

Laudo Arbitral

Rojas Torres y Cía. Ltda.

v.

Bavaria S.A.

Diciembre 3 de 1996

### **Audiencia de Laudo**

En Santafé de Bogotá, el día tres (3) de diciembre de mil novecientos noventa y seis (1996) a las dos y treinta de la tarde (2:30 p.m.), en las oficinas de Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, se reunió el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las diferencias entre la sociedad Rojas Torres y Cía. Ltda. y Bavaria S.A., integrado por los doctores Antonio J. de Irisarri, quien lo preside, Jaime Arteaga Carvajal T. Arturo Ferrer Carrasco, árbitros, y la secretaria doctora Carmenza Mejía Martínez, con la asistencia de los apoderados de las partes, doctores Yolanda Ramírez Rodríguez y Hernán Fabio López Blanco.

Encontrándose surtido en su totalidad el trámite procesal, oídas las alegaciones de las partes y no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, el tribunal procede dentro del término legal a proferir, en derecho, el siguiente

### **Laudo**

#### **Antecedentes**

##### **1. Cláusula compromisoria:**

En la cláusula decimonovena del contrato sin número celebrado el 19 de abril de 1972, sustituida por la cláusula decimoctava del contrato 253 que modificó parcialmente el anterior en mayo 21 de 1983 y septiembre 17 de 1986 y el otrosí de fecha 17 de mayo de 1990 que adicionó a este último, suscritos entre las partes para la venta y distribución de productos de Bavaria S.A., los contratantes pactaron que “las diferencias que ocurran entre Bavaria y el contratista por el presente convenio o su liquidación y que no puedan arreglarse en forma directa, serán sometidas a la decisión de un Tribunal de Arbitramento nombrado por las partes de común acuerdo, según las normas legales vigentes. El fallo que dicte el tribunal lo será en derecho y los gastos que demande el arbitramento serán pagados por la parte vencida”.

##### **2 . Trámite prearbitral**

Con base en la cláusula compromisoria pactada, la sociedad Rojas Torres y Cía. Ltda., por conducto de apoderada judicial, solicitó al Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de la Cámara de Comercio de Bogotá, el 14 de septiembre de 1995, la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento encargado de dirimir en derecho las controversias suscitadas entre aquella y la empresa Bavaria S.A., derivadas de su relación contractual.

Admitida la solicitud, el director del centro de arbitraje y conciliación mercantiles procedió a notificar a la parte convocada, el 28 de septiembre de 1995, la demanda formulada por Rojas Torres y Cía. Ltda.

Posteriormente, en noviembre 20 de 1995, la apoderada de la sociedad convocante presentó adiciones a la demanda y se refirió a la contestación de la demanda y a las excepciones propuestas por la convocada, solicitando nuevas pruebas.

El director del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá llevó a cabo la audiencia de conciliación prevista en el numeral 3º del artículo 16 del Decreto 2651 de 1991, el día 14 de diciembre de 1995, convocada mediante notificación previa a las partes y a sus apoderados. Se hicieron presentes los representantes legales de Rojas Torres y Cía. Ltda. y de Bavaria S.A. y sus apoderados judiciales, sin que se hubiese logrado acuerdo entre ellos sobre la controversia planteada.

Habiendo fracasado la conciliación y realizado de común acuerdo por las partes el nombramiento como árbitros de los doctores Antonio de Irisarri Restrepo, Jaime Arteaga Carvajal y Arturo Ferrer Carrasco, quienes previa aceptación de sus cargos tomaron posesión de los mismos, se instaló el Tribunal de Arbitramento en audiencia llevada a cabo el día dos (2) de febrero de 1996. En esta fue nombrado como presidente el doctor Antonio de Irisarri y como secretaria la doctora Carmenza Mejía Martínez y fueron fijados los honorarios y gastos de funcionamiento del tribunal.

### 3. Trámite arbitral

Instalado el tribunal, previa consignación hecha por las partes de las sumas a su cargo, se inició la primera audiencia de trámite el día quince (15) de abril de 1996.

En la primera audiencia de trámite el tribunal examinó el pacto arbitral celebrado entre las partes, así como las pretensiones y las excepciones formuladas y declaró su propia competencia para conocer de las diferencias sometidas a su decisión.

Procedió así mismo el tribunal, dentro de la audiencia, a decretar las pruebas solicitadas por las partes.

### 4. Pretensiones de la demanda y de su reforma

Las pretensiones de la parte convocante, expresadas en la demanda, fueron las siguientes:

1. Que la empresa Bavaria S.A., incumplió responsablemente y sin causa lícita con la obligación de pago por concepto de fletes a la firma Rojas Torres y Cía. Ltda., al retenerle indebidamente desde el mes de junio de 1986 hasta el mes de marzo de 1994, una parte del valor de los fletes que legalmente le correspondían, en razón del transporte, la distribución, reventa y entrega de los productos a los expendedores en los sitios y zonas asignadas a la empresa contratista y en cumplimiento de lo convenido en el contrato sin número de abril de 1972, en el contrato N-0253 de mayo 26 de 1983 y en el contrato N-0253 de septiembre 17 de 1986.
2. Que como consecuencia de la anterior declaración, se reconozca que Bavaria S.A., debe a la firma Rojas Torres y Cía. Ltda., las sumas que adelante se detallan, correspondientes a cada uno de los años en los cuales se generó el incumplimiento o la retención indebida, así como el interés bancario corriente de estos mismos valores, como indemnización por lucro cesante, de conformidad con los motivos expresados en los hechos anteriores.

<b>Año de la retención indebida</b>	<b>Diferencia retenida sin justa causa por Bavaria S.A. a Rojas Torres y Cía. Ltda.</b>
De junio a dic./86	\$ 192.450.570.12
Deuda a dic. 31/86	
Total capital a dic. 31/86 + intereses	\$ 12.085.185.70
Deuda a dic. 31/87	
Total deuda a dic. 31/87 + intereses	\$ 18.327.706.30
Deuda a dic. 31/88	
Total deuda a dic. 31/88 + intereses	\$ 31.281.166.81
Deuda a dic. 31/89	
Total deuda a dic. 31/89 + intereses	\$ 75.786.699.81
Deuda a dic. 31/90	
Total deuda a dic. 31/90 + intereses	\$ 61.649.861.24
Deuda a dic. 31/91	
Total deuda a dic. 31/91 + intereses	\$ 63.709.802.59

Deuda a dic. 31/92	
Total deuda a dic. 31/92 + intereses	\$ 111.890.610.23
Deuda a dic. 31/93	
Total deuda a dic. 31/93 + intereses	\$ 95.642.536.81
Deuda a dic. 31/94	
Total deuda a dic. 31/94 + intereses	\$ 27.839.971.28

<b>Resumen del capital retenido más los intereses legales bancarios</b>		
<b>Capital</b>	<b>Intereses</b>	<b>Total</b>
\$ 192.450.570.12	\$ 305.762.970.40	\$ 498.213.540.52

Son ciento noventa y dos millones cuatrocientos cincuenta mil quinientos setenta pesos con 12/100 m/cte. (\$ 192.450.570.12) por concepto de parte del valor correspondiente a los fletes que legalmente le pertenecían al contratista, en razón a la remuneración que Bavaria S.A. cancelaba al demandante por la distribución, venta y reventa de los productos fabricados por Bavaria S.A., desde el mes de junio de 1986 hasta marzo de 1994.

Son trescientos cinco millones setecientos sesenta y dos mil novecientos setenta pesos con 40/100 m/cte. (\$ 305.762.970.40) por concepto de intereses legales bancarios correspondientes a las sumas indebidamente retenidas por Bavaria S.A., desde el mes de junio de 1986 hasta el mes de marzo de 1994.

3. Que de acuerdo con lo anterior, se condene a la empresa Bavaria S.A., al pago de trescientos cinco millones setecientos sesenta y dos mil novecientos setenta pesos con 40/100 m/cte. (\$ 305.762.970.40) por concepto de lucro cesante, correspondiente a los intereses legales bancarios, de conformidad con las certificaciones de la (\*) Superintendencia Bancaria que se acompañan a la presente demanda, respecto de las sumas retenidas indebidamente por la empresa Bavaria S.A., a mi representado Rojas Torres y Cía. Ltda. y determinadas en el numeral anterior.

4. Que una vez producido el laudo arbitral que condene a la firma Bavaria S.A. al pago de las sumas retenidas indebidamente a la firma Rojas Torres y Cía Ltda., sea condenada Bavaria S.A. al pago de los intereses moratorios a partir de ese momento, de conformidad con el artículo 822 del Código de Comercio.

5. Que con base en las anteriores declaraciones, se condene en costas a la sociedad Bavaria S.A., de acuerdo con lo pactado con mi representado Rojas Torres y Cía. Ltda. mediante contrato inicial sin número de abril 19 de 1972 en la cláusula decimonovena, al determinar: “El fallo que dicte el tribunal lo será en derecho y los gastos que demande el arbitramento serán pagados por la parte vencida”.

### **Pretensiones subsidiarias**

1. Solicito al honorable tribunal que, en el evento de no acceder a la pretensión principal señalada en el numeral 3°, se condene a la firma Bavaria S.A. al pago de las sumas adeudadas por cada año —desde 1986 hasta 1994— año o fracción, debidamente actualizadas mediante la utilización de la fórmula que para el efecto, utiliza el Banco de la República, quien deberá enviarla con destino al honorable centro de arbitraje y conciliación.

Con fecha 20 de noviembre de 1995 la apoderada de la convocante había formulado adiciones a la demanda y se había pronunciado sobre la contestación de la demanda y las excepciones formuladas por Bavaria S.A. De esta reforma de la demanda el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá omitió dar traslado a la demandada; sin embargo, en audiencia del 23 de abril de 1996 (acta 4, fl. 137 del cdno. ppal.), el apoderado de Bavaria S.A. se dio por notificado formalmente de tal reforma y renunció al traslado de la misma, sin que hubiese formulado nuevas excepciones ni solicitado nuevas pruebas, advirtiendo así mismo que daba por saneada cualquier irregularidad que pudiera provenir de la circunstancia de no haber sido surtido el traslado con anterioridad.

Con el escrito de reforma de la demanda, la primera pretensión quedó modificada así:

1. Que la firma Bavaria S.A., incumplió responsablemente y sin causa lícita con la obligación de pago por concepto de fletes a la firma Rojas Torres y Cía. Ltda., al retenerle indebidamente desde el mes de enero de 1986 hasta el mes de marzo de 1984, una parte del valor de los fletes que legalmente le correspondían, en razón del transporte, la distribución, reventa y entrega de los productos a los expendedores en los sitios y zonas asignadas a la empresa contratista y en cumplimiento de lo convenido en el contrato sin número de abril 19 de 1972, en el contrato N-0253 de mayo 26 de 1983 y en el contrato 253 de septiembre 17 de 1986.

2. Que como consecuencia de la anterior declaración, se reconozca que Bavaria S.A., debe a la firma Rojas Torres y Cía. Ltda. las sumas que adelante se detallan, correspondiente a cada uno de los años en los cuales se generó el incumplimiento o la retención indebida, así como el interés bancario corriente de estos mismos valores, como indemnización por lucro cesante, de conformidad con los motivos expresados:

Año de la retención indebida	Diferencia retenida sin justa causa por Bavaria S.A. a Rojas Torres y Cía. Ltda.
De enero a marzo/94	\$ 194.992.779.64

Resumen del capital retenido más los intereses legales	
Capital	Intereses
\$ 194.992.779.64	\$ 315.276.365.27

## 5. Hechos

Los hechos enunciados por la parte actora para sustentar sus pretensiones fueron los siguientes:

“1. El día 19 de abril de 1972, se suscribió el contrato sin número, entre Bavaria S.A. y Rojas Torres y Cía. Ltda., cuyo objeto era “... la venta por parte de Bavaria S.A., al contratista de los siguientes productos: Club Colombia, Costeña, Bavaria, Maltina, Poker, Costeñita y Pony Malta, con el fin de que el contratista por su cuenta y riesgo los venda y distribuya dentro del territorio comprendido por los Municipios de Pandi, Ospina, Cabrera, San Bernardo e Icononzo”.

“2. En la cláusula segunda del mismo documento, se acordó: Los productos materia de este contrato serán entregados por Bavaria al contratista en la fábrica de Girardot, en la ciudad de Girardot, obligándose el contratista a devolver a Bavaria S.A. en perfectas condiciones, en el mismo sitio, envases y canastas”. Este contrato se prorrogó automáticamente, de acuerdo con la cláusula decimoctava del mismo.

“3. En la cláusula decimoprimera de este contrato, relativa al precio de los productos, se estableció: “... Precio, Bavaria S.A. pagará al contratista como precio de la venta de sus productos objeto de este contrato, la suma de un peso con setenta centavos (\$ 1.70) por canasta vendida; por concepto de transporte entre la fábrica de Girardot y la localidad de Pandi, la suma de \$ 50 (cincuenta pesos m/cte. por tonelada, tanto de cerveza como de envase y canasta; y la suma de \$ 1.40 (un peso con cuarenta centavos) por concepto de fletes de reparto por la entrega de los productos a los expendedores en la zona asignada al contratista. (resaltado fuera de texto original)

“4. Bavaria S.A. determinó que el valor de los fletes de reparto y distribución de sus productos (transporte), fuera cancelado por el contratista coetáneamente al pago de los valores correspondientes a la compra de dichos productos; el contratista procederá a revender los pertenecientes a la empresa Bavaria S.A. —como consta en cada una de las facturas que fueron elaboradas por la contratante—. Esta forma de ejecutar el contrato la plasmó Bavaria S.A. en el inicial y todas las modificaciones, ampliaciones y otrosís que le introdujo, hasta la finalización de la convención en 1994.

