	<u>\$ 4.800.000</u>
TOTAL	\$ 34.800.000

Suma ya pagada por Bavaria S.A.:	\$ 17.400.000
Suma a cargo de Bavaria según condena en costas:	\$ 10.440.000

⁵³ Acta No. 5.

Suma que debe Ferroequipos pagar a Bavaria S.A.: \$ 6.960.000

Veinte por ciento (20%) a cargo de Ferroequipos Yale Ltda. y a favor de Bavaria S.A.: seis millones novecientos sesenta mil pesos (\$6.960.000).

b. Honorarios y gastos fijados a favor del perito Jaime Enrique Varela

Honorarios	\$ 35.000.000
IVA 16 %	\$ 5.600.000
Gastos	\$ <u>500.000</u>
TOTAL	\$ 41.100.000

Suma ya pagada por Bavaria S.A.: \$ 20.550.000
Suma a cargo de Bavaria según condena en costas: \$ 12.330.000
Suma que debe Ferroequipos pagar a Bavaria S.A.: \$ 8.220.000

Veinte por ciento (20%) a cargo de Ferroequipos Yale Ltda. y a favor de Bavaria S.A.: ocho millones doscientos veinte mil pesos (\$8.220.000).

2.3 Agencias en Derecho

Para efectos del pago de agencias en derecho se aplicarán los mismos porcentajes ya fijados por el Tribunal, es decir, setenta por ciento (70%) a cargo de Ferroequipos Yale Ltda. En tal virtud deberá Ferroequipos pagarle a Bavaria por este concepto, la suma de ciento treinta y cinco millones quinientos noventa mil pesos (\$135.590.000).

2.4. Total Costas y Agencias en Derecho

En consecuencia de lo anterior, Ferroequipos Yale Ltda. deberá pagar a Bavaria S.A. por concepto de costas y agencias en derecho, la suma total de trescientos treinta y siete millones quinientos tres mil seiscientos pesos (\$337.503.600).

CAPITULO SEXTO

PARTE RESOLUTIVA

Por las consideraciones anteriores, el Tribunal de Arbitramento, administrando justicia por habilitación de las partes, en decisión unánime soportada en las consideraciones expuestas en la parte motiva de este Laudo, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. Declarar que no prospera la tacha formulada por la parte Convocante contra el testigo Hugo Peláez Arias.

Segundo. Declarar que no prosperan las excepciones formuladas por BAVARIA S.A. denominadas "*Falta de legitimación en la causa por activa*", "*Cumplimiento de las obligaciones por parte de Bavaria S.A.*" y "*Cosa juzgada respecto de la falta de legitimación en la causa por parte de Ferroequipos Yale*", esta última formulada dentro del marco de la excepción genérica.

Tercero. Declarar que prospera la excepción formulada por BAVARIA S.A. en la contestación de la demanda identificada como "*Excepción de contrato no cumplido*".

Cuarto. Declarar que desde el 7 de septiembre de 2012, fecha de la notificación a BAVARIA S.A. del auto admisorio de la demanda, dicha sociedad está en mora de restituir a FERROEQUIPOS YALE LIMITADA los montacargas que se identifican a continuación:

ITEM	MODELO	SERIAL	CLASE
Montacarga	GP060TGNUAE097	A875B20046Z	ESTIBA SENCILLA TORRE BAJA
Montacarga	GP060TGEUAV120	A875B32307C	ESTIBA SENCILLA TORRE ALTA
Montacarga	GP060TGNUAE097	A875B19888Z	ESTIBA SENCILLA TORRE BAJA
Montacarga	GP060ZGNGAE087	A875B20355Z	ESTIBA SENCILLA TORRE BAJA
Montacarga	GP060ZGNGAE087	A875B21619A	ESTIBA SENCILLA TORRE BAJA
Montacarga	GP060ZGNGAE087	A875B21641A	ESTIBA SENCILLA TORRE BAJA
Montacarga	GP090LJNGBE089	E813V02713C	DOBLE ESTIBA HORIZONTAL
Montacarga	GP090LJNGBE089	E813V02722C	DOBLE ESTIBA HORIZONTAL
Montacarga	GP060TGNUAE097	A875B19889Z	ESTIBA SENCILLA TORRE BAJA
Montacarga	GP060ZGNGAE087	A875B20363Z	ESTIBA SENCILLA TORRE BAJA
Montacarga	GP060ZGNGAE087	A875B21640A	ESTIBA SENCILLA TORRE BAJA
Montacarga	GP060ZGNGAE087	A875B20280Z	ESTIBA SENCILLA TORRE BAJA
Montacarga	GP060ZGNGAE087	A875B21686A	ESTIBA SENCILLA TORRE BAJA

Montacarga	GP060ZGNGAE087	A875B21663A	ESTIBA SENCILLA TORRE BAJA
Montacarga	GP090LJNGBE089	E813V02697C	DOBLE ESTIBA HORIZONTAL

Quinto. Denegar las demás pretensiones de la demanda.

Sexto. Condenar a FERROEQUIPOS YALE LIMITADA a pagar a BAVARIA S.A., la suma de trescientos treinta y siete millones quinientos tres mil seiscientos pesos (\$337.503.600) por concepto de costas y agencias en derecho, para lo cual se le otorga un plazo de diez días hábiles contados a partir de la ejecutoria del presente laudo.

Séptimo. Disponer la protocolización del expediente en una de las notarías del Círculo de Bogotá, de conformidad con lo previsto en el Art. 159 del Decreto 1818 de 1998, con cargo al rubro de protocolizaciones.

Octavo. El Presidente del Tribunal procederá a elaborar y presentarle a las partes la cuenta final de gastos de la partida "Protocolización, registro y otros", ordenando la restitución de las sumas remanentes a que hubiere lugar.

Noveno. Disponer que por Secretaría se expidan copias auténticas de este Laudo con las constancias de ley (Art 115, numeral 2 del C.P.C.), con destino a cada una de las Partes y al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CRISTIAN MOSQUERA CASAS

Presidente

CECILIA BOTERO ÁLVAREZ

Árbitro

HERNANDO YEPES ARCILA

Árbitro

GABRIELA MONROY TORRES

Secretaria