Las sumas pagadas por el contratista, serían devueltas por Bavaria S.A. como reembolso, habida cuenta que como consta en los documentos contractuales, correspondía a su remuneración por la distribución y reventa de los productos Bavaria —fletes de transporte—, de conformidad con lo dispuesto en la cláusula decimoprimera del contrato en mención y que en las facturas se denomina “Fletes artículo 3º Decreto 294/69”. De igual manera, se plasma en los documentos contractuales que modifican o amplían el contrato inicial.

5. En efecto, el convenio de mayo 18 de 1977 prórroga el inicial por un término de dos (2) años, dejando vigente las demás cláusulas y estipulaciones. Esta se prorrogó automáticamente por cuatro (4) años más.

El 26 de mayo de 1983, mediante el convenio 253 de esa fecha, las partes en la cláusula decimosegunda, establecieron: “... Bavaria reembolsará al contratista los gastos en que este incurra en razón de la distribución y reventa de los productos objeto de este contrato, estimados en la suma única de treinta y nueve pesos (\$ 39 m/cte.) por caja vendida”. (lo resaltado es mío)

“Nótese que aunque este convenio 0253 de mayo 26 de 1983, no se refiere explícitamente al pago por fletes de reparto y transporte —en la forma como se estipuló en el contrato inicial—, sí expresa con claridad que el contratista hará el transporte, distribución y reventa con la correspondiente remuneración, variándola tan solo en su monto. Se trata de una remuneración por los mismos conceptos de transporte, distribución y venta de los productos de Bavaria.

6. Mediante convenio de 17 de septiembre de 1986, determinado igualmente con el número 253, las partes modificaron el contrato vigente para la época en las siguientes cláusulas: “Cláusula tercera: los productos materia de este contrato serán entregados por Bavaria al contratista en Pandi obligándose el contratista a devolver a Bavaria en perfectas condiciones, en el mismo sitio envases y cajas. Pero Bavaria según la disponibilidad de sus productos podrá efectuar las entregas en cualquier otro lugar del país, avisando por escrito al contratista sobre su determinación con anticipación prudencial”. (Nunca le hicieron entregas a Pandi).

7. Se advierte en dicho documento, que Bavaria S.A., se compromete a que sus productos sean recogidos en la localidad de Pandi, pero reservándose la facultad de ordenar recogerlos en otros sitios, previo aviso por escrito al contratista.

8. En cuanto a la remuneración por fletes de reparto, transporte, distribución y demás, se expresó: “Bavaria reconocerá al contratista por la distribución y reventa de los productos objeto de este contrato, la suma única de veinticuatro pesos moneda corriente (\$ 24) por caja vendida y diez y nueve pesos con veinte centavos m/cte. (\$ 19.20) por bandeja vendida”, lo cual constituye la reiteración de las conductas que como obligación contractual se le han derivado siempre a Rojas Torres y Cía. Ltda. En efecto, la cláusula decimosegunda, de la convención 253 de septiembre 17 de 1986, a la letra dice: Bavaria S.A. reconocerá al contratista por la distribución y reventa de los productos objeto de este contrato, la suma única de veinticuatro pesos moneda corriente (\$ 24) por caja vendida y diez y nueve pesos con veinte centavos m/cte. (\$ 19.20) por bandeja vendida” (el resaltado es mío).

9. Bajo el rubro “Fletes artículo 3º Decreto 294/69” como consta en las respectivas facturas, Bavaria S.A. exigió al contratista durante todo el tiempo de ejecución de la convención —mes tras mes y año tras año— el pago de sus productos más los fletes por transporte, distribución y reventa, obligándose al contratista, “como quedó dicho atrás”, a cancelarle su contraprestación mediante reembolso de las sumas pagadas por el contratista por concepto de dichos fletes.

10. Bavaria S.A. incumpliendo el contrato inicial y los que lo aclaran, adicionan o modifican, efectuó el reembolso que constituye la remuneración del contratista, en forma parcial, esto es, reteniendo sin respaldo legal contractual una parte de esos fletes que corresponde al 35% de ellos.

Esta situación de indebida retención de parte de los fletes, permaneció hasta la terminación del contrato en marzo de 1994.

Por el contrato Rojas Torres y Cía. Ltda. cumplió siempre con sus obligaciones contractuales y de ello dan fe los documentos que se aportan como pruebas y la conducta de su contratante —Bavaria S.A.— que devolvió, a la terminación por mutuo acuerdo de la convención, los pagarés que había exigido suscribir al contratista y canceló

las pignoraciones que sobre dos vehículos y en calidad de garantía, había tenido que constituir mi mandante.

11. Lo expuesto lleva a la conclusión incontrovertible, de que el contratista desarrolló las actividades que constituían el objeto del contrato inicial y sus prórrogas y modificaciones, operando o ejecutando la convención en la forma que quedó atrás consignada, esto es, mediante el pago por el contratista del precio de los productos y sus fletes y el pago de la contraprestación por parte del contratante, mediante el reembolso de lo pagado por este último concepto. También claro está, que las devoluciones o reembolsos a que se comprometió el contratante se efectuaron incompletas y parciales, reteniéndose por parte de Bavaria S.A., sumas de propiedad del contratista sin que mediara justificación lícita de ningún orden.

El desarrollo mismo del contrato, confirma su forma de ejecución y los incumplimientos de Bavaria S.A.

12. El monto de los dineros adeudados a mi mandante, por el incumplimiento contractual de Bavaria S.A., en el pago de la contraprestación convenida, resulta o se estableció mediante la diferencia entre la suma de los valores denominados fletes —que aparecen en todas y cada una de las facturas expedidas por el contratante— y pagados por Rojas Torres y Cía Ltda.; y los valores cancelados por Bavaria S.A. al contratista, que aparecen relacionados en los certificados de retención en la fuente y en las declaraciones dadas por la empresa a la administración de impuestos nacionales; igualmente, en las declaraciones de renta presentadas en su oportunidad por la firma Rojas Torres y Cía. Ltda., donde consignan lo pagado por Bavaria S.A. con ocasión del contrato suscrito, sus modificaciones y ampliaciones.

13. Por tratarse de un contrato celebrado entre la empresa de las magnitudes de Bavaria S.A. —con pleno dominio sobre sus contratistas— quienes dependían de sus retribuciones para su subsistencia, Rojas Torres y Cía. Ltda. no estuvo en capacidad para hacer esta reclamación en desarrollo de la convención, por temer —debido a su dependencia— que le terminaran el contrato, cuyas cláusulas fueron impuestas por Bavaria S.A. sin poder mi representado discutirlos.

En algunas ocasiones la firma Bavaria S.A. cambiaba verbalmente el lugar de entrega de sus productos en el desarrollo del contrato, sin tener en cuenta los perjuicios que pudiera sufrir el contratista, como cuando por ejemplo la cerveza tenía que ser recogida en Bogotá, o en sitios que demandaban esfuerzos económicos, —a pesar de la prohibición expresa de dichas modificaciones verbales—, situación que mi representado no podía contrariar.

De la misma manera, verbalmente suspendían al contratista las zonas asignadas para el reparto de la cerveza, sin importar el daño económico sufrido por quien durante mucho tiempo prestaba sus servicios a dicha empresa. Este fue uno de los motivos para que mi representado decidiera acordar la terminación del contrato, ya que al reducirle las zonas asignadas le causaron ingentes perjuicios.

De todo lo anterior se deduce que, Bavaria S.A. incumplió con las obligaciones emanadas del contrato, a partir del mes de abril de 1972 y hasta el mes de marzo de 1994, al no cancelar una parte correspondiente al 35% aproximadamente, de lo que le pertenecía a mi representado por concepto de fletes de reparto y distribución, por transportar y revender los productos de Bavaria S.A. desde la fábrica de Girardot hasta las localidades asignadas previamente para ello; y desde los sitios en los cuales se producía la reventa de los mismos, es decir, expendios y tiendas.

Empero, el *petitum* de la demanda se circunscribe a la retención, reembolso parcial o pago incompleto de la remuneración del contratista por parte de Bavaria S.A. desde el mes de junio de 1986 hasta el mes de marzo de 1994, por no contar con los documentos probatorios que den fe del indebido apoderamiento efectuado en los años anteriores.

14. Las sumas adeudadas por Bavaria S.A. —fábrica de Girardot— y que se encuentran consignadas en el acápite de cuantía, dejaron de ingresar al patrimonio de Rojas Torres y Cía. Ltda., por incumplimiento imputable a Bavaria S.A.

15. Por cuanto la obligación cuyo cumplimiento aquí se reclama, nace de un contrato debidamente celebrado, por lo cual goza de plena eficacia jurídica y está plenamente protegida por la ley; la sociedad demandada está obligada a indemnizar a mi representado, por el daño causado con su actitud generadora de responsabilidad en el

incumplimiento parcial de su obligación de remuneración por la distribución y reventa (transporte) de los productos fabricados por Bavaria S.A., y que se tradujo en un desequilibrio económico en contra de Rojas Torres y Cía. Ltda.; el cual debe ser resarcido a título compensatorio a través del reconocimiento de los intereses bancarios corrientes, de todas las sumas adeudadas desde el mes de junio de 1986 hasta el mes de marzo de 1994, por concepto de lucro cesante, que ruego a los señores magistrados ordenar su pago como indemnización a favor del demandante Rojas Torres y Cía. Ltda. (C.C., arts. 1613 y 1614) y a cargo de Bavaria S.A.

16. Al respecto, es menester determinar que el artículo 1614 del Código Civil enseña que el lucro cesante es “la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumpliéndola imperfectamente, o retardado su cumplimiento”.

“Es así como la honorable Corte Suprema de Justicia a través de reiterada jurisprudencia ha señalado, como lo indica la expresión, que el lucro cesante está constituido por todas las ganancias ciertas que han dejado de percibirse o que se recibirán luego, ganancias que como lo expresé, dejó de percibir y disfrutar la firma Rojas Torres y Cía. Ltda.

La situación contractual a que se contrae la demanda, los incumplimientos de Bavaria S.A. al pago de contratistas, que en similares o idénticos términos suscribieron contratos con la entidad, la retención ilícita de los reembolsos convenidos por concepto de fletes prepagados y demás, ya ha sido resuelta en tribunales arbitrales anteriores, habiéndose reconocido el derecho y la oportunidad, de exigirle a Bavaria S.A., el pago de tales sumas y sus intereses y actualizaciones respectivas. Adjunto a este escrito algunos de los laudos proferidos.

## **6. Contestación de la demanda**

La convocada Bavaria S.A. se pronunció respecto de los hechos de la demanda y se opuso a todas las pretensiones de la demanda y formuló como excepciones perentorias las de “Inexistencia de obligación a cargo de Bavaria S.A. y en favor de Rojas Torres y Cía. Ltda.” y en subsidio de la anterior, la de prescripción extintiva de la acción de la demandante.

## **7. Pruebas**

Dentro del proceso se tuvieron como pruebas las siguientes:

Pedidas por Rojas Torres y Cía. Ltda. en la demanda y su reforma:

### **Documentales**

En su valor legal se tuvieron como pruebas los documentos que obran en los folios uno (1) a 5729 del expediente, aportados por la convocante con la demanda y su adición.

### **Oficios**

A. A la Administración de Impuestos Nacionales regional de Ibagué, Tolima, para que enviara con destino al proceso copias auténticas de las declaraciones de renta de Rojas Torres y Cía. Ltda. de los años 1986, 1987 y 1992.

En respuesta a este oficio la DIAN respondió mediante comunicación 600945-0537, con la cual anexó la declaración de renta de la sociedad Rojas Torres y Cía. Ltda. correspondiente al año gravable de 1992.

B. Al Banco de la República para que enviara, con destino al proceso, la fórmula matemática que utiliza para la actualización de sumas de dinero.

En respuesta a este oficio el Banco de la República contestó que no le era procedente certificar o indicar fórmulas para la actualización de sumas de dinero.

### **Exhibición de documentos**

Se ordenó la exhibición de los originales de los contratos 0253 de mayo 21 de 1983; 0253 de septiembre 17 de

1986 y el “Otrofí” de mayo 17 de 1990. Igualmente, se ordenó la exhibición de los certificados de retención en la fuente, que Bavaria S.A. le hizo a Rojas Torres y Cía. Ltda. para los años de 1986, 1987, 1988, 1989, 1990, 1991, 1992, 1993 y 1994.

La exhibición de los documentos solicitada a Bavaria S.A. tuvo lugar el día 14 de mayo de 1996, en las oficinas del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y se surtió mediante el cotejo de los originales exhibidos y las copias que obran en los folios 8 a 12 del cuaderno de pruebas 13.

### **Prueba pericial**

Se decretó la práctica de una prueba pericial y se designó a los doctores Jorge Torres Lozano y Luis Carlos Neira Archila, expertos financieros, a quienes se solicitó rendir dictamen sobre las siguientes cuestiones:

1. Sobre las liquidaciones de intereses de las sumas de que tratan las pretensiones 2 y 3 de la demanda, y la pretensión contenida en la adición de la demanda.
2. Sobre la fórmula matemática ofrecida por el Banco de la República para la actualización solicitada en la demanda como pretensión subsidiaria y la operación misma de la actualización.

Del dictamen rendido solicitó aclaraciones y complementaciones la parte convocada, las cuales fueron surtidas en su oportunidad.

### **Testimonios**

Fueron oídas las declaraciones de los siguientes testigos:

Carlos Casilimas Cortés, Mery Villanueva, Francisco A. Rodríguez, Rogelio Suárez R., Enrique Donoso Varón, Alfonso Pineda Ruiz y Farid Campos Vega.

### **Pedidas por Bavaria S.A.**

#### **Interrogatorio de parte**

Se recibió, en la oportunidad decretada, la declaración de parte del señor Jaime Armando Torres, representante legal de Rojas Torres y Cía. Ltda.

#### **Exhibición de documentos**

Se ordenó la exhibición por parte de Rojas Torres y Cía. Ltda. de la totalidad de la correspondencia existente entre dicha sociedad y Bavaria S.A. por toda la vigencia del contrato, así como sus libros y comprobantes de contabilidad correspondientes a los años de 1972 a 1994 (en especial los concernientes al período comprendido entre jun./86 y mar. 31/94). De igual manera, los estados financieros y balances correspondientes a cada uno de esos años.

No se exhibieron por parte de la convocante los libros de contabilidad, ni los estados financieros por cuanto, según manifestación de la apoderada, la sociedad Rojas Torres y Cía. Ltda. no llevaba contabilidad sino precariamente y porque el contador había fallecido.

### **Prueba pericial**

Se ordenó la práctica de una prueba pericial y se designó a los doctores Matilde Cepeda y Rubén Darío Jiménez, peritos contadores, quienes debidamente posesionados rindieron dictamen sobre el cuestionario propuesto por el apoderado de la convocada.

De este dictamen Bavaria S.A. solicitó aclaraciones y complementaciones, las cuales fueron rendidas oportunamente. Por su parte, la apoderada de la parte convocante formuló objeción por error grave al dictamen pericial de los peritos contadores y a las aclaraciones y complementaciones presentadas por estos.



Adicionalmente el tribunal consideró en su valor legal, como pruebas documentales incorporadas al expediente en el curso del proceso, las siguientes:

1. Folio 23 del libro de correspondencia de la división de ventas —departamento de logística de Bavaria S.A.— 88, aportada en la audiencia de mayo 21 de 1996 (acta 9).
2. Comunicación 13767 de 5 de agosto de 1986 de la vicepresidencia de ventas, aportada en la audiencia de mayo 21 de 1986 (acta 9).
3. Cuadro de gastos y costos de explotación de vehículos pesados de carga.
4. Cuadro de tarifas mínimas, valor por tonelada, junio de 1993, de la Federación Colombiana de Transportadores de Carga por Carretera, Colfecar.
5. Cuadro sobre carreteras que conserva el distrito de obras públicas 8, Bogotá.
6. Mapa de vías, distrito 8, sede Bogotá.
7. Tarifas mínimas valor por tonelada, enero - septiembre 1995.
8. Artículo escrito sobre comportamiento de los costos y tarifas recomendadas (3 fls.)
9. Cuadro de tarifas por tonelada enero de 1987.
10. Documentos entregados por Bavaria S.A. con destino a los peritos, con la información discriminada del peso en kilogramos de los diversos productos que produce Bavaria tanto llenos como vacíos, contenido en un cuadro de dos hojas y 28 fotocopias de los listados de computador donde aparecen discriminados los valores que por fletes de transporte reconoció y pagó Bavaria a quienes transportaban sus productos, entre 1986 y 1993.
11. Fotocopias de los extractos de las cuentas corrientes de Rojas Torres y Cía. Ltda. de 1986 a 1994.

Pruebas decretadas de oficio por el tribunal

El tribunal decretó de oficio y practicó las siguientes pruebas:

### **Testimonios**

Jaime Beltrán Herrera, Jaime Mazuera Lara, Juan José Arias y Augusto López Valencia.

### **Exhibición**

Por parte de Bavaria S.A. de los documentos correspondientes a la matriz de costos o estructura promedio de costos para la cerveza de producción nacional que esa compañía presentara anualmente al Ministerio de Desarrollo o Superintendencia Nacional de Precios, para la fijación de los precios del producto para su consumo, correspondientes al período comprendido entre 1986 y 1993.

La diligencia tuvo lugar en las dependencias de Bavaria S.A. el día 16 de septiembre de 1996, con los resultados de que da cuenta el acta 16 correspondiente a la reunión celebrada ese día.

### **Prueba pericial**

De oficio el tribunal solicitó a los peritos financieros y a los peritos contadores, aclarar las diferencias surgidas entre las cifras presentadas en los dictámenes efectuados para los años 1986 y 1989, lo cual efectivamente hicieron en la oportunidad prevista.

De igual manera se decretó oficiosamente la práctica de una pericia con el fin de que los peritos designados para el efecto, doctores Matilde Cepeda y Jorge Torres Lozano, determinaran lo solicitado por el tribunal (acta 14, fl. 177, cdno. ppal.).

Del dictamen presentado, los apoderados de ambas partes solicitaron aclaraciones y complementaciones, las cuales fueron rendidas en su oportunidad.

## **8. Audiencia de conciliación**

En cumplimiento del artículo 6° del Decreto 2651 de 1991, las partes fueron convocadas a una audiencia de conciliación, que se llevó a cabo el día 19 de junio de 1996 en el centro de arbitraje y conciliación de la cámara de comercio, sin que hubiesen llegado a ningún acuerdo.

## **9. Alegatos**

La audiencia de alegatos tuvo lugar el 8 de noviembre de 1996, en la cual las partes presentaron oralmente un resumen de sus alegaciones y adicionalmente entregaron a la secretaria el texto escrito de las mismas.

## **Consideraciones del tribunal**

### **A. Objeciones al dictamen pericial**

Según se desprende del capítulo destinado a reseñar los antecedentes del presente proceso arbitral y el desarrollo de su trámite, la procuradora judicial de la sociedad convocante formuló objeciones por error grave contra el dictamen rendido por los peritos en materias contables, así como a las complementaciones y aclaraciones que al mismo hicieron los expertos a instancia del procurador judicial de la convocada.

Es en el laudo donde deben decidirse tales objeciones, como lo dispone el artículo 113 de la Ley 23 de 1991. En el presente caso, por tratarse de un medio probatorio de particular importancia para el esclarecimiento de los temas objeto de debate, el tribunal procede, antes de ocuparse en el examen de los fundamentos de las pretensiones de la sociedad convocante y los de las excepciones de mérito propuestas por la demandada, a pronunciarse sobre las objeciones formuladas pues de ello dependerá la posibilidad de apreciar o no, total o parcialmente, la peritación practicada. Al efecto se considera:

La objeción por error grave formulada por la sociedad Rojas Torres y Cía. Ltda. contra el dictamen rendido por los peritos en contabilidad, así como a sus complementaciones y aclaraciones

A solicitud de Bavaria S.A., el tribunal decretó la práctica de una prueba pericial a cargo de expertos en el área de la contabilidad, con el objeto de que respondieran el cuestionario que para tal efecto se incluyó en el escrito de contestación a la demanda y designó como peritos a los señores Ana Matilde Cepeda Mancilla y Rubén Darío Jiménez.

El 4 de julio de 1996, los nombrados peritos presentaron su dictamen dentro del término fijado; de él se corrió traslado a las partes según lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil y se fijaron los honorarios que debía cancelar la parte que solicitó la prueba (acta 13).

En ejercicio del derecho de contradicción de la prueba pericial, el apoderado de Bavaria S.A. solicitó al tribunal decretar aclaraciones, y complementaciones del dictamen rendido. El tribunal accedió a esas solicitudes y, de oficio, dispuso que los peritos aclararan algunas diferencias que surgían de las cifras presentadas, correspondientes a los años de 1986 y 1989, comparadas con las registradas en el experticio financiero decretado a instancia de la sociedad actora (acta 14).

El 9 de agosto de 1996, los peritos presentaron al tribunal las adiciones o aclaraciones ordenadas, de las cuales se corrió traslado a las partes de conformidad con lo dispuesto por el ordinal 4° del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil. Dentro de esa oportunidad, la sociedad convocante, por medio de su apoderada judicial, objetó el dictamen y sus aclaraciones y complementaciones por errores graves, según se desprende del memorial obrante en el respectivo cuaderno de trámite, los cuales hizo consistir en los siguientes aspectos:

a) Objeciones relativas a la cuenta corriente. Como en su dictamen inicial los peritos expresaron que su verificación llegó hasta constatar “el abono en la cuenta corriente del contratista”, el apoderado de Bavaria S.A. solicitó aclararan “a qué cuenta corriente se están refiriendo”. El tribunal accedió a ordenar la aclaración pedida, y

los peritos en las aclaraciones y complementaciones rendidas el 9 de agosto último, manifestaron que por “cuenta corriente” entendían “aquel rubro en donde se registran todas las transacciones a favor o a cargo del beneficiario del contrato escrito o verbal. En este caso nos referimos a la “cuenta corriente” que Rojas Torres y Cía. Ltda. tenía en Bavaria S.A. para la aplicación de las sumas que debía como distribuidor y las contrapartidas que Bavaria S.A. le debía como transportador (ej.: Los préstamos de envase, la compra, el pago de la compra, el abono por los fletes de distribución y los fletes directos, las roturas, los faltantes de cargamento, etc.)”.

La procuradora judicial de la parte convocante objeta también esa apreciación pues, dice, los peritos incurrir en “protuberante error” por cuanto “no hubo deudas por parte del contratista con la empresa Bavaria para el pago de las compras de productos”; y agrega que “no existieron partidas ni contrapartidas a cargo del demandante y sí de la empresa Bavaria para con este último”, precisando que “no es cierto que existan partidas y contrapartidas para el pago de productos, contrario a lo claramente detallado por la cuenta corriente acerca del crédito de envases y canastas el cual sí tenía el contratista luego de reunir los requisitos de pignoración e hipotecas exigidos por Bavaria”.

Objeta igualmente la apoderada de la sociedad convocante la apreciación de los peritos, contenida en el escrito de aclaraciones y complementaciones, conforme a la cual “en esta cuenta se llevaban todas las novedades generadas por esta relación económica y se efectuaba corte de su movimiento mensualmente entregándose extracto o estado de su cuenta”, pues considera que también adolece de error, porque no encuentra explicable cómo la mencionada cuenta carece de las siguientes informaciones “vitales para hacer honor a su naturaleza”:

— Información pormenorizada, de acuerdo con las facturas diarias, sobre los dineros que por concepto de fletes canceló su representada a Bavaria S.A. o, cuando menos, un informe totalizado de estas sumas, a efectos de poder establecer cuál era el dinero que Bavaria S.A. no devolvía al distribuidor;

— Valor de los reembolsos o abonos diarios que Bavaria S.A. hacía de las sumas que el contratista había cancelado previamente a aquella por concepto de fletes;

— Indicación del sitio a donde el contratista debía llevar los productos referenciados en cada factura y el kilometraje recorrido;

— Detalle exacto de los pesos de las canastas y envases de cada uno de los productos transportados por su representada;

— La cantidad de cerveza en lata transportada durante el período comprendido por la “cuenta corriente” y el peso de las respectivas cajas, pues en la cuenta corriente no figura que su representada hubiese hecho transporte de cerveza en lata a pesar de que en las facturas correspondientes a dicho período aparece que sí la transportó.

Concluye, de todo ello, que “la cuenta corriente carece por completo de la real, honrada y completa información que debiera contener, por lo cual lejos está de ser el documento a que aluden los señores peritos”;

b) Objeciones atinentes a la noción de “cupos asignados”. Como en el caso anterior, en su dictamen inicial los peritos hicieron mención al “cupos asignados”. El apoderado de Bavaria S.A., en su oportunidad, solicitó aclaración del dictamen a efectos de que los expertos precisaran qué comprende el concepto de “cupos asignados”, aclaración a la cual accedió el tribunal. Al respecto, en el escrito que contiene las aclaraciones y complementaciones, los peritos contables precisaron que el mencionado concepto “es aquella cuantía o límite preestablecido que da derecho a un valor de crédito hasta el cual se hace entrega de los productos de Bavaria S.A. previa solicitud y autorización de esta, en forma ocasional. Fuente: Manual administrativo de ventas de Bavaria S.A.”.

La procuradora judicial de la sociedad convocante, en el escrito de objeciones por error grave, y en cuanto concierne a este aparte de las aclaraciones y complementaciones, manifiesta que “confunde este dicho, por cuanto en el presente caso y durante el período 1986 a 1994, jamás hubo crédito de productos de Bavaria a favor del distribuidor; por el contrario, el pago para retirar los mismos siempre tenía que ser en efectivo o cheque a la vista”;

c) Objeciones en cuanto a los “fletes”. El procurador judicial de Bavaria S.A. solicitó que los expertos en contabilidad aclararan su dictamen inicial para que informaran “si de acuerdo con la contabilidad analizada y los

restantes documentos estudiados ... la sociedad Rojas Torres y Cía. Ltda. conocía o estaba en capacidad de conocer, desde 1986 y hasta la finalización del contrato, los parámetros indicados por Bavaria S.A. para los fletes 1 y 2”, aclaración que el tribunal ordenó en su momento. En el escrito contentivo de las aclaraciones y complementaciones, los expertos manifestaron al respecto:

“Asumimos que el contratista mensualmente, cuando la agencia le hace entrega del extracto de cuenta corriente (para que haga los cruces y diga si están conformes con el saldo y con los movimientos), estaba en la capacidad de conocer todos los eventos económicos relacionados con su contrato de distribución y de transportador y de reclamar en el momento oportuno.

Anexamos un extracto —Cuentas Corrientes de Contratistas de Ventas— en donde textualmente aparece (pág. 1725): les solicitamos revisar EL PRESENTE EXTRACTO. TRANSCURRIDOS 15 DÍAS A PARTIR DE LA FECHA SIN RECIBIR OBSERVACIÓN ALGUNA A ESTE EXTRACTO, LO CONSIDERAREMOS APROBADO DE SU PARTE. SUS OBSERVACIONES DIRÍJALAS A: BAVARIA S.A. AUDITORÍA INTERNA DE SU LOCALIDAD” (las mayúsculas y la negrilla no son del tribunal).

Contra la primera parte de la respuesta transcrita surge la procuradora judicial de la convocante en los siguientes términos:

Incorre nuevamente esta afirmación en un “error grave” por cuanto su conocimiento no está conforme con la realidad:

“... No pueden los peritos asumir un hecho que no han confrontado de la vivencia misma de los acontecimientos, los cuales en el presente caso se podían analizar directamente de los documentos que les fueron exhibidos para su estudio.

... Tampoco pueden inferir la intención de la demandada al expedir la “cuenta corriente” ... esta labor de interpretación no está asignada a los expertos en contabilidad.

“... Mal pueden afirmar los expertos que la agencia le entregaba las “cuentas corriente” de acuerdo con lo transcrito anteriormente y mes a mes al contratista (pág. 14, dictamen de jul./96, final 2º párr.), por cuanto no existe prueba de un medio de comunicación idóneo entre Bavaria y el contratista para hacer conocer de este último tal documento, como una tarifa postal reducida o cualesquier (sic) otro conducto directo de información.

... En la “cuenta corriente” allegada por la demandada, y por los señores peritos contables en su aclaración, no aparece firma de recibo de la misma, que compruebe que dicha “cuenta corriente” era conocida por la sociedad Rojas Torres y Cía. Ltda.

... No figuran “cuentas corrientes” elaboradas por Bavaria S.A. antes de 1993, lo cual hace presumir que con anterioridad a esta fecha nunca las imprimió Bavaria; por lo tanto no pueden los señores peritos dejar inerte el concepto del apoderado de la demandada cuando se refiere a que el contratista “conocía o estaba en capacidad de conocer, desde 1986 y hasta la finalización del contrato, los parámetros indicados por Bavaria S.A. para los fletes (1) y (2)”, ya que este silencio otorga razón al interrogante (resaltado fuera de texto)”;

d) Objeciones al dictamen inicial. Luego de transcribir algunos párrafos del dictamen rendido el 4 de julio del año en curso, tomados de la página 14 de dicho documento, expresa la apoderada de la sociedad convocante que “los señores peritos no se detuvieron a conceptualizar basados en un análisis minucioso de la contabilidad de dicha empresa” (Bavaria S.A., anota el tribunal) y agrega que el experticio contiene frases que revelan que los peritos entendieron que “Bavaria S.A.” hacía pagos, cuando la realidad contractual demuestra que ella no ejecutaba pagos sino reembolsos ya que “Todos y cada uno de los pagos por concepto de fletes, eran efectuados obligatoria y exclusivamente por la Sociedad Rojas Torres y Cía. Ltda. a la Sociedad Bavaria S.A., al momento de retirar los productos para su posterior reventa. La sociedad demandada nunca erogó tales reembolsos de su patrimonio”.

Finalizó el escrito de la procuradora judicial de la sociedad convocante, solicitando la práctica de una serie de pruebas que, a su juicio, servían de fundamento a las objeciones que se dejan reseñadas.

Del memorial de objeciones, el tribunal dio traslado a la sociedad demandada de conformidad con lo dispuesto en el numeral 5° del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil (acta 16). Al descorrer el traslado, la sociedad convocada manifestó que las circunstancias que, a términos del numeral 4° del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, abren paso a la objeción por error grave son por completo ajenas a las razones que sirven de fundamento a las censuras realizadas por la objetante y que lo expuesto en el escrito de objeciones solo eran comentarios a ciertas explicaciones de los peritos con las cuales no estaba de acuerdo, pero no la precisión de errores graves en las conclusiones del dictamen. Finalizó solicitando se denegaran, por inconducentes, las pruebas pedidas por la objetante, toda vez que en cuanto a algunas de ellas, se enderezaban a obtener nuevas explicaciones y complementaciones del dictamen y sus aclaraciones lo cual no está permitido por la ley y, en cuanto a otras, se enderezaban a acreditar aspectos que ya estaban suficientemente demostrados con otras pruebas practicadas durante el proceso y que, además, “nada tienen que ver con supuestos errores en el experticio objetado”.

Mediante providencia dictada el 20 de septiembre del año en curso (acta 17) el tribunal, una vez analizados los fundamentos de los errores graves aducidos por la sociedad demandante y los argumentos de la convocada, negó la práctica de las pruebas solicitadas como soporte de las objeciones planteadas por considerar que a través del procedimiento de objeciones lo que se pretendía, en realidad, era solicitar nuevas aclaraciones o adiciones al dictamen pericial, cuando la oportunidad procesal idónea para hacerlo había ya precluido. Contra dicha providencia, la procuradora de la sociedad convocante interpuso recurso de reposición, del cual se dio traslado a la otra parte y fue resuelto por el tribunal en la misma audiencia en el sentido de confirmar su anterior providencia.

El numeral 4° del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, tal como quedó modificado en virtud de lo dispuesto por el Decreto Ley 2282 de 1989 y que regula la contradicción de la prueba pericial, dispone que el dictamen puede ser objetado por error grave “siempre que el error haya sido determinante de las conclusiones a que hubieren llegado los peritos o porque el error se haya originado en estas”. Contrasta la norma en vigencia con la originalmente plasmada en el código de 1970, que disponía solamente que las partes podían “objetar el dictamen por error grave”, circunstancia que había permitido interpretar que el error podía ubicarse en cualquiera de las partes integrantes del dictamen.

Con la disposición actualmente en vigor, los errores graves del dictamen pericial, para que puedan merecer la calificación de tales, deben incidir en sus conclusiones u originarse en ellas. No se trata, entonces, de cualquier error grave —como parecía permitirlo la norma de 1970— sino de aquellos que estén provistos de entidad tal que, de no haberse presentado, otro sería el contenido y el resultado de la peritación. De allí que el numeral 5° del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, como quedó modificado en virtud del Decreto 2282 de 1989, imponga al objetante la carga de precisar los errores graves en el escrito de objeciones y la de solicitar la práctica de las pruebas para demostrarlos. Tales pruebas, a juicio del tribunal, han de reunir los requisitos generales de toda prueba señalados por los artículos 174 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. De manera especial, ha de tratarse de pruebas que no sean ineficaces; no han de ser superfluas y deben ser conducentes y pertinentes para demostrar lo que se pretende acreditar (“*thema probandi*”) y, por último, no deben ser legalmente prohibidas.

La jurisprudencia de la honorable Corte Suprema de Justicia (G.J., T. 52, pág. 306) ha considerado que los reparos al dictamen “deben poner al descubierto que el peritazgo tiene bases equivocadas de tal entidad o magnitud que imponen como consecuencia necesaria la repetición de la diligencia con intervención de otros peritos ...” y que lo que caracteriza desaciertos de tal naturaleza y permite diferenciarlos de otros defectos imputables a un dictamen “... es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven ...”. De allí que las tachas por error grave a que se refiere el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil “no pueden hacerse consistir en las apreciaciones, inferencias, juicios o deducciones que los expertos saquen, una vez considerada recta y cabalmente la cosa examinada. Cuando la tacha por error grave se proyecta sobre el proceso intelectual del perito, para refutar simplemente sus razonamientos y sus conclusiones, no se está interpretando ni aplicando correctamente la norma legal y, por lo mismo, es inadmisibles para el juzgador, que al considerarla entraría en un balance o contraposición de un criterio a otro criterio, de un razonamiento a otro razonamiento, de una tesis a otra, proceso que inevitablemente lo llevaría a prejuzgar sobre las cuestiones de fondo que ha de examinar únicamente en la decisión definitiva”. (G.J., T. 85,

pág. 604), consideraciones reproducidas por la propia Corte Suprema, Sala Civil, en auto de 8 de septiembre de 1993, publicado en la revista “Jurisprudencia y doctrina”, tomo 22, N° 263, página 1072.

El error grave que abre paso a la objeción del dictamen puede, entonces, aparecer bien en el objeto analizado, ora en la metodología empleada para su estudio, esto es, en los ensayos, procedimientos o experimentaciones utilizadas, y también puede recaer sobre las conclusiones del dictamen.

Como resulta de la transcripción que el tribunal ha hecho del escrito contentivo de las objeciones por error grave formuladas por la parte convocante en contra del dictamen pericial rendido por los expertos señores Matilde Cepeda y Rubén Darío Jiménez, y su confrontación con lo que viene de decirse, resulta evidente para el tribunal que, de una parte, las llamadas objeciones no son tales sino inquietudes que pretendían, extemporáneamente, que los peritos adicionasen o complementasen lo expuesto en las aclaraciones y complementaciones de su dictamen. El ordenamiento procesal civil colombiano no contempla esa posibilidad y está bien que así sea, porque el debate probatorio de un dictamen pericial se haría interminable si se admitiese que las aclaraciones y complementaciones rendidas por los expertos pudiesen ser objeto, a su turno, de nuevas aclaraciones y complementaciones y estas, a su vez, de otras nuevas.

Es del caso anotar, de otra parte, que las objeciones formuladas por la procuradora judicial de la convocante no apuntan a poner de manifiesto que el dictamen se funda en bases equivocadas o erróneas, sino que evidencian tan solo diferencias de criterio en relación con conceptos u opiniones expresadas por los expertos y, finalmente, que no probó la sociedad convocante y objetante del dictamen pericial, los errores graves en que pudieron haber incurrido los expertos, puesto que las pruebas que al efecto solicitó, no eran conducentes ni pertinentes, como no lo eran, según lo declaró en su oportunidad el tribunal, las nuevas aclaraciones o adiciones que la convocante trató de hacer valer respecto de las aclaraciones, adiciones y complementaciones ya producidas.

No prosperan, en consecuencia, las objeciones por error grave formuladas por Rojas Torres y Cía. Ltda. contra el dictamen pericial y sus aclaraciones y complementaciones, rendidos por los expertos contadores señores Matilde Cepeda Mancilla y Rubén Darío Jiménez, y así se declarará en la parte resolutive del presente laudo. Procede en consecuencia el tribunal a ocuparse en el examen de la controversia sometida a su decisión.

## **B. Planteamiento del litigio**

### **La demanda**

Afirma la apoderada del demandante (hechos 9 y ss. de la demanda) que Bavaria exigía al contratista el pago de la totalidad de los productos, más los fletes por transporte, distribución y reventa, los cuales le serían reembolsados al pagarle la contraprestación a la que, de acuerdo con el contrato, tenía derecho el contratista, cosa que no hizo Bavaria porque retenía sin causa legal una parte de esos fletes y solo devolvía un porcentaje. Afirma también la apoderada de la sociedad demandante, que el monto de los dineros adeudados por Bavaria a la Sociedad Rojas Torres y Cía. Ltda. “resulta o se estableció mediante la diferencia entre la suma de los valores denominados fletes —que aparecen en todas y cada una de las facturas expedidas por el contratante— y pagados por Rojas Torres y Cía. Ltda. y los valores cancelados por Bavaria S.A. al contratista que aparecen relacionados en los certificados de retención en la fuente ...”.

En consecuencia, demanda que se declare que Bavaria S.A. incumplió el contrato suscrito con Rojas Torres y Cía. Ltda.; que Bavaria S.A. debe al contratista las sumas que le retuvo injustamente junto con los intereses bancarios corrientes y moratorios y subsidiariamente, que la condena sea actualizada mediante la utilización de la fórmula que para el efecto utiliza el Banco de la República.

### **La contestación**

Por su parte, el señor apoderado de la sociedad demandada sostiene que esta pagó a la demandante la totalidad de las sumas convenidas en el contrato y sus modificaciones como remuneración por sus labores de transporte, distribución y reventa de los productos de Bavaria S.A. Manifiesta que Bavaria S.A. no reembolsó al contratista la totalidad de las partidas llamadas “fletes” consignadas en la factura porque el contratista las recuperaba, junto con el valor de las bebidas cuando las revendía a los tenderos y minoristas al mismo precio que las compraba, el cual

era señalado por Bavaria S.A. La remuneración del contratista, dice el apoderado de la demandada, era únicamente la pactada en el contrato y además las sumas que se le reconocían como transportador por toneladas de productos llevados de Girardot a Pandi, cuando prestaba esa labor. Agrega que Bavaria S.A. no estaba obligada a reconocer al contratista la suma llamada en la factura “valor fletes” porque esas partidas correspondían a Bavaria S.A. ya que en ella “estaban incluidas las sumas a las que de acuerdo con el contrato tenía derecho Rojas Torres y Cía. Ltda. por las labores a su cargo y también los fletes para Bavaria por el transporte de sus productos entre y a las diferentes plantas del país”. Concluye que en el contrato quedó claro que la única remuneración a que tendría derecho Rojas Torres y Cía. Ltda. corresponde a las sumas expresamente pactadas en el contrato, sin que pueda reclamar a Bavaria S.A. ninguna otra prestación o remuneración. Afirma, además, que cuando Rojas Torres y Cía. Ltda. prestó algún servicio adicional de transporte, distinto al señalado en el contrato, le fue totalmente pagado por Bavaria S.A. a las tarifas que en ese momento regían para este tipo de servicios.

## **La litis**

La confrontación entre las partes se establece, en consecuencia, en la comparación de dos posiciones antagónicas: por un lado, la del demandante que, a partir de la suma de las cifras llamadas “fletes” en las facturas, encuentra que ese total es inferior al que efectivamente pagó Bavaria S.A. a Rojas Torres y Cía. Ltda. y como considera que esos valores le corresponden íntegramente, aspira a obtener que Bavaria S.A. se los pague. Por otra parte, la posición de Bavaria S.A. que afirma que la misma partida llamada en las facturas “fletes” corresponde, por lo menos parcialmente, a Bavaria S.A., que solo estaba obligada a pagar lo que contractualmente se había estipulado, como en efecto dice haberlo hecho.

Corresponde al tribunal, en consecuencia, dilucidar la cuestión.

## **C. Los contratos**

Entre Rojas Torres y Cía. Ltda. y Bavaria S.A. se suscribieron dos contratos, así: El del 19 de abril de 1972 y el del 21 de mayo de 1983, modificado parcialmente el 17 de septiembre de 1986. El tribunal pasará, a continuación, a examinar el objeto de los contratos y las prestaciones pactadas a cargo de cada una de las partes, de acuerdo con los elementos probatorios aportados al presente proceso arbitral.

### **1. Contrato del 19 de abril de 1972**

En este instrumento se dispone en su cláusula primera que su objeto “es la venta por parte de Bavaria S.A. al contratista de los siguientes productos ...”. En la segunda cláusula, las partes acuerdan que los productos materia de este contrato serán entregados por Bavaria S.A. al contratista en la fábrica de Girardot. Más adelante, en la cláusula quinta, se lee que el contratista se compromete a efectuar “todos los actos comerciales ..., siendo por su cuenta todos los gastos de transporte, movilización, almacenamiento, distribución y venta ...”.

En la cláusula decimoprimera se estipula que Bavaria S.A. pagará al contratista los siguientes conceptos:

- a) Como precio de la distribución y venta de los productos objeto de este contrato, la suma de un peso con setenta centavos (\$ 1.70) por canasta vendida;
- b) Por concepto de transporte entre la fábrica de Girardot y la localidad de Pandi, tanto de cerveza como de envase y canastas, la suma de cincuenta pesos (\$ 50.00), y
- c) La suma de un peso con cuarenta centavos (\$ 1.40) por fletes de reparto, por la entrega de los productos a los expendedores en la zona asignada al contratista.

En la misma estipulación se manifiesta que es entendido que en el precio acordado por concepto de transporte queda comprendida la devolución a Bavaria S.A. de los envases y canastas en Girardot.

Como la demanda de Rojas Torres y Cía. Ltda. contra Bavaria S.A. se contrae a la ejecución del contrato entre enero de 1986 y marzo de 1994, el tribunal se abstiene de hacer por separado el análisis de las estipulaciones del contrato de abril de 1972, pues su interés para el laudo que se profiere está limitado a mostrar la forma como

evolució la relación entre las partes, con el fin de hacer plena claridad acerca de la controversia suscitada entre ellas.

## **2. Contrato del 21 de mayo de 1983**

Este contrato establece en la primera de sus cláusulas que tiene por objeto “la venta por parte de Bavaria al contratista de los productos fabricados por aquella con el fin de que el contratista por su cuenta y riesgo los revenda dentro del territorio que Bavaria le indique mediante comunicación escrita que hará parte de este contrato”. En la tercera estipulación las partes acuerdan que los productos objeto del contrato serán entregados por Bavaria S.A. al contratista en la fábrica de Girardot, obligándose el contratista a devolver a Bavaria S.A. en el mismo sitio los envases y cajas. En la cláusula sexta las partes convienen que el contratista se compromete a efectuar “todos los actos tendientes al desarrollo de este contrato ..., siendo por su cuenta todos los gastos de transporte, movilización, almacenamiento, distribución y reventa ...”.

En relación con el precio, en la cláusula décimo segunda se lee que “el precio de venta de Bavaria al contratista será fijado por aquella, teniendo en cuenta las normas legales pertinentes y la ubicación de la zona asignada al contratista por normas internas de la empresa. Bavaria reembolsará al contratista los gastos en que este incurra en razón de la distribución y reventa de los productos objeto de este contrato, estimados en la suma única de treinta y nueve pesos (\$ 39.00 m/cte.) por caja vendida”.

## **3. Modificaciones del 17 de septiembre de 1986**

Este último instrumento se limita a modificar dos estipulaciones del contrato del 21 de mayo de 1983, de la siguiente manera:

### **a) Cláusula tercera**

Establece que los productos objeto del contrato serán entregados por Bavaria S.A. al contratista en la localidad de Pandi, en vez de Girardot;

### **b) Cláusula decimosegunda**

Dispone que Bavaria S.A. reconocerá al contratista por la distribución y reventa de los productos objeto del contrato, la suma única de veinticuatro pesos (\$ 24.00) por caja y diecinueve pesos con veinte centavos (\$ 19.20) por bandeja vendidas.

## **Naturaleza y ejecución del contrato**

Para precisar el alcance de la controversia es necesario examinar el contrato suscrito entre las partes y sus reformas, establecer su naturaleza, las obligaciones a cargo de las partes y la forma establecida por ellas para el cumplimiento de sus prestaciones, porque, como es sabido, las relaciones y obligaciones surgidas de un contrato y sus modificaciones a él deben atenderse y no a consideraciones particulares ni a las interpretaciones subjetivas que los contratistas hagan, ya que están obligados no solo a lo expresado literalmente en el contrato sino también a lo que emane de su naturaleza (C.C., arts. 1602 y 1603).

Visto el contrato y las obligaciones derivadas del mismo, puede afirmarse que se trata de una convención comercial en virtud de la cual las partes, ambas comerciantes, crearon derechos y obligaciones a favor y a cargo de cada una de ellas, en desarrollo de los cuales Bavaria S.A. entregaba periódicamente, a título de venta, sus productos para que Rojas Torres y Cía. Ltda. los transportara, los distribuyera y los revendiera a los precios señalados por Bavaria S.A. Por lo tanto, el contrato, además de regirse por las normas propias del Código de Comercio, se rige, en lo no reglamentado expresamente por él, por las normas del Código Civil (C. Co., art. 2º). Sobre esos presupuestos debe mirarse el contrato, teniendo en cuenta, además, que era bilateral, puesto que las dos partes contratantes establecieron derechos y obligaciones mutuos a su favor y a su cargo (C.C., art. 1496); que era oneroso, ya que su causa estaba en el propósito de derivar para cada uno de los contratantes una utilidad económica (C.C., art. 1497); que era conmutativo, puesto que cada una de las partes se obligó con la otra a hacer algo que consideraron equivalente a lo que la otra debía hacer o dar (C.C., art. 1496) y que el contrato era



consensual, ya que para su perfeccionamiento bastaba con el mero consentimiento de las partes, sin necesidad de hacer tradición de nada ni del cumplimiento de formalidad alguna (C.C., art. 1500 y C. Co., art. 824).

El objeto del contrato era múltiple, pues consistía en “la venta por parte de Bavaria al contratista de los productos fabricados por aquella con el fin de que el contratista, por su cuenta y riesgo, los revenda dentro del territorio que Bavaria le indique mediante comunicación escrita que hará parte de este contrato. Bavaria informará igualmente al contratista por escrito, con la periodicidad que se requiera, sobre las marcas de cervezas y refrescos que esté en condiciones de vender al contratista en desarrollo del presente contrato (cláusula primera del contrato de mayo 21/83). Lo anterior sin perjuicio de que Bavaria pudiera continuar “el acreditamiento de las marcas y líneas de sus productos y fijara las normas y sistemas al respecto” (cláusula 8ª), reservándose “el derecho de supervisar el abastecimiento del territorio asignado al contratista y la atención a la clientela, con el fin de asegurar un eficiente y oportuno servicio de distribución y reventa de sus productos” (cláusula 9ª).

La cláusula relativa al objeto del contrato solo menciona la venta y reventa de los productos. Sin embargo, según las cláusulas sexta y decimosegunda y por la ejecución práctica que las partes hicieron del contrato, una de las prestaciones a cargo del contratista continuó siendo la distribución de los productos. A las prestaciones expresamente enunciadas en el contrato, las partes posteriormente, durante la ejecución contractual, agregaron otras consistentes en las labores de transporte de productos de Bavaria S.A. entre su fábrica en Girardot y la zona asignada a Rojas Torres y Cía. Ltda., ya que Bavaria S.A. tenía interés en desarrollar las ventas y el consumo de sus productos.

Según el contrato, Rojas Torres y Cía. Ltda. se comprometió, por su parte, a comprar para revender y distribuir dentro del territorio que le fue asignado, por su cuenta y riesgo, los productos que le suministraba Bavaria S.A. a los precios que esta misma señalaba, todo ello a cambio de una remuneración económica fijada en la cláusula decimosegunda del contrato, así: “Precio. El precio de venta de Bavaria al contratista será fijado por aquella, teniendo en cuenta las normas legales pertinentes y la ubicación de la zona asignada al contratista por normas internas de la empresa. Bavaria reembolsará al contratista los gastos en que este incurra en razón de la distribución y reventa de los productos objeto de este contrato; estimados en la suma única de treinta y nueve pesos (\$ 39.00) moneda corriente por caja vendida. Para efectos del cumplimiento de las normas legales y gubernamentales pertinentes, el precio de venta por parte del contratista de los productos a que se refiere este contrato no podrá ser superior a los precios de venta fijados por Bavaria para el territorio asignado al contratista, para cuyo efecto Bavaria le comunicará por escrito al contratista tales precios y cualquier modificación a los mismos, comunicación que hará parte de este contrato”.

Bavaria S.A. se comprometió inicialmente a suministrar a Rojas Torres y Cía. Ltda. los productos en la fábrica de Girardot (cláusula 3ª del contrato de mayo 21/83) y, más tarde, en Pandi (modificación, sep. 17/86), así como a pagarle por la distribución y reventa de los productos el valor fijado en esta modificación al contrato, esto es, la suma única de \$ 24.00 por cada caja y \$ 19.20 por cada bandeja vendidas, precios que sufrieron incrementos posteriores mediante comunicaciones que Bavaria S.A. le enviaba al contratista.

Cuando se modificó en septiembre de 1986 la cláusula tercera del contrato y se convino que Bavaria S.A. entregaría los productos en Pandi, se rebajó la remuneración pactada a cargo de Bavaria S.A. y a favor de Rojas Torres y Cía. Ltda. por concepto de distribución y reparto de los productos, pero desde entonces Bavaria S.A. dio a los contratistas la opción de hacer el transporte de los productos desde Girardot hasta las respectivas zonas o localidades asignadas, mediante el pago de una remuneración adicional, no prevista ni tarifada expresamente en el contrato del 21 de mayo de 1983 ni en la modificación del 17 de septiembre de 1986, que la demandada les pagaba a los contratistas, entre ellos a Rojas Torres y Cía. Ltda. Esa remuneración surgía de la propuesta que en cada caso hacía Bavaria S.A. a los transportadores, que ellos podían aceptar o no. Los testigos han dicho que Bavaria S.A. les avisaba a cómo pagaría el transporte de sus productos desde la fábrica de Girardot a Pandi y otras localidades y a cómo pagaría el transporte de los envases vacíos desde las localidades señaladas hasta la fábrica de Girardot.

Las declaraciones de los testigos (ver declaraciones de Antonio Rodríguez, Farid Campos Vega y Enrique Donoso), los dictámenes periciales de Ana Matilde Cepeda Mancilla y Rubén Darío Jiménez, solicitado por Bavaria S.A., y el de Ana Matilde Cepeda Mantilla y Jorge Torres Lozano, decretado de oficio por el tribunal,

permitieron establecer que en esos casos, a pesar de lo pactado en las modificaciones del 17 de septiembre de 1986, la entrega de los productos no se hizo en Pandí, sino en Girardot, habiéndose convenido por aparte, en forma complementaria, que en esos casos el contratista tendría derecho a una remuneración por el acarreo de las bebidas desde la fábrica en Girardot hasta los lugares de distribución, es decir, que habría lugar a una remuneración a favor del contratista y a cargo de Bavaria S.A. por concepto del pago de los fletes de transporte de los productos entre Girardot y Pandí, teniendo en cuenta las tarifas que fijaba Bavaria S.A. de acuerdo con el peso de la carga, la distancia y el estado de las vías, tarifas que el contratista aceptaba para prestar el servicio, presentándose en consecuencia un mecanismo de oferta y aceptación de transporte, según los términos del Código de Comercio (arts. 845, 850 y 854).

En el contrato se previó también que “las ventas de los productos de Bavaria al contratista serán de contado. No obstante, Bavaria podrá otorgar al contratista un cupo de crédito representado por líquido, envases y cajas, cuya cuantía y términos de amortización se establecerán a juicio de Bavaria, previa la constitución de la correspondiente garantía a entera satisfacción de aquella. Queda entendido que la anterior estipulación por tratarse de una simple posibilidad no entraña compromiso alguno para Bavaria en cuanto al otorgamiento de crédito al contratista (cláusula decimotercera del contrato de mayo 21/83).

En el mismo contrato, en su reforma y en las reglamentaciones que se hicieron, se estableció que el contratista, además de retirar, distribuir y revender los productos de Bavaria S.A., debía devolver los envases vacíos para cambiarlos por botellas llenas, con el fin de efectuar posteriores operaciones de distribución y reventa entre los consumidores de la zona asignada, quienes, a su turno, retornaban a Rojas Torres y Cía. Ltda. los envases vacíos, cuando recibían nuevos productos.

A partir de lo dicho por las partes en la demanda y en la contestación, lo declarado por los testigos, lo conceptuado por los peritos y la aplicación práctica que las partes dieron al contrato, fuente de interpretación del mismo (C.C., art. 1622), se puede describir así la dinámica del acuerdo existente entre Rojas Torres y Cía. Ltda. y Bavaria S.A.:

- a) Suscrito el contrato inicial, la operación del mismo se inició cuando Rojas Torres y Cía. Ltda. compró a Bavaria S.A. botellas y canastas vacías que, en consecuencia, quedaron de propiedad del contratista;
- b) A partir de entonces, Rojas Torres y Cía. Ltda. compraba a Bavaria productos a los precios fijados por esta en la fábrica de Girardot, y en ese mismo momento pagaba la totalidad de la factura, incluidos el valor del líquido y la partida llamada “fletes” en la misma;
- c) Rojas Torres y Cía. Ltda. cargaba esos productos en sus camiones y los llevaba a los tenderos y minoristas de la zona asignada, entre quienes los distribuía al mismo precio a que Bavaria S.A. se los había entregado. En el momento en que el contratista entregaba los productos, los expendedores debían pagar a Rojas Torres y Cía. Ltda. la cantidad de producto comprado al precio fijado por Bavaria S.A., que era el mismo al que Rojas Torres y Cía. Ltda. los había recibido. En consecuencia, al terminar el recorrido, el contratista debía haber recuperado una suma exactamente igual a la que había pagado cuando hizo el pedido en la fábrica, cosa que a veces no sucedía porque Rojas Torres y Cía. Ltda. otorgaba, bajo su responsabilidad, crédito a los expendedores, circunstancias a las que Bavaria S.A. era ajena;
- d) Por el hecho de haber cumplido esta gestión, el contratista ya tenía el derecho a percibir de Bavaria S.A. la remuneración pactada en el contrato por la distribución y reventa de sus productos, según las tarifas establecidas contractualmente, teniendo en cuenta el número de canastas de cerveza y gaseosa y las bandejas de cerveza en lata compradas y distribuidas por Rojas Torres y Cía. Ltda. entre los tenderos y expendedores de la zona asignada;
- e) Al volver el contratista a Bavaria S.A. por más productos, hacía una operación igual a la anterior y pagaba de contado su precio, para lo cual disponía, en principio, del dinero que había recuperado al hacer las ventas durante el recorrido anterior. En esta segunda operación y en las sucesivas, Rojas Torres y Cía. Ltda. podía pagar el precio de la factura con el valor recaudado o pedir que se le tuviera en cuenta, total o parcialmente, lo que, de acuerdo con el contrato, le correspondía como remuneración por los viajes anteriores;
- f) A partir de la modificación del 17 de septiembre de 1986, además de las operaciones de reventa y distribución,

existió un acuerdo entre Bavaria S.A. y el contratista, en virtud del cual este podía hacer el transporte de las bebidas producidas por Bavaria S.A. desde Girardot hasta Pandi y devolver los envases desocupados, servicio por el cual Bavaria S.A. pagaría al contratista una suma, señalada por ella, que correspondía a los fletes de transporte, y podía ser aceptada o no por el transportador, haciéndose o no cargo de la prestación del servicio.

g) Para registrar todas estas operaciones, Bavaria S.A. abría a cada contratista una cuenta corriente en la que abonaba el valor de la retribución que le correspondía por la distribución y reventa de los productos según el número de canastas y bandejas compradas, distribuidas y revendidas, la cual se liquidaba conforme al precio convenido en el contrato.

También se registraba en esa cuenta corriente el valor de la retribución que le correspondía al contratista por el transporte de productos entre la fábrica y Pandi, cuando ese acarreo había sido hecho por el contratista. Igualmente se contabilizaban en esa cuenta corriente los demás servicios prestados por el contratista, tales como el valor del transporte de los envases desocupados y el de las botellas y canastas deterioradas;

h) Cada vez que Rojas Torres y Cía. Ltda. compraba más productos debía llevar los envases desocupados, que eran de su propiedad, para que fueran reemplazados por botellas llenas de líquido. En este momento se hacía una permuta de envases: se cambiaban los que Rojas Torres y Cía. Ltda. traía desocupados por los que recibía a cambio llenos de líquido. Por consiguiente, había junto con la permuta de envases, una compraventa de líquido. Por esa razón, el contratista solo debía pagar el valor del líquido que recibía;

i) Si había rotura o pérdida de envases o canastas, ese hecho solo afectaba a Rojas Torres y Cía. Ltda. porque él era el dueño de esos elementos y para continuar el negocio debía reemplazarlos comprando otros nuevos a Bavaria S.A. a los precios vigentes en ese momento;

j) Al hacerse la compra y expedirse la factura de compraventa, junto con el precio del líquido, Rojas Torres y Cía. Ltda. debía pagar a Bavaria S.A. el valor de la partida llamada en la factura “fletes”. Este es el punto que se discute para que el tribunal defina si esa cifra es totalmente para el contratista o es en parte de Bavaria S.A. y en parte del contratista, y

k) En la cláusula decimosegunda del contrato se fijó el precio de los servicios del contratista en una suma única que cubría la distribución y reventa de los productos. En la cláusula vigésima segunda se acordó que “Las partes convienen en que los únicos valores a que tiene derecho el contratista son los expresamente pactados en este contrato, sin que le pueda reclamar a Bavaria ninguna prestación y/o indemnización durante la vigencia o a la finalización del contrato, por cualquier concepto o a cualquier título”. Y, por aparte, se estableció, periódicamente, el precio del transporte de los productos entre la fábrica y la zona asignada al contratista.

El tribunal encuentra que el primero y el segundo contratos suscritos entre Rojas Torres y Cía. Ltda. y Bavaria S.A. rezan que su objeto es la venta de los productos de Bavaria al contratista para que, por su cuenta y riesgo, los “venda y distribuya”, según el primer instrumento, o, conforme al segundo “los revenda”. Como ya se indicó, en septiembre de 1986 no se modificó la cláusula sobre el objeto del contrato del 21 de mayo de 1983. Es decir, que su objeto continuó siendo el mismo.

Como también lo puso de presente el tribunal, el contrato del 21 de mayo de 1983 impuso a Rojas Torres y Cía. Ltda. la obligación de realizar los actos necesarios para el desarrollo del contrato en forma independiente, valiéndose de sus propios medios, con autonomía técnica y administrativa, asumiendo “todos los gastos de transporte, movilización, almacenamiento, distribución y reventa”. El tribunal debe señalar que esta mención a los gastos de transporte significa que los causados por la operación de transportar para la distribución y reventa de los productos, son de cuenta del contratista.

De otra parte, tanto en el pacto del 19 de abril de 1972 como en el del 21 de mayo de 1983, las partes dispusieron que los productos fueran entregados por Bavaria al contratista en la fábrica de Girardot.

En consecuencia, la modificación fundamental que al contrato de 1972 introdujo el suscrito en mayo de 1983 consistió en la forma de remunerar a Rojas Torres y Cía. Ltda., ya que mientras en 1972 la remuneración se descomponía en los tres conceptos indicados (distribución y venta de los productos, transporte entre Girardot y

Pandi y fletes de reparto por entrega de los productos a los expendedores), en 1983 se convino una suma única de treinta y nueve pesos (\$ 39.00) por caja vendida. Es decir, que los tres conceptos de remuneración a Rojas Torres y Cía. Ltda. se fusionaron en una suma única cuyos componentes el contrato no discrimina.

El tribunal quiere destacar que las modificaciones hechas por el instrumento de septiembre de 1986, a pesar de que formalmente no parecen tener una gran trascendencia, sí la poseen, porque Bavaria dejó de estar obligada a entregar en Girardot los productos objeto del contrato, para hacerlo en Pandi, y si bien continúa hablándose de sumas únicas por la distribución y reventa de los productos objeto del contrato, ya Bavaria S.A. no las pagaría al contratista para reembolsarle los gastos en que incurriera, sino para reconocerle las mencionadas labores. El tribunal concluye de esto que si Bavaria S.A. debía entregar en Pandi al contratista los productos objeto del contrato, y no en Girardot, suya era la obligación de transportarlos hasta esa localidad. Esto es tan evidente que los treinta y nueve pesos (\$ 39.00) que pagaba a Rojas Torres y Cía. Ltda. por caja vendida, según el contrato de mayo de 1983, pudieron reducirse en septiembre de 1986 a veinticuatro (\$ 24.00) por caja y a diecinueve pesos con veinte (\$ 19.20) por bandeja vendida.

Así las cosas, para el tribunal es claro que Bavaria S.A. podía ejecutar directamente esa labor, contratarla con terceros o con el contratista mismo. Deberá establecerse, entonces, si el transporte lo hizo Rojas Torres y Cía. Ltda. y, en caso afirmativo, si se le pagó o no.

En virtud del contrato, Rojas Torres y Cía. Ltda. prestaba en la zona predeterminada, un servicio de transporte, distribución y reventa de los productos suministrados por Bavaria S.A. Tal contrato comprendía, además, una serie de prestaciones distintas a las que constituían el objeto principal del mismo, que obedecían a diversos tipos contractuales, razón por la cual, entre las prestaciones a cargo de las partes se encontraba la venta de productos de Bavaria S.A. a Rojas Torres y Cía. Ltda., para que esta, a su turno, los revendiera a los comerciantes de su zona; la permuta de envases entre Bavaria S.A. y Rojas Torres y Cía. Ltda. y el transporte de los productos entre Girardot y Pandi y entre este municipio y las demás localidades de la zona asignada.

Cada una de las prestaciones ejecutadas por Rojas Torres y Cía. Ltda., tenía un precio fijado en ocasiones en el contrato y en las comunicaciones posteriores previstas en la cláusula decimosegunda *in fine*, y en otras ocasiones unilateralmente por Bavaria S.A., pero aceptado por Rojas Torres y Cía. Ltda.

Por consiguiente, debe establecerse el precio correspondiente a cada una de ellas y saber qué pagó o dejó de pagar Bavaria S.A. a Rojas Torres y Cía. Ltda., ejercicio que no puede hacerse comparando simplemente el rubro llamado en las facturas “fletes” para confrontarlo con lo que efectivamente pagó Bavaria S.A. a Rojas Torres y Cía. Ltda., sino que es necesario establecer qué precio se pactó en el contrato por la prestación de los servicios de distribución y reventa a cargo de Rojas Torres y Cía. Ltda. y cuánto pagó efectivamente Bavaria a Rojas Torres y Cía. Ltda. por concepto de transporte entre la fábrica y la zona, a fin de establecer si hubo o no una diferencia, porque si tal hubo, Bavaria S.A. la debería a Rojas Torres y Cía.

El tribunal ha considerado con detenimiento si, a partir de las modificaciones introducidas en septiembre de 1986 al contrato suscrito en mayo de 1983 entre Bavaria S.A. y Rojas Torres y Cía. Ltda., conforme al cual la primera sociedad entregaría los productos al contratista en el municipio de Pandi, y no en el de Girardot, se configuraron dos tipos contractuales autónomos, así: uno, de transporte de los productos entre Girardot y Pandi, y otro, de venta, distribución y reventa de las bebidas compradas previamente a Bavaria S.A., en Pandi y los municipios del territorio asignado.

El tribunal encuentra que no es necesario para resolver el presente proceso arbitral definir si a partir de septiembre de 1986 se está en presencia de contratos distintos: varios de transporte y otro de venta, distribución y reventa, según se dijo, o, por el contrario, de uno solo que comprende toda la operación.

Por lo tanto, trátase o no de un contrato o de varios, la prestación de transportar de Girardot a Pandi las bebidas fabricadas por Bavaria S.A., está regulada por las normas del Código de Comercio sobre el contrato de transporte. El tribunal, en consecuencia, dirimirá el presente litigio prescindiendo de determinar si hubo dos contratos autónomos entre Bavaria S.A. y Rojas Torres y Cía. Ltda., ya que si solo existió un contrato con pluralidad de prestaciones, una de ellas la de transportar, a esta son aplicables las normas sobre el contrato de transporte.

## Valoración de pruebas

Todo el conjunto debe mirarse e interpretarse teniendo en cuenta la letra y espíritu de los artículos 1618 y 1622, inciso 3º, del Código Civil, que orientan la interpretación de los contratos sobre la base de la intención conocida de las partes y la aplicación práctica que ellas le dieron al mismo.

En virtud de los mencionados acuerdos Bavaria S.A. estaba obligada a reconocer y pagar a Rojas Torres y Cía. Ltda. las siguientes prestaciones económicas:

- a) El valor de las sumas pactadas en el contrato por concepto de retribución por la distribución y reventa de la cerveza y las gaseosas en botella y lata en la zona asignada;
- b) El valor de los fletes de transporte desde la fábrica de Girardot hasta Pandi, cuando ese transporte hubiese sido hecho por Rojas Torres y Cía. Ltda., según los precios y tarifas convenidos en cada caso por las partes, y
- c) El valor de las sumas pactadas por concepto de retorno de envases vacíos desde los puntos de distribución hasta Pandi o la fábrica de Bavaria S.A. en Girardot.

Para establecer si Bavaria S.A. canceló en forma completa esas cifras a Rojas Torres y Cía. Ltda., el tribunal decretó y practicó dos pruebas periciales, una contable a solicitud de Bavaria y otra de oficio para establecer cuánto pagó Bavaria S.A. por concepto de distribución y reparto de los productos y cuánto por concepto de transporte. Tales pruebas permitieron establecer que durante el desarrollo del contrato Bavaria S.A. pagó a Rojas Torres y Cía. Ltda. partidas por concepto de fletes de transporte por tonelada, fletes directos, fletes de envases vacíos y fletes de reparto y distribución por canastas y bandejas, sumas que se encuentran debidamente discriminadas y cuantificadas por los peritos, cuya fuente fue la contabilidad de Bavaria S.A., de la que extractaron las facturas y los estados de cuenta expedidos periódicamente a los contratistas. Debe anotarse que los peritos tuvieron en cuenta únicamente la contabilidad de Bavaria, ya que no fue posible confrontar esta con la de Rojas Torres y Cía. Ltda. porque no fue presentada. En consecuencia, el tribunal dará aplicación al artículo 70, numeral 5º del Código de Comercio y solo tendrá en cuenta los libros de contabilidad de Bavaria S.A. pues la ley es categórica cuando dispone que si una de las partes no tiene tales libros o no los presenta y la otra sí los lleva, la información que de estos se desprenda será la que ha de ser tenida en cuenta por el fallador, quien no podrá admitir prueba en contrario.

El estudio de la contabilidad de Bavaria S.A., llevada en libros con arreglo a la ley, según lo constataron los peritos, permitió a estos afirmar en su dictamen del 17 de septiembre y en las adiciones y complementaciones del 9 de octubre, que en cuanto hace a los fletes de distribución y reparto, “Bavaria canceló a Rojas Torres y Cía. Ltda. los pactados en el contrato original y en sus distintas modificaciones”. Y en cuanto a los fletes de cerveza y de envase, que ellos “fueron liquidados y pagados de acuerdo con tarifas fijadas unilateralmente por Bavaria y no encontramos constancia en el expediente de que esas tarifas y sus modificaciones les fueran comunicadas a Rojas Torres y Cía. Ltda.”.

Del dictamen pericial de los expertos contadores, rendido el 4 de julio de 1996, puede extractarse:

“Por flete de transporte o tonelada se entiende el valor que Bavaria paga al contratista que aceptó ser transportador, por la labor de llevar la cerveza de la fábrica al sitio de distribución y reventa a él asignado y retornar los envases vacíos a la fábrica. Este rubro de fletes de transporte se divide contablemente en lo que se paga por transportar el producto con sus respectivos líquidos a la zona asignada y lo que se paga por retornar el envase vacío, tal como mes a mes se discrimina en los listados que se entregan a los diversos contratistas.

(...).

“Por flete de reparto o distribución se entiende el valor que Bavaria paga al contratista por la labor de distribuir el producto en tiendas, bares, restaurantes y supermercados de la zona a él asignada. Es la tarea propia de atender a los compradores minoristas, cambiar productos defectuosos, etc. Este flete se registra en la cuenta fletes de reparto”.

De otra parte, en el dictamen pericial decretado de oficio por el tribunal se distingue entre “flete tonelada”, que corresponde al transporte de los envases llenos de líquido y el retorno de ellos vacíos a la fábrica de Girardot; “flete directo”, que se paga únicamente por el transporte hacia el sitio de consumo de los productos enlatados, pues ellos son desechables, y “fletes de reparto”, que pueden ser por canasta o bandeja y corresponden a las labores de distribución y reparto de las bebidas que se revenden por el contratista en la zona a él asignada por Bavaria S.A.

El dictamen pericial decretado de oficio confirmó la necesidad de distinguir entre el transporte que el contratista realizaba de los productos objeto del contrato de Girardot a Pandi y demás localidades de la zona y las labores de distribución y reparto de los mismos en la zona asignada a Rojas Torres y Cía. Ltda. en los términos contractuales. Vale decir, diferenciar entre la remuneración convenida contractualmente por distribución y reparto y los transportes que el contratista hacía entre Girardot y Pandi según tarifas que fijaba Bavaria S.A. y ella misma modificaba. Con este dictamen el tribunal pudo establecer que:

“1. Como flete de “distribución y reparto” Bavaria canceló a Rojas Torres y Cía. Ltda. los pactados en el contrato original y en sus distintas modificaciones.

2. Los fletes “de cerveza” y “de envase” fueron liquidados y pagados de acuerdo con tarifas fijadas unilateralmente por Bavaria y no encontramos constancia en el expediente de que estas tarifas y sus modificaciones les fueran comunicadas a Rojas Torres y Cía. Ltda.”.

Adicionalmente, el tribunal halla significativo que tanto en el peritaje como en las adiciones y complementaciones al mismo rendidas el 9 de octubre de 1996, se afirma que en algunos casos Bavaria S.A. pagó a Rojas Torres y Cía. Ltda. por concepto de fletes de transporte una suma superior a las tarifas por ella establecidas unilateralmente para ese acarreo. Si bien esta es una apreciación sobre la forma como se desarrolló la relación contractual, los peritos hicieron el estudio detallado del año de 1991, respecto del cual para compensar el mal estado de la vía o suplir la escasez en épocas de alto consumo, Bavaria S.A. reconoció, según aparece en su contabilidad, valores superiores a las tarifas por ella señaladas para el transporte de sus productos a la zona asignada.

Aun cuando la devolución de estas sumas no está reclamándose, el tribunal considera que estos mayores pagos son un indicio importante de que los fletes por concepto de transporte, es decir, los llamados “flete tonelada” y “flete directo”, se trataban separadamente de los fletes de reparto.

En sus informes los peritos precisan, factura por factura, los pagos que hizo Bavaria S.A. a Rojas Torres y Cía. Ltda. por concepto de fletes tonelada, fletes directos y fletes de reparto por canasta de cerveza y bandejas, por operaciones hechas hacia Melgar, Boquerón 1 y 2 (Tolima y Cundinamarca), Pandi, Icononzo, Cabrera y Venecia y concluyen que Bavaria pagó a Rojas Torres y Cía. Ltda. todo lo pactado en el contrato de distribución y reventa y por los servicios de transporte. Encuentra el tribunal que los dictámenes presentados están suficientemente fundamentados y son claros en sus respuestas y en las razones de sus afirmaciones.

La declaración del señor Jaime Ernesto Beltrán Herrera, visitador nacional de ventas de Bavaria S.A., aun cuando alude a otro contratista, coincide con el informe pericial y corrobora la interpretación que el tribunal ha hecho de la modificación al contrato de septiembre de 1986:

— Preguntado: “Pero de acuerdo con la demanda y dos contratistas del día de ayer, el rubro fletes es lo que le corresponde al contratista por su labor. La pregunta es: ¿significa eso que en esos eventos en donde no está señalada ninguna cantidad en el rubro fletes, el contratista no recibe nada?”.

— Señor Jaime Ernesto Beltrán: “Recibe lo que dice el contrato de distribución por vender en Girardot, él no hace transporte, hace reparto en Girardot, entonces recibe esa tarifa”.

— Preguntado: “Y donde sí está señalado el rubro fletes, ¿qué recibe el contratista?”.

— Señor Jaime Ernesto Beltrán: “Recibe lo mismo que este en la distribución, pero una suma adicional cuando hace las veces de transportador, para el caso anterior, el transporte entre Girardot y Melgar ...”.

Y más adelante:

— Preguntado: “Pero, cuando en la reforma del año 1986 se le dice a usted que le estaba pagando treinta y nueve pesos (\$ 39.00) por caja de cerveza vendida por todo concepto, es decir, por transporte y distribución, ahora tan solo le voy a pagar veinticuatro pesos (\$ 24.00) y no hay ningún otro documento, al menos hasta ahora no reposa en el expediente ningún otro que diga algo al respecto, ¿significa eso que se le dio una sensible baja a los ingresos del contratista?”.

— Señor Jaime Ernesto Beltrán: “No, doctor, de ninguna manera, los contratistas se hubieran ido todos porque nadie admite que le bajen sus tarifas. Lo que pasa es que la tarifa se abrió, no es una suma convenida de treinta y nueve pesos (\$ 39.00). Se baja a veinticuatro pesos (\$ 24.00) para el reparto no más, pero le dio otra adicional por el transporte. Desde luego, le debía dar más de los treinta y nueve (\$ 39.00), en total, sumando el transporte y la distribución”.

En igual sentido se encuentran numerosas manifestaciones en el testimonio del señor Juan José Arias Rincón, quien fue funcionario de Bavaria S.A. y actualmente labora en la Cervecería Polar, sobre cuya declaración el tribunal, simplemente para una mejor comprensión, llama la atención que identifica suministro con transporte, distinguiéndolo de la distribución o reparto de los productos, así:

“Yo me afirmo en lo que he venido diciendo por una sencilla razón. Es que era liberalidad del contratista de decir no me es rentable el suministro, señores Bavaria, pónganme mi cerveza en mi sitio de reparto. Eso lo ha debido decir el contratista como lo dijeron muchos. A mí me consta de muchos, yo tuve muchas situaciones en donde un contratista, el de Guateque, el de Garagoa, el de La Vega, aquí cerquita, no me sirve. Colóqueme la cerveza allá, y se la colocábamos, porque él decía que no. Entrábamos a hacer un estudio económico, mirábamos, él hacía su solicitud, nosotros hacíamos el ofrecimiento, al final llegábamos a una conciliación y decía ahora si usted me subió cien pesos (\$ 100.00) la tonelada, ahora sí me sirve. Entonces ¿sigue transportando? Sigo transportando la cerveza. Eso lo viví yo personalmente”.

De especial interés es el testimonio del señor Enrique Donoso Varón, antiguo distribuidor de Bavaria S.A., del cual se deduce no solo que Bavaria S.A. establecía unilateralmente los fletes por el transporte de sus productos de los sitios de producción a los puntos de distribución y reparto, sino que estos eran conocidos por los contratistas, quienes, según sus declaraciones no los aceptaban de buen gusto.

Para corroborar lo anterior se hace la siguiente transcripción parcial de su declaración:

— Preguntado: “El doctor Mazuera, un testigo de Bavaria, creo que el visitador nacional o supervisor nacional de ventas, no sé si usted lo conoce, ¿él dijo que a ustedes se les pagaba un flete autorizado por las tarifas normales como a cualquier otro transportador?”.

— Señor Enrique Donoso: “No, el flete de Bavaria siempre era mucho más bajo que cualquier otro flete, sino lo que pasaba era que decían que era un flete con carga de compensación, que era el envase que uno regresaba, pero si yo llevaba por decir 10 toneladas para allá, traía 5 toneladas para la fábrica de envase, pero ese era el flete”.

Más adelante, cuando el apoderado de Bavaria S.A. interroga al testigo, lo hace en los siguientes términos:

— Preguntado: “Para liquidarle los fletes de transporte a usted le tomaban en cuenta por un lado lo que pesaba la canasta de cerveza llena sobre la base de tonelada canastas y también le tomaban como base lo que pesaba una tonelada de las mismas canastas pero vacías, que obviamente pesaban menos, ¿es eso correcto?”.

— Señor Donoso: “Es correcto, pero no el peso exacto que decía la canasta ... Bavaria tiene unas tablitas de eso, sobre el peso en todas las fábricas”.

— Preguntado: “Cuando usted contrató con Bavaria, me parece elemental que una empresa y más una persona que es comerciante, como usted lo ha dicho es, ¿tiene que saber cuál es lo que le van a pagar?”.

— Señor Enrique Donoso: “Claro, doctor, uno sabe y a uno le dicen, incluso uno se da cuenta de que el flete de Bavaria era mucho más bajo que el que daba el Intra o las empresas otras transportadoras”.

— Preguntado: “Entonces Bavaria le dijo que le iba a pagar unos fletes, ¿es correcto?”.

— Señor Enrique Donoso: “Bavaria me dijo que me iba a pagar a tanto el flete”.

— Preguntado: “¿Usted aceptó el pago?”

— Señor Enrique Donoso: “Acepté el pago, pero como le digo, cuando nos pagaba a nosotros pagaban era así, nosotros pagábamos el total de la cerveza y nos devolvían eso”.

A lo largo del proceso y, particularmente en su alegato final, la señora apoderada de la sociedad demandante ha sido enfática al afirmar que Bavaria S.A. no tuvo en cuenta las tarifas de Colfecar para el pago de los fletes de transporte a quienes prestaban tales servicios a Bavaria S.A., en particular Rojas Torres y Cía. Ltda. En su alegato de conclusión dicha apoderada hace cuentas al respecto y en respaldo de su afirmación acompaña algunos certificados que pretenden demostrar que si se hubieran aplicado tales tarifas, lo pagado por Bavaria a Rojas Torres y Cía. Ltda. habría sido mucho más de lo que efectivamente pagó; a partir de esa consideración, de las tarifas de Colfecar y de la suma del rubro “fletes” que obra en las facturas, llega a la conclusión de que Bavaria S.A. dejó de pagar a Rojas Torres y Cía. Ltda. más o menos el 40% de lo que correspondía a esta por fletes de transporte.

Al respecto el tribunal anota que no existe norma legal alguna que dé a las tarifas de Colfecar carácter obligatorio.

Por el contrario, el artículo 981 del Código de Comercio establece que las condiciones del contrato de transporte son de libre discusión y aplicación de las partes. Colfecar es una entidad gremial privada que agrupa a los transportadores de carga por carretera y las conclusiones de sus estudios solo constituyen una recomendación a sus afiliados sobre tarifas y condiciones de transporte; por consiguiente, ni Bavaria S.A. ni Rojas Torres y Cía. Ltda. estaban obligados a aplicarlas y bajo ese criterio debe apreciarlas el tribunal, que no puede tenerlas como referencia obligatoria.

Se encuentra establecido que Bavaria S.A. pagaba a Rojas Torres y Cía. Ltda. cuando hacía el transporte de los productos desde Girardot a las localidades asignadas, una suma de dinero señalada a iniciativa de Bavaria S.A., que la presentaba a los transportadores, quienes la aceptaban o no, según el sistema de libre oferta y aceptación. Así mismo, como ya se ha dicho, el tribunal considera que no es a partir de la comparación entre las sumas pagadas por Bavaria S.A. a Rojas Torres y Cía. Ltda. y el rubro fletes que aparece en las facturas de donde puede saberse si lo que Bavaria S.A. pagó al transportador fue o no lo correcto. Considera el tribunal que ese ejercicio debe hacerse de una parte, a partir de la confrontación de lo pactado en el contrato del 21 de mayo de 1983, en su modificación del 17 de septiembre de 1986 y en las facturas expedidas por esta prestación, y lo pagado por concepto de fletes de distribución y reparto; de otra parte, de la comparación de lo pagado por concepto de fletes de transporte y la tarifa convenida, frente a lo realmente transportado por Rojas Torres y Cía. Ltda. Estas verificaciones se hicieron con base en la contabilidad de Bavaria S.A., pues, como se puso de presente atrás, Rojas Torres y Cía. Ltda. no presentó los libros de contabilidad que como comerciante debía llevar, sin que el tribunal pueda aceptar prueba en contrario (C. Co., art. 70, num. 5°).

Del acervo probatorio apreciado en su conjunto, el tribunal encuentra que Bavaria S.A. pagó a Rojas Torres y Cía. Ltda. todo lo que debía pagarle por concepto de fletes de distribución y reparto y por fletes de transporte.

El mayor valor recaudado por Bavaria S.A. bajo el rubro llamado “fletes” en las facturas aportadas al proceso, es claro que no correspondía a Rojas Torres y Cía. Ltda. porque lo causado a favor de este último se le pagó en su totalidad, como habrá de declararlo el tribunal.

El tribunal considera importante poner de presente que la parte actora no está reclamando los fletes contractualmente pactados entre las partes por concepto de distribución y reparto, sino la diferencia entre la cifra registrada en las facturas bajo el rubro indiscriminado de “fletes” y lo que efectivamente recibió.

El tribunal se abstiene de adentrarse en el análisis detallado acerca de si Rojas Torres y Cía. Ltda. cumplió o no las prestaciones a su cargo, pues ese tema no ha sido alegado ni discutido por Bavaria S.A. y no ha sido, por consiguiente, materia controvertida en este proceso.



## **Conclusiones**

Todo lo hasta aquí discurrido conduce al tribunal a concluir que las peticiones principales de la demanda intentada por la sociedad Rojas Torres y Cía. Ltda. no están llamadas a prosperar, puesto que de conformidad con lo alegado y probado dentro del proceso, quedó demostrado que Bavaria S.A. reconoció y pagó a la sociedad actora todas y cada una de las sumas a que contractualmente tenía derecho la demandante por los distintos conceptos de los llamados “fletes” tonelada, directo y de distribución y reparto derivados de los contratos que las vincularon y, particularmente, las reclamadas por la primera de las nombradas sociedades por el período de ejecución contractual comprendido entre el 1° de enero de 1986 y el mes de marzo de 1994 inclusive.

Lo anterior impone que, en derecho, se abra paso la declaratoria de bien probada de la excepción de inexistencia de la obligación sobre cuyo reconocimiento ha versado este proceso, excepción que fue propuesta, alegada y demostrada por la sociedad convocada.

Como consecuencia necesaria de ello, tampoco habrá de prosperar la petición subsidiaria a la tercera principal contenida en la demanda de Rojas Torres y Cía. Ltda., ya que ella se endereza a que el tribunal declare que, en lugar de los intereses legales bancarios pedidos en la petición tercera principal, la sociedad convocada debe ser condenada a pagar las sumas deprecadas en las peticiones primera y segunda principales, pero indexadas o actualizadas monetariamente con aplicación de la fórmula que para el efecto utiliza el Banco de la República, porque es evidente que si, como lo considera el tribunal, la suma principal no se adeuda, tampoco se adeudarán los intereses legales bancarios ni la actualización de dicha suma.

Por último, como el tribunal ha encontrado próspera la excepción principal propuesta por el apoderado de la parte demandada, es decir, la de inexistencia de la obligación a cargo de Bavaria S.A. y en favor de Rojas Torres y Cía. Ltda., no es del caso pronunciarse sobre la excepción de prescripción extintiva de la acción, propuesta en forma subsidiaria por la sociedad convocada.

## **Consideración final**

Para terminar, el tribunal considera conveniente puntualizar que, habiendo sido convocado para definir el presente litigio en derecho, su decisión no podía ser distinta a la que ha quedado enunciada en los párrafos precedentes. Ello no obsta, sin embargo, para que exprese su convicción en el sentido de que si hubiera estado facultado por las partes para fallar en conciencia, la decisión que el presente laudo contiene habría sido diferente, ya que le asiste el íntimo convencimiento de que la sociedad convocada, quizás obró con apego al tenor literal de las leyes y los contratos, pero se aprovechó, en desmedro de los intereses de la parte más débil, de la posición dominante de que disfrutaba.

En efecto, muchas de las cláusulas contenidas en los contratos analizados por el tribunal, redactadas unilateralmente por la demandada e impuestas al contratista, sin posibilidad de discusión por parte de este, tales como las referentes a las garantías que el contratista debía constituir en favor de Bavaria S.A.; las que consagraron las causales de terminación unilateral del contrato por parte de Bavaria sin indemnización alguna en favor del contratista y la manera de acreditar la ocurrencia de tales causales; las modificaciones en los términos “Bavaria pagará”, por “Bavaria reembolsará” y luego por “Bavaria reconocerá”; las tarifas señaladas por la prestación del servicio de transporte, muy inferiores a las usualmente aplicadas, etc., así lo evidencian.

Como si ello no fuese bastante, la demandada indujo en error a los contratistas al imprimir y utilizar unas facturas que incluían el término “fletes”, dándole a esta palabra un contenido equívoco, pues por tal se entiende común y ordinariamente, el precio o valor que quien encarga un transporte reconoce o paga a quien lo ejecuta. Y como quienes transportaban eran los contratistas, estos creyeron de buena fe que las sumas correspondientes al rubro en cuestión, les serían reconocidas por la demandada, en cuyo beneficio acarreaban los productos o bebidas.

De otra parte, los distribuidores de los productos de Bavaria S.A., terminaron prácticamente sin capital de trabajo y agobiados por las deudas. Esta es una constante en todos los casos que el tribunal ha tenido oportunidad de conocer, bien a través de otros laudos, bien mediante el examen de los testimonios de los declarantes que tienen o tuvieron con la convocada relaciones contractuales similares a la que mantuvo Rojas Torres y Cía. Ltda.

Un fallo en equidad y no en derecho como el que el tribunal debe proferir, le hubiera permitido tener en cuenta esas y otras circunstancias similares y muy probablemente habría llegado a soluciones diferentes a la que se plasma en la parte resolutive de la presente providencia.

### **Costas y agencias en derecho**

A términos del artículo 33 del Decreto 2279 de 1989, en el laudo que profiera un Tribunal de Arbitramento debe hacerse la liquidación de las costas. Por otra parte, el artículo 304 del Código de Procedimiento Civil, que regula el contenido de la sentencia, dispone que, entre otros aspectos, esta debe contener resolución sobre “las costas y perjuicios a cargo de las partes y sus apoderados”. Y en cuanto a costas, el artículo 392 del estatuto procesal civil consagra las siguientes reglas especiales: a) En los procesos y actuaciones posteriores a los mismos en que hubiere controversia, la condena en costas debe imponerse a la parte vencida en el proceso; b) La condena en costas ha de hacerse en la sentencia o en las demás providencias señaladas en el numeral 2º; c) Solo en caso de que la demanda sea parcialmente próspera, podrá el fallador abstenerse de condenar en costas o pronunciar una condenación parcial, a condición de que se expresen en el fallo los fundamentos de la decisión; d) Solo habrá lugar a condenación en costas cuando en el expediente aparezcan causadas y en la medida de su comprobación. A su turno, la cláusula compromisoria contenida tanto en el contrato suscrito en 1971 (cláusula decimonovena) como la estipulada en el contrato del 21 de mayo de 1983 (cláusula decimoctava), expresan que los gastos que demande el arbitramento serán pagados por la parte vencida.

En cuanto atañe a las agencias en derecho, el numeral 3º del artículo 393 del Código de Procedimiento Civil expresa que para su fijación deberán aplicarse las tarifas establecidas por el colegio de abogados del respectivo distrito, con aprobación del Ministerio de Justicia. El tribunal habrá de tener en cuenta las tarifas de honorarios profesionales de la corporación Colegio Nacional de Abogados, Conalbos, vigentes a la fecha, aprobadas por el Ministerio de Justicia mediante la Resolución 20 del 20 de enero de 1992 y, especialmente, las relacionadas con el proceso ordinario por ser el que más se aproxima al proceso arbitral, pero sin exceder, como es lógico, los valores allí indicados. Dispone la citada norma legal, que dicha fijación se hará teniendo en cuenta la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, entre el mínimo y el máximo de tales sumas. Así las cosas, con aplicación de las anteriores pautas legales, el tribunal condenará en costas a la sociedad demandante, que resultó vencida en el proceso, y en favor de la sociedad demandada. Las costas que aparecen causadas y comprobadas en el expediente, son las siguientes:

1. Honorarios de árbitros y secretaria del tribunal:	\$ 56.000.000
2. Gastos de funcionamiento:	\$ 1.760.000
3. Protocolización, registro y otros:	\$ 2.240.000
4. Honorarios de auxiliares de la justicia cubiertos por la parte demandada:	\$ 6.000.000
5. Gastos de las pericias cancelados por la parte demandada:	\$ 1.500.000
6. Agencias en derecho:	\$ 12.080.000
Total	\$ 79.580.000

Teniendo en cuenta que la sociedad demandante ya pagó la suma de \$ 30.000.000, este valor deberá descontarse de la suma total antes señalada, por lo cual la suma debida es de cuarenta y nueve millones quinientos veinte mil pesos (\$ 49.580.000).

La suma últimamente mencionada deberá ser pagada por la sociedad demandante a favor de “Bavaria S.A.” o de su apoderado, con facultades especiales para recibir, dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria del presente laudo.

Según informe secretarial, luego de descontados los gastos incurridos por el tribunal, la partida para protocolización es de \$ 1.969.000.

En caso de que la suma de que se dispone para gastos de protocolización resultare insuficiente, el eventual valor adicional deberá ser pagado por la sociedad demandante, vendida en el proceso.

En caso contrario, es decir, si quedare algún remanente de la partida de protocolización, registro y otros, él será devuelto a la parte demandante una vez acredite el pago de la condena impuesta.

### **Parte resolutive**

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir en derecho las diferencias surgidas entre las sociedades “Rojas Torres y Cía. Ltda.” de una parte y “Bavaria S.A.” de la otra, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### **RESUELVE:**

1. Declarar que no prospera la objeción por error grave formulada por la sociedad “Rojas Torres y Cía. Ltda.” tanto contra el dictamen de los señores peritos en contabilidad Matilde Cepeda Mancilla y Rubén Darío Jiménez como contra las adiciones, aclaraciones y complementaciones al propio dictamen, por las razones expuestas en la parte motiva del presente laudo.
2. Declarar probada la excepción de inexistencia de la obligación a favor de la sociedad “Rojas Torres y Cía. Ltda.” y a cargo de “Bavaria S.A.” propuesta por el apoderado judicial de esta última en la contestación de la demanda.
3. Como consecuencia del anterior pronunciamiento, denegar todas y cada una de las súplicas tanto principales como subsidiarias contenidas en la demanda formulada contra “Bavaria S.A.” por la sociedad “Rojas Torres y Cía. Ltda.”.
4. También como consecuencia de la declaración contenida en el punto segundo del presente laudo, declarar que no hay lugar a pronunciarse sobre la excepción de prescripción extintiva de la acción intentada por la sociedad “Rojas Torres y Cía. Ltda.”, propuesta subsidiariamente por “Bavaria S.A.”.
5. Condenar a la sociedad “Rojas Torres y Cía. Ltda.” al pago íntegro de las costas, de acuerdo con lo expresado al respecto en la parte motiva del presente laudo.
6. Expedir copias auténticas del presente laudo con las constancias de ley, de conformidad con los artículos 115 del Código de Procedimiento Civil y 33 del Decreto 2279 de 1989.
7. Comunicar el presente laudo a la Procuraduría General de la Nación, mediante envío de copia auténtica del mismo, para los efectos de ley.
8. Protocolizar el expediente en una notaría del Círculo de Santafé de Bogotá.

Notifíquese y cúmplase.

### **ACLARACIÓN DE VOTO**

Como este Tribunal de Arbitramento fue convocado por Rojas Torres y Cía. Ltda. y por Bavaria S.A. para decidir en derecho sus diferencias, me abstengo de compartir la llamada “consideración final” aun cuando estoy de acuerdo con el resto de la motivación del laudo y, por supuesto, con su parte resolutive.

El árbitro,

*Arturo Ferrer Carrasco*

El laudo anterior se notificó a los apoderados de las partes en audiencia y la secretaria hizo entrega de copia auténtica del mismo a cada uno, con las constancias de ley.

El tribunal fijó la fecha del próximo diez (10) de diciembre del año en curso, a las cinco de la tarde (5:00 p.m.)

para celebrar la audiencia en que decidirá sobre las solicitudes de adición, aclaración o corrección, en caso de que se presentaren.

De la anterior decisión quedaron notificados en audiencia los apoderados de las partes.

Finalizado lo anterior se levantó la sesión, previa firma del acta por las personas que en ella intervinieron